

.....

PARECERES DOS
CONSULTORES
JURÍDICOS
DO ITAMARATY

Volume VIII (1985-1990)

*Organização de
Antônio Paulo Cachapuz
de Medeiros*

COLEÇÃO

BRASIL 500 ANOS

.....





Edifício-sede, na cidade de São José da Costa Rica, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, presidida, no período 1999-2004, pelo Juiz Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-Consultor Jurídico do Itamaraty.



PARECERES DOS
CONSULTORES JURÍDICOS
DO ITAMARATY

VOLUME VIII (1985-1990)



Mesa Diretora

Biênio 2003/2004

Senador José Sarney
Presidente

Senador Paulo Paim
1º Vice-Presidente

Senador Eduardo Siqueira Campos
2º Vice-Presidente

Senador Romeu Tuma
1º Secretário

Senador Alberto Silva
2º Secretário

Senador Heráclito Fortes
3º Secretário

Senador Sérgio Zambiasi
4º Secretário

Suplentes de Secretário

Senador João Alberto Souza
Senador Geraldo Mesquita Júnior

Senadora Serys Slhessarenko
Senador Marcelo Crivella

Conselho Editorial

Senador José Sarney
Presidente

Joaquim Campelo Marques
Vice-Presidente

Conselheiros

Carlos Henrique Cardim
João Almino

Carlyle Coutinho Madruga
Raimundo Pontes Cunha Neto

.....
Coleção Brasil 500 Anos

PARECERES DOS
CONSULTORES JURÍDICOS
DO ITAMARATY

VOLUME VIII (1985-1990)

Organização e Prefácio de
Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros

Brasília – 2004

COLEÇÃO BRASIL 500 ANOS

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997 buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de importância relevante para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do País.

COLEÇÃO BRASIL 500 ANOS

Obras publicadas

De profecia e Inquisição – Padre Antônio Vieira

O Brasil no Pensamento Brasileiro (Volume I) – Djacir Menezes (organizador)

Manual Bibliográfico de Estudos Brasileiros (2 volumes) – Rubens Borba de Moraes e William Berrien

Catálogo de Exposição de História do Brasil – Ramiz Galvão (organizador)

Rio Branco e as Fronteiras do Brasil – A. G. de Araújo Jorge

Galeria dos Brasileiros Ilustres – (2 volumes) – S. A. Sisson

Amapá: a terra onde o Brasil começa, 2ª edição – José Sarney e Pedro Costa

Na Planície Amazônica – Raimundo Moraes

Castilhismo: Uma filosofia da República – Ricardo Vélez Rodríguez

Um Paraíso Perdido (Ensaio Amazônicos) – Euclides da Cunha

Porque construí Brasília – Juscelino Kubitschek

Efemérides Brasileiras – Barão do Rio Branco

Dom Helder: o Artesão da Paz – Raimundo Caramuru Barros (organizador)

O Discurso autoritário de Cairu – João Alfredo de Sousa Montenegro

O Rio de Janeiro nos Tempos dos Vice-Reis – Luís Edmundo

Formação Histórica do Acre (2 volumes) – Leandro Tocantins

A Amazônia e a Integridade do Brasil – Arthur César Ferreira Reis

Pareceres dos Consultores jurídicos do Itamaraty (9 volumes) – organização de Paulo Cachapuz de Medeiros

Projeto gráfico: Achilles Milan Neto

© Senado Federal, 2004

Congresso Nacional

Praça dos Três Poderes s/nº – CEP 70168-970 – Brasília – DF

CEDIT@cegraf.senado.gov.br – <http://www.senado.gov.br/web/conselho/conselho.htm>

.....

Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty – Antônio Augusto Cançado Trindade/
organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros – Brasília: Senado Federal,
Conselho Editorial, 2004–, 9 v.
680 p. — (Coleção Brasil 500 anos)

1. Direito Internacional Público, jurisprudência, Brasil. 2. Direito
Internacional Privado, jurisprudência, Brasil. 3. Direito Constitucional,
jurisprudência, Brasil. 4. Direito Civil, jurisprudência, Brasil. 5. Direito
Administrativo, jurisprudência, Brasil. 1. Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz
de. II. Série.

.....



**MINISTÉRIO
DAS
RELAÇÕES
EXTERIORES**



Senado Federal

Presidente do Senado Federal

Presidente do Conselho Editorial

Diretor-Geral

Ministério das Relações Exteriores

Embaixador Celso Amorim
Ministro de Estado das Relações Exteriores

Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães
Secretário-Geral das Relações Exteriores

Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Consultor Jurídico

Fundação Alexandre de Gusmão

Embaixadora Thereza Maria Machado Quintella
Presidente

.....

Coleção Brasil 500 Anos

*PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY*

Plano da Obra

Co-Edição Senado Federal/Ministério das Relações
Exteriores/Fundação Alexandre de Gusmão

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Organizador)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume I)

Edição Fac-similar do volume editado pela Seção de Publicações do
Ministério das Relações Exteriores em 1956, sob o título de
“Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo I – 1903-1912”

Organização e apresentação de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY

(Volume II)

Edição Fac-similar do volume editado pela Seção de Publicações do
Ministério das Relações Exteriores em 1962, sob o título de
“Pareceres dos Consultores jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo II – 1913-1934”

Organização de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Zuleika Lintz

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume III)

Edição Fac-similar do volume editado pelo Departamento de
Imprensa Nacional em 1961, sob o título de
“Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo III – 1935-1945”
Organização de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Zuleika Lintz

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume IV)

Edição Fac-similar do volume editado pela Seção de Publicações do
Ministério das Relações Exteriores em 1967, sob o título de
“Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das
Relações Exteriores – Tomo IV – 1946-1951”
Organização de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Prefácio de Zuleika Lintz

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume V)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Hildebrando Accioly (1952-1960)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume VI)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Haroldo Valladão (1961-1971)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume VII)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Amílcar de Araújo Falcão, de Augusto de Rezende
Rocha e de Miguel Franchini-Netto (1972-1984)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume VIII)

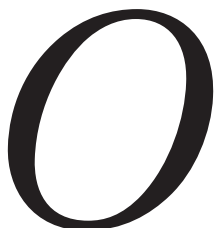
Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Antônio Augusto Cançado Trindade (1985-1990)

PARECERES DOS CONSULTORES
JURÍDICOS DO ITAMARATY
(Volume IX)

Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Pareceres de Vicente Marotta Rangel, de João Grandino Rodas e
de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1990-1999)

.....

Prefácio



Professor Antônio Augusto Cançado Trindade exerceu a função de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores de 1985 a 1990.

Foi um dos mais dinâmicos, produtivos e eficientes consultores com que o Itamaraty já contou.

Seu legado à “Casa de Rio Branco” constitui uma coleção de mais de duzentos circunstanciados pareceres. A publicação dos seus textos nesse VIII volume da série “Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty” resgata o elevado valor do trabalho daquele período, dando-se a devida publicidade a muitas opiniões consultivas inéditas, para o proveito dos estudiosos da Direito e das Relações Internacionais.

O exercício do cargo de Consultor Jurídico pelo Professor Cançado Trindade coincidiu com uma fase interessante da história política do Brasil, marcada pela redemocratização do País e pelo processo constituinte de 1987-88.

Imperioso, portanto, que o Consultor Jurídico fosse ouvido sobre temas como os anteprojetos das comissões temáticas da Assembléia Nacional Constituinte no que toca aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil e ao processo de celebração de tratados internacionais.

Valiosa foi igualmente a contribuição do Professor Cançado Trindade na fundamentação jurídica para a adesão do Brasil aos tratados

gerais de proteção aos direitos humanos, notadamente os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Antônio Augusto Cançado Trindade integrou, outrossim, na qualidade de Chefe, Subchefe ou Delegado, numerosas delegações diplomáticas do Brasil a importantes conferências internacionais, como, por exemplo, a Conferência de Viena, convocada pelas Nações Unidas, sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

É autor de vastíssima obra no campo do Direito Internacional Público e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com mais de vinte livros e duzentos artigos publicados em vários idiomas.

Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco, já ministrou cursos em muitas universidades e instituições acadêmicas de prestígio mundial, como a Academia de Direito Internacional da Haia.

Atualmente, exerce a presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida em São José da Costa Rica.

Brasília, 11 de novembro de 2003.

ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS
Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores

.....

Sumário

1985

<i>Delimitação e Demarcação da Fronteira Brasil-Uruguai: a Nota Uruguiaia de 27 de Março de 1985 e os Argumentos do Brasil</i>	21
<i>O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil.....</i>	57
<i>Os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais e a Crise na América Central: Ata de Contadora, Documento de Tegucigalpa e Outras Gestões e Propostas de paz</i>	106
<i>Fundamentos Jurídicos, Natureza, Efeitos e Alcance das Sanções do Brasil à África do Sul: o Decreto nº 91.524 de 9 de Agosto de 1985 e as Medidas Contra o Apartheid</i>	125
<i>Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Internacionais (Com Atenção Especial à Prática do Brasil).....</i>	157
<i>A Proposta Cingapureana de Embaixador Itinerante à Luz do Direito Diplomático Contemporâneo</i>	173

1986

<i>Os Limites da Jurisdição Obrigatória da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais (Com Atenção Especial ao Contencioso Nicarágua versus Estados Unidos, 1984-1985).....</i>	185
---	-----

<i>Subsídios para a Elaboração de Instruções à Delegação do Brasil à Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986</i>	210
<i>Consolidação das Posições do Brasil na Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (Viena, 1986)</i>	237
<i>A Questão da Imunidade de Jurisdição do Agente Diplomático em Matéria Trabalhista</i>	254
<i>O Foreign States Immunities Act 1985 da Austrália, as Tendências Recentes e a Questão da Reciprocidade no Domínio das Imunidades do Estado</i>	274
<i>A Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiado e a Questão do Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica</i>	293
<i>A Ata de Contadora Revisitada: Desenvolvimentos Recentes, os Quatro Protocolos Adicionais e a Posição do Brasil</i>	316
<i>A Questão da Competência do Itamaraty na Determinação do Limite Exterior da Plataforma Continental Brasileira</i>	331
<i>A Necessidade de Harmonização entre a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Legislação Nacional sobre a Matéria</i>	339
<i>A Constituição de Missões de Observação e Forças de Paz ou Emergência para Operação Internacional à Luz do Direito Internacional Público e do Direito Interno Brasileiro</i>	342
<i>O Caso do Apresamento do Navio “Lloyd México” no Estreito de Hormuz pela Marinha Iraniana em Julho de 1986</i>	354
<i>Ponderações sobre a Questão da Remoção de Casais de Diplomatas</i>	363

1987

<i>O Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Elementos para a Tomada de Posição do Brasil</i>	369
<i>Análise Crítica do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano</i>	378
<i>Novos Elementos para a Tomada de Posição do Brasil em Relação ao Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais</i> ...	398
<i>Apreciação do Projeto de Artigos sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de sua Propriedade da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas: Posições do Brasil</i>	403
<i>Denúncia e Nova Adesão do Governo Brasileiro à Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho Concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio (1947)</i>	416
<i>Posições do Brasil em Matéria de Reconhecimento de Governo</i>	424

1988

<i>O Fechamento do Consulado-Geral em Gênova e a Questão dos Direitos Trabalhistas de Auxiliares Locais na Itália</i>	433
<i>Medidas Coercitivas de Caráter Econômico e Proposta de Alteração do Artigo 19 da Carta da OEA: Elementos Básicos para a Tomada de Posição do Brasil</i>	439
<i>O Uso de Notas Diplomáticas e Notas Verbais e os Acordos Simplificados por Troca de Notas</i>	444
<i>Análise da Situação Jurídica da Representação da Organização para a Libertação da Palestina no Brasil</i>	454

<i>Acordos Internacionais: as Atribuições Distintas de Negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo</i>	463
<i>Contratos e Acordos Internacionais: Semelhanças e Elementos Diferenciais</i>	466
<i>Cláusula sobre Solução de Controvérsias no Projeto da Convenção sobre Recursos Minerais Antárticos: Elementos para a Tomada de Posição do Brasil</i>	469
<i>Exame da “Convenção sobre a Prevenção e o Castigo de Delitos Contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, Inclusive os Agentes Diplomáticos” (Nova York, 1973) e da “Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns” (Nova York, 1980)</i>	473
<i>O Caso das Reclamações (War Claims) da Construtora Mendes Júnior S.A. Contra o Governo do Iraque: Vias de Solução de Controvérsias ..</i>	478
<i>A Questão do Reconhecimento de Governo, Face à Dualidade de Poderes, no Período de Transição e Instabilidade Institucionais no Líbano: Elementos para Tomada de Posição do Brasil</i>	482
<i>A Questão do Eventual Estabelecimento de Governo Provisório Palestino no Exílio: Elementos para Tomada de Posição do Brasil.....</i>	487

1989

<i>Projeto de Decreto Legislativo sobre Suspensão da Vigência dos Atos Internacionais ainda não Aprovados pelo Congresso Nacional: Elementos para a Tomada de Posição do Itamaraty</i>	493
<i>A Proclamação do “Estado Independente da Palestina” e a Questão da Situação Jurídica da Representação da Palestina no Brasil</i>	497
<i>Fundamentação Jurídica da Prática Constitucional do Itamaraty em Matéria de Celebração de Acordos Internacionais</i>	509
<i>Anexos: A Questão da Aprovação pelo Legislativo de Atos Internacionais ..</i>	518
<i>A Participação do Poder Legislativo no Processo de Celebração de Acordos Internacionais.....</i>	524
<i>O Equilíbrio e a Coordenação entre os Poderes Executivo e Legislativo na Processualística dos Atos Internacionais</i>	527

<i>Elementos para Informação ao Presidente da República sobre Aspectos da Questão da Formação do Novo Estado da Palestina</i>	532
<i>A Questão da Definição Jurídica da Largura do Mar Territorial Brasileiro no Âmbito do Direito Interno Face à Ratificação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (Ainda não em Vigor no Plano Internacional)</i>	535
<i>A Questão da Determinação do Não-Cumprimento das Disposições do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio de 1987</i>	538
<i>O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos (Instrumentos e Cláusulas Facultativos): Fundamentos Jurídicos para a Consolidação da Nova Posição do Brasil</i>	542
<i>A Atual Crise Panamenha e a Questão da Nomeação do Novo Administrador do Canal do Panamá em seus Aspectos Jurídicos</i>	617
<i>Caso de Pedido de Proteção Diplomática para Reparação de Danos Sofridos por Nacional Brasileiro em Lisboa</i>	624

1990

<i>Os Argumentos de Israel sobre a Aplicação no Caso Palestino dos Critérios para a Caracterização do Estado no Direito Internacional</i>	629
<i>As Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre a Realização do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (Genebra, 8 a 12 de Janeiro de 1990)</i>	635
<i>A Questão da Solicitação da Comunidade Econômica Européia (CEE) de Admissão como Membro Pleno da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO): Elementos Básicos para Tomada de Posição do Brasil</i>	648

1985

Fronteira Brasil – Uruguai. Nota Uruguia de 27 de Março de 1985: Natureza e Efeitos Jurídicos. Argumentos do Brasil à Luz do Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados.

PARECER

*Delimitação e Demarcação da Fronteira Brasil-Uruguai:
a Nota Uruguia de 27 de Março de 1985 e os Argumentos do Brasil*

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Natureza Jurídica, Efeitos e Alcance da Nota Uruguia de 27 de Março de 1985. III. Os Argumentos do Brasil. 1. A Configuração ou não de uma Controvérsia Internacional. 2. O Erro no Direito dos Tratados e a Conduta Subseqüente das Partes. 3. O Valor da Aquiescência e da Contestação à Luz da Jurisprudência Internacional. 4. A Força da Aquiescência e a Insuficiência da Alegação de Erro como Vício do Consentimento. a) O Contencioso Camboja *Versus* Tailândia (1962) e sua Repercussão. b) O Contencioso Honduras *Versus* Nicarágua (1960). 5. O Caráter Definitivo da Operação de Demarcação. V. Conclusões.

I. Delimitação do Objeto do Parecer

O Governo do Uruguai encaminhou nota ao Embaixador do Brasil em Montevideu, em 27 de março de 1985, em que, ao retornar linha de argumentação utilizada em notas em 1934 e 1937-1938, deixou registro da

posição uruguaia de que teria havido um erro de demarcação limítrofe a requerer a revisão da determinação *in situ* da fronteira Brasil-Uruguai no setor em questão, e de que o estabelecimento recente de um núcleo de povoamento na zona não afetava a suposta diferença limítrofe e territorial de tipo demarcatório que sustentava existir. Consulta-me o Ministério das Relações Exteriores, através de carta do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, de 13 de maio de 1985, sobre a natureza jurídica, os efeitos e o alcance da referida nota uruguaia, assim como o possível tratamento a ser-lhe dado.

2. Os fatos pertinentes encontram-se narrados, detalhadamente e em perspectiva histórica, no *memorandum* DF/12 – *secreto*, de 25 de abril de 1985, e não cabe aqui repeti-los. A julgar pela documentação que me foi entregue (anexos ao *memorandum* DF/12), é esta a primeira vez que a questão levantada pelo Uruguai será examinada – neste Parecer – estritamente à luz da teoria e prática do Direito Internacional Público. Um exame da correspondência diplomática trocada entre Brasil e Uruguai sobre a matéria (notas uruguaias de 10 de agosto de 1934, 1º de setembro de 1937, 8 de novembro de 1937, 7 de fevereiro de 1938 e 27 de março de 1985, e notas brasileiras de 26 de outubro de 1934, 13 de outubro de 1937, 6 de dezembro de 1937, e 4 de abril de 1938) revela um aparente propósito de restringir a argumentação à interpretação ou versão dos *fatos*, aos dados *geográficos*, e a considerações de ordem *política*. Mesmo assim, encontram-se referências genéricas a “princípios e normas do Direito Internacional” (nota uruguaia de 27 de março de 1985), “meios pacíficos de solução dos litígios internacionais” (nota uruguaia de 8 de novembro de 1937), “cumprimento rigoroso dos compromissos internacionais” (nota brasileira de 13 de outubro de 1937), “princípios de inviolabilidade dos pactos internacionais” (nota brasileira de 26 de outubro de 1934), e “princípios de justiça e direito” (nota uruguaia de 10 de agosto de 1934).

3. Estas referências são indicadoras da presença dos ingredientes jurídicos da questão suscitada pelo Uruguai. Tal presença vem sendo insinuada, ainda que em linguagem indireta, desde a primeira nota uruguaia sobre a matéria, de 1934. Assim, não surpreende que, no juízo do Ministério das Relações Exteriores, tenha, enfim, chegado o dia de enfocar a questão do ponto de vista dos princípios, normas e prática do Direito Internacional Público, e é para mim um grato privilégio poder proceder, pela primeira vez, ao exercício de análise estritamente jurídica do caso. Como a declaração unilateral de reserva de direito por parte do Uruguai se passa dentro de um

contexto político mais amplo, é inegável que as considerações de ordem preponderantemente política aduzidas pelas partes são também de relevância a uma análise essencialmente jurídica da questão. Senão vejamos.

4. É certo que a questão da *demarcação* dos limites fronteiriços requereria *per se* um estudo à parte¹, que ultrapassaria em muito os propósitos do presente parecer; tampouco me é dado aqui discorrer sobre a questão da demarcação dos limites fronteiriços do Brasil de um modo geral².

¹ S.B. Jones. *Boundary-Making: A Handbook for Statesmen, Treaty Editors and Boundary Commissioners*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1945, p. 3-225; Paul de LaPradelle. *La frontière – étude de droit international*. Paris: Les Editions Internationales, 1928, p. 9-367; H.D. Barbagelata. *Frontières*. Paris: Libr. P. Ollendorff, 1911, p. 1-89; S. Whittemore Boggs. *International Boundaries – A Study of Boundary Functions and Problems*. NY, Columbia University Press, 1940, p. 3-204; Ph. Pondaven. *Les lacs-frontière*. Paris: Pédone, s/d, p. 1-373; P. Guichonnet e C. Raffestin. *Géographie des frontières*. Paris: PUF, 1974, p. 11-221; C.V. Adami. *National Frontiers in Relation to International Law*. (trad. T.T. Behrens), Oxford/London: University Press/ H. Milford, 1927, p. 1-121; Gordon Ireland. *Boundaries, Possessions, and Conflicts in South America*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1938, p. 1ss.; Gordon Ireland. *Boundaries, Possessions, and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1941, p. 3-407; Ian Brownlie. *African Boundaries – A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*. London/Berkeley L.A.: C. Hurst & Co./University of California Press, 1979, p. 3-1348.

² Cf., a respeito, e.g., Dunshee de Abranches. *Rio Branco e a Política Exterior do Brasil (1902-1912)*. Vol. I. Rio de Janeiro: Graf. J.B., 1945, p. 15-168; Teixeira Soares. *História da Formação das Fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1972, p. 11-393; José Carlos de Macedo Soares. *Fronteiras do Brasil no Regime Colonial*. Rio de Janeiro: Livr. José Olympio Ed., 1939, p. 8-212; Xavier de Oliveira. *Redivisão Política e Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946, p. 45-216; Luís Ferrand de Almeida. *A Diplomacia Portuguesa e os Limites Meridionais do Brasil*. Vol. I (1493-1700). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1957, p. 1-562; MRE. *A Nova Política de Fronteiras*. MRE/Seção de Publicações, 1968, p. 1-44; Teixeira Soares. *Um Grande Desafio Diplomático no Século Passado (1840-1928)*. Conselho Federal de Cultura, 1971, p. 3-229; J.M.N. Azambuja. *Questão Territorial com a Argentina / Limites do Brasil com as Guianas Francesa e Inglesa*. Vol. I, Rio de Janeiro: Cia. Ed. Fluminense, 1891, p.3-314; Julio Rocha. *O Acre: Documento para História da sua Ocupação pelo Brasil*. Lisboa: Minerva Lusitana, 1903, p. 7-72; Thaumaturgo de Azevedo. *Limites entre o Brasil e a Bolívia*. Ministério da Guerra, 1953, p. 7-33; MRE. *A Fronteira Brasil-Paraguai*. MRE/Seção de Publicações, 1966, p. 3-48; Castilhos Goycochea. *A Diplomacia de Dom João VI em Caiena*. Rio de Janeiro: Ed. GTL, 1963, p. 3-223; Affonso Varzea. *Limites Meridionais (As Fronteiras com o Uruguai, Argentina e Paraguai)*, Rio de Janeiro: Alba, s/d, p. 15-214; Joaquim Nabuco. *O Direito do Brasil (Fronteiras do Brasil e da Guyana Inglesa, Primeira Memória)*. Paris: A. Lahure Ed., 1903, p. 1-392; Joaquim Caetano da Silva. *L'Oyapoc et l'Amazon: Question Brésilienne et Française*. Paris: Impr. L. Martinet, 1861, vol. I, p. 1-529, e vol. II, p. 1-477; Barão do Rio Branco. *Brazil and Bolivia Boundary Settlement – Report*, NY: Knickerbocker Press, s/d, p.1-44; Hélio Vianna. *História das Fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráf. Laemmert, s/d, p. 7-322; A. de LaPradelle e N. Politis. *L'arbitrage anglo-brésilien de 1904*, 22 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1905) n° 2, p. 241-345; J.S. da Fonseca Hermes e Murillo de Miranda Basto. *Limites do Brasil-Descrição Geográfica da Linha Divisória*. Rio de Janeiro: Gráf. Laemert, 1940, p. 3-131; Osvaldo Aranha. *Fronteiras e Limites (A Política do Brasil)*. Rio de Janeiro: MRE/Seção de Publicações, 1940, p. 5-21; Clóvis Bevilacqua. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1910, p. 277-386.

Contudo, este aspecto mais amplo esteve presente nas notas brasileiras de 26 de outubro de 1934 e 13 de outubro de 1937, que, invocando a “obra quase secular em matéria de limites” do Brasil, advertiram para os riscos de discussões ou reabertura de “pontos pacíficos e definitivamente resolvidos” e as “conseqüências imprevisíveis” que poderia isso acarretar para as relações do Brasil com os “seus numerosos vizinhos”. Permito-me insistir, neste estágio preliminar de consideração do presente caso, e sem escapar dos parâmetros da consulta que me foi formulada, em que este aspecto mais amplo não deve passar despercebido tampouco na apreciação da nota uruguaia de 27 de março de 1985: com efeito, o alcance do tratamento a ser dado ao ponto levantado pelo Uruguai de modo algum se limitaria apenas à fronteira brasileiro-uruguaia, e poderia vir a repercutir nas relações do Brasil com os outros países vizinhos no tocante a suas respectivas fronteiras.

5. A esse respeito, recorde-se, por exemplo, *in passim*, a série de incidentes e percalços (em 1837, 1844-1845, 1853, 1863, 1867-1868) na pendência da definição e caracterização da fronteira brasileiro-boliviana³, que levou um estudioso da matéria até mesmo a indagar a certa altura: – como se poderia demarcar⁴ “se ainda não se encontrava perfeitamente caracterizada a presença do Brasil no território, presença estribada em títulos jurídicos inquestionáveis?”⁵ Com efeito, houve, por parte da Comissão Mista Brasileiro-Boliviana Demarcadora de Limites (que atuou na região de 1874 a 1877), um erro que “causou perda de território à Bolívia”; mas o erro não foi corrigido com a necessária presteza: somente quando os dois Governos assentaram executar o Tratado de Petrópolis de 1903, insistiu a Bolívia em um reexame do marco. Em 1909 procedeu-se ao reconhecimento, constatou-se o erro, mas o marco erradamente plantado não foi retirado ou mudado. O marco do rio Turvo (que se supusera ser o do rio Verde) foi solenizado pelo Tratado de Natal de 1928, entre o Brasil e a Bolívia⁶.

³ Teixeira Soares. *História da Formação das Fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1972, p. 210-211, 218 e 227-228.

⁴ Demarcação estabelecida por um tratado de 1867 e autorizada por um protocolo de 1895; cf. *Ibid.*, p. 229-230.

⁵ E insistiu: – como se poderia proceder a uma demarcação “isenta de paixões, se a região andava em polvorosa e não poderia haver segurança para os demarcadores?”; *ibid.*, p. 229-230.

⁶ *Ibid.*, p. 240-243; daí em diante, passaram 13 anos até que se chegasse às reversais de 1941, que aliás, “jamais foram cumpridas no terreno, porque se evidenciaram de todo irrealistas”; *ibid.*, p. 244.

6. Esta não foi a única alegação de erro⁷ no caso, mas é suficiente como ilustração das dificuldades na prática de sua invocação (cf. *infra*), e, ainda mais importante, serve como pertinente advertência contra qualquer pretensão revisionista em relação aos tratados de limites do Brasil. Recorde-se, ademais, para citar outro caso, que em nota de 1966 o Governo brasileiro refutou categoricamente a pretensão do Governo paraguaio de reabertura ou revisão de demarcação e caracterização da fronteira brasileiro-paraguaia (cf. detalhes *infra*). Conforme demonstrou Accioly em artigo publicado em 1935, jamais houve, por parte do Brasil, usurpação ou conquista do território, ou em caso que não tivesse optado por métodos de solução pacífica de delimitação territorial; jamais abusou o Brasil da força ou do fato de contar com população mais numerosa, e a fixação dos seus limites se deu à luz do direito internacional⁸. Qualquer pretensão revisionista, sob alegação de erro de demarcação ou controvérsia congênere, poderia desencadear tentativas de renegociação ou reconsideração dos limites fronteiriços não apenas como a presente por parte do Uruguai como, possivelmente, por parte de outros países vizinhos, – hipótese esta a ser descartada e tida como inadmissível por parte do Brasil. Questões de detalhes e dificuldades – como as acima recapituladas – encontram-se hoje definitivamente superadas pela história e sepultadas pelos reclamos da segurança e estabilidade jurídicas que, em última análise, inspiram os tratados de limites.

II. *Natureza Jurídica, Efeitos e Alcance da Nota Uruguaia de 27 de Março de 1985*

7. Um exame correto do presente caso requer, de início, compreensão exata do gênero de documento diplomático a que pertence a nota uruguaia de 27 de março de 1985. Para tal é mister ter em mente tanto a natureza jurídica do referido documento quanto seu alcance e efeitos jurídicos. Configura-se a nota uruguaia como uma declaração unilateral de reserva de direito, a qual, tomada *per se* e isoladamente, ao momento de sua

⁷ Para outra alegação de erro "grave mas involuntário" em relação a um acordo de 1867, entre Brasil e Bolívia, supostamente constatado em 1874, cf. Hélio Vianna. *História das Fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Gráf. Laemmert, s/d, p. 223.

⁸ Hildebrando Accioly. Le Brésil et la doctrine de l'*uti possidetis*, 15 *Revue de droit international*. 1935, p. 36-45.

emissão, ainda não produz efeitos jurídicos concretos, sendo estes apenas potenciais. Tal manifestação de vontade por parte de um Estado só acarreta conseqüências jurídicas a partir do momento em que o outro Estado em questão toma conhecimento – e.g. , pelo recebimento da nota diplomática contendo a declaração – do conteúdo e teor da reivindicação ou alegação avançada. O *fato* jurídico desse *conhecimento* efetivo gera a impossibilidade para o Estado destinatário (da nota ou declaração) de alegar ignorância da situação ou alegação ou manifestação de vontade transmitida.

8. Um Estado, ao tomar a decisão de emitir uma declaração de reserva de direito ante uma situação que considera não atender a seus interesses, certamente não age movido pela consciência de um dever jurídico *stricto sensu*, mas antes movido por um juízo de necessidade ou conveniência política. Neste domínio, os Estados permanecem mestres de seus próprios direitos e guias de seus próprios interesses. Por conseguinte, do mesmo modo não pode haver *a fortiori* para o Estado destinatário uma obrigação formal ou um dever jurídico *stricto sensu* de responder uma nota ou declaração de reserva de direito. O Direito Internacional desconhece a existência de qualquer regra que obrigue um Estado a responder uma nota diplomática.

9. Embora haja quem considere desejável que se dê “resposta adequada” a toda comunicação diplomática⁹, na verdade não se pode dizer que estejamos aqui diante de um dever estritamente jurídico. Tanto é assim que, na teoria como na prática, tem-se admitido a não-aceitação e mesmo a restituição de nota diplomática. No ensinamento de Maresca, esta última é um instrumento do ato unilateral de Direito Internacional, podendo conter, e.g., uma notificação, um protesto, uma proposta, um reconhecimento, um convite¹⁰; não surpreende, assim, que uma nota (e.g., de protesto) possa perfeitamente ser restituída, até mesmo de imediato, dada *la constatazione dell' inaccettabilità della nota quanto alla forma in cui è redatta* ou a estimativa de conseqüências adversas que seu recebimento poderia acarretar¹¹.

⁹ Daniel Antokoletz. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Diplomático y Consular*. Vol. I, Buenos Aires: Editorial Ideas, 1948, p. 363.

¹⁰ Adolfo Maresca. *Il Procedimento Protocollare Internazionale*. Vol. I, Milano: Giuffrè, 1969, p. 540-541, e cf. p. 585ss.

¹¹ Adolfo Maresca. *Il Procedimento Protocollare Internazionale*. Vol. II, Milano: Giuffrè, 1969, p. 986-988.

10. Um exemplo relativamente recente da própria prática brasileira data de 4 de março de 1977: naquele dia, a Embaixada dos Estados Unidos entregou ao Itamaraty um *memorandum* relativo à mensagem que o Poder Executivo norte-americano enviaria ao Congresso sobre a assistência militar oferecida pelos Estados Unidos, a qual – segundo a legislação norte-americana – requereria do Poder Executivo a apresentação ao Congresso dos Estados Unidos de um relatório sobre a situação interna do Brasil (país a ser beneficiado por aquela assistência). O Governo brasileiro, reagindo de imediato a tal violação do princípio de não intervenção em seus assuntos internos, *devolveu no mesmo dia* o referido *memorandum* à Embaixada dos Estados Unidos¹².

11. Tal atitude é correta e perfeitamente admissível na prática diplomática: pode certamente ocorrer, como tem ocorrido na prática, que uma recusa em acatar os argumentos avançados em que uma nota diplomática acarrete a “rejeição” ou não-aceitação ou devolução desta última. Neste caso, “*the reason for the ‘rejection’ is usually either the objectionable language of the document in question, or that it is a gross interference with the internal affairs of the addressee country, or both*”¹³.

12. Ora, se pode uma nota ser devolvida ou “rejeitada”, não há como sustentar um dever de recebê-la e respondê-la. A argumentação vitoriosa do Camboja, no contencioso sobre delimitação fronteiriça (caso do *Templo de Preah Vihear*) com a Tailândia em 1962 perante a Corte Internacional de Justiça (cf. *infra*), é inequívoca sobre este ponto: “*Il n’ existe aucune règle de droit international qui oblige un gouvernement à répondre à une note diplomatique*”¹⁴.

13. Não foi outra a conclusão a que chegou a respeito um detalhado levantamento do tratamento dado a um determinado tipo de nota diplomática (a de protesto) na prática dos Estados, amparado por

¹² E foi mais além: por nota da mesma data, comunicou ao Governo norte-americano a recusa de sua inclusão no programa de assistência militar oferecida pelos Estados Unidos. MRE. *Resenha de Política Exterior do Brasil*, nº 12, jan.-março de 1977, p. 112-113.

¹³ E. Satow. *A Guide to Diplomatic Practice*. 4ª Ed., London: Longmans, 1964, p. 76-77 (e cf. exemplo prático ali descrito).

¹⁴ CIJ. Caso do *Templo de Preah Vihear* (Camboja versus Tailândia, 1962), *Pleadings, Oral Arguments, Documents*. vol. II, p. 202 (argumento na audiência de 5 de março de 1962 do consultor jurídico do Governo do Camboja, Paul Reuter).

elucidativos dados estatísticos sobre sua eficácia relativa e variável¹⁵: na prática, tais notas têm gerado diferentes formas de reação, tais como, e.g., resposta com vistas a uma solução negociada, busca de um *quid pro quo* sem qualquer relação intrínseca com a nota, contestação do argumento jurídico nelas contido, simples “recusa expressa a considerá-la” (*express refusal to consider it*) ou seu arquivamento (*quiet internment in the archives after a period of negotiation*)¹⁶.

14. A doutrina se orienta igualmente na mesma direção, conforme preceitua a tese sobre os atos jurídicos unilaterais no Direito Internacional de Eric Suy, categórica ao revelar a inexistência no Direito Internacional costumeiro de qualquer princípio de Direito Internacional que imponha aos Estados o dever jurídico de, e.g., protestar contra uma determinada situação: *Si l'Etat veut préserver ses droits, il doit, à cette fin protester contre une violation ou une menace à l'encontre de ses droits, mais il ne s'agit pas là d'une obligation imposée formellement par le droit*¹⁷.

15. No mesmo sentido, MacGibbon observa que a prática diplomática e a jurisprudência internacional não revelam uma obrigação dos Estados de notificar suas pretensões a outros; ao contrário, a notificação formal de reivindicações não é estritamente obrigatória à luz do Direito Internacional. Relembra, por exemplo, que foi esta a posição do árbitro no caso da *Ilha de Palmas* (Estados Unidos *versus* Holanda, 1928); e igualmente no caso da *Ilha Clipperton* (França *versus* México, 1931), o árbitro dispôs-se a dispensar o requisito de notificação oficial¹⁸. Pode-se estar aqui diante de uma medida ou atitude recomendada como elemento probatório, mas, em conclusão, não se está aqui diante de um dever jurídico *stricto sensu*.

¹⁵ Cf. J.C. Mckenna. *Diplomatic Protest in Foreign Policy – Analysis and Case Studies*. Chicago: Loyola University Press, 1962, p. 40-41, 45-46, 51-52, 194 e 203; e cf. também discussão In: Eric Suy, *op. cit.*, *Infra* nº 17, p. 75-76. Sobre a questão da relativa eficácia do ato unilateral (tal como o de protesto), já se observou que este último perderia sua força a não ser que fosse apoiado por fatores adicionais (tal como, *inter alia*, um contexto de negociação); cf., nesse sentido, I.C. MacGibbon. Some Observations on the Part of Protest in International Law, 30 *British Year Book of International Law*. 1953, p. 310-319; A.P. Rubin. The International Legal Effects of Unilateral Declarations, 71 *American Journal of International Law*. 1977, p.7.

¹⁶ J.C. Mckenna, *op. cit.*, *supra* nº 15, p. 23, e cf. p. 18 e 26; admite-se a própria retirada de uma reclamação.

¹⁷ Eric Suy. *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*. Paris: LGDJ, 1962, p. 68-70.

¹⁸ I.C. MacGibbon. The Scope of Acquiescence in International Law, 31 *British Year Book of International Law*. 1954, p. 176-178.

16. Uma decisão de responder ou não uma nota diplomática recai no âmbito da estrita discricionariedade do poder estatal. Cabe ao Estado, no entanto, seja qual for a decisão que vier a tomar (responder ou não a nota), pesar as conseqüências que poderão advir da escolha do rumo que resolver trilhar. Assim, por exemplo, o próprio silêncio poderá acarretar efeitos jurídicos: na maioria dos casos, pode ele ser tido como equivalendo a uma aceitação tácita pelo destinatário de uma nova situação de fato a extinguir seus próprios direitos. Este é um risco em que nenhum Estado estará disposto a incorrer; mas nem por isso o princípio *qui tacet consentire videtur* há de ser tido como revestindo-se em direito de um valor absoluto. Outros fatores (externos) haverão de ser igualmente levados em conta, como, além da atitude e reação do Estado destinatário, e.g., o lapso de tempo, a assiduidade com que é emitida e manifestada a reserva de direito, a gravidade da situação¹⁹. De todo modo, cumpre ter sempre presente o instituto do *estoppel* no Direito Internacional, que se expressa precisamente na máxima, *supra* citada, *allegans contraria non audiendus est*: “seu propósito essencial é impedir que uma parte se beneficie de sua própria inconsistência em detrimento de outra parte que se baseou de boa fé em uma representação de fato” feita pela primeira; a figura ou regra do *estoppel*, em suma, tem sua fonte na conduta ou nas declarações das partes, e visa evitar inconsistência, baseando-se no princípio da boa fé no Direito Internacional²⁰.

17. Se esta linha de ponderações pesar suficientemente de modo a levar o Estado à conclusão de que não poderá silenciar-se, haverá ele, então, que atentar para o risco de uma atitude oposta, qual seja, a de responder uma nota declaratória de reserva de direito. O risco consiste aqui basicamente em contribuir decisivamente para a pronta configuração de uma situação de controvérsia internacional, o que pode não atender a seus próprios interesses e ser precisamente o que busca a outra parte. Assim, cabe ao Estado considerar não apenas o conteúdo mas, também, a *forma* a ser dada à possível resposta (se se optar por esta).

¹⁹ Eric Suy. *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*. Paris: LGDJ, 1962 p. 61 e 80, e cf. p. 30.

²⁰ D.W. Bowett. *Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, 33 *British Year Book of International Law*. 1957, p. 177 e 193, e cf. p. 176-202; e cf. Elisabeth Zoller. *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pédone, 1977, p. 274-297.

18. A forma escolhida poderá dar um caráter mais, ou menos, solene à situação em foco, conforme melhor convier ou Parecer a cada parte (e.g., resposta por outra nota diplomática, ou explicações verbais apenas, ou breve referência à questão consignada na nota anterior em comunicado conjunto por ocasião de eventual encontro de chanceleres, ou breve referência à questão descrita na nota anterior em ata de eventual conferência de Comissão Mista sem que nela conste a declaração unilateral de reserva, e assim por diante). Forma e substância estão aqui inelutavelmente interligadas, como já bem se observou, de modo geral e em termos mais abstratos: – “*Le langage étant l’unique véhicule de la pensée, en Droit comme en science de Droit, il n’y a pas une question de fond, dans la besogne du juriste, qui ne soit pas à la fois question de forme*”²¹.

III. Os Argumentos do Brasil

19. Responder ou não a recente nota uruguaia é uma decisão *política* que compete em última análise ao Ministério das Relações Exteriores e à Presidência da República e para a qual poderão contribuir as considerações de cunho *jurídico* aqui desenvolvidas. Esta faculdade de decisão política é autorizada e viabilizada pela inexistência de regra de Direito Internacional que obrigue juridicamente um Estado a responder uma nota diplomática. No presente caso, houve por bem o Governo brasileiro responder (pelas notas de 26 de outubro de 1934, 13 de outubro de 1937, 6 de dezembro de 1937 e 4 de abril de 1938) as quatro notas anteriores do Governo uruguaio (respectivamente, de 10 de agosto de 1934, 1º de setembro de 1937, 8 de novembro de 1937 e 7 de fevereiro de 1938). Como já observado, esta correspondência se absteve de ingressar no campo de Direito Internacional Público propriamente dito (*supra*), e, como pertinentemente observado pelo Governo brasileiro em sua última nota sobre a matéria, a de 4 de abril de 1938 (parágrafo 9), o Governo uruguaio não contestara “um só dos argumentos” apresentados pelo Brasil já na primeira nota – de 26 de outubro de 1934 – e não dera a ela “qualquer resposta”, permitindo o prosseguimento dos trabalhos de demarcação.

²¹ F. Longchamps. Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l’individu et le pouvoir, *Mélanges en l’honneur de Paul Roubier*, vol. I, Paris: Dalloz/Sirey, 1961, p. 319, e cf. p. 305.

20. A nota uruguaia recente, de 27 de março de 1985, tampouco responde ou contesta, e sequer se refere aos argumentos aduzidos pelo Brasil desde a primeira nota de 26 de outubro de 1934 (tais como, demarcação correta e impossibilidade de revisão, decurso de 78 anos sem que qualquer dúvida fosse levantada sobre a interpretação do artigo 3 (2) do Tratado de Limites entre Brasil e Uruguai de 1851, fixação definitiva da fronteira e inviolabilidade de atos internacionais), preferindo insistir em suas próprias alegações (notas uruguaias anteriores), acrescidas de um elemento novo, a referência ao estabelecimento oficial na zona de um núcleo de povoamento (Vila Alborno). Sendo assim, uma possível resposta brasileira à nota uruguaia de 27 de março de 1985 poderia reiterar os argumentos avançados pelo Brasil desde 1934 e insistir na necessidade de uma resposta do Governo uruguaio aos mesmos, abstendo-se no presente estágio de apresentar novos argumentos do ponto de vista do Direito Internacional Público (cf. *infra*).

21. Os argumentos e considerações que desenvolverei a seguir, à luz do Direito Internacional Público, não teriam necessariamente, no atual estágio de evolução da questão, que ser reproduzidos ou mencionados em uma possível resposta brasileira à última nota uruguaia, e poderiam ser reservados pelo Governo brasileiro para ocasião futura em que se julgasse chegado o momento adequado de utilizá-los, particularmente, e.g., se e quando o Governo uruguaio vier a sugerir ou propor – consoante sua visão do caso – recurso a meios de solução pacífica de “controvérsias” internacionais. De todo modo, parece-me necessário e conveniente tê-los desde já claramente em mente. É inquestionável que, desde a troca de notas da década de 1930 (1934 e 1937-1938) entre Brasil e Uruguai o *corpus juris gentium* experimentou uma extraordinária expansão, refletida na doutrina, jurisprudência e prática dos Estados, a que não faz exceção a prática do Brasil²². No caso que nos ocupa, como se verá a seguir, a evolução e expansão do Direito Internacional Público nas cinco últimas décadas não apenas continuam a dar claro respaldo como também fortalecem a posição desde o início mantida consistentemente pelo Brasil.

²² Cf. A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*. 3 vols. (Períodos 1919-1940, 1941-1960 e 1961- 1981). Brasília: Funag, 1984.

1. *A Configuração ou não de uma Controvérsia Internacional*

22. A nota uruguaia de 27 de março de 1985 esforça-se visivelmente em tentar configurar a existência de uma “diferença limítrofe e territorial de tipo demarcatório”. O raciocínio uruguaio destaca-se por seu teor de todo simplista e tautológico: haveria uma controvérsia internacional porque o Governo uruguaio afirma haver uma controvérsia internacional. Não deve ser esse o entendimento do Brasil. A configuração de uma controvérsia internacional foi descrita em *dictum* clássico de 1924, válido e freqüentemente citado até nossos dias pela antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso das *Concessões Mavrommatis na Palestina* (Grécia *versus* Reino Unido): – “Uma controvérsia é uma discrepância sobre uma questão de direito ou de fato, um conflito de posições jurídicas ou de interesses entre duas pessoas”²³. A esses elementos a atual Corte Internacional de Justiça acrescentou, em 1962, no caso do *Sudoeste Africano* (Etiópia e Libéria *versus* África do Sul) outro fator significativo: advertiu não ser suficiente que uma das partes afirme ou negue a existência de uma controvérsia, sendo necessário demonstrar que “a reclamação de uma parte se defronta com a oposição manifesta da outra”²⁴.

23. Assim, configura-se uma controvérsia internacional mediante uma discrepância ou divergência, clara ou concreta, entre duas ou mais partes, sobre uma determinada questão de direito ou de fato. No caso, o fato de o Uruguai alegar a existência de uma controvérsia internacional não é suficiente para a configuração de tal controvérsia. Não poderia assim proceder fazendo abstração da posição do Brasil. Daí o necessário cuidado que deve inspirar qualquer manifestação de posição por parte do Governo brasileiro.

24. Em Direito Internacional, a *delimitação* de fronteiras é uma operação jurídico-política de fixação do alcance e limites espaciais do poder estatal, ao passo que a *demarcação* é uma operação técnica de execução e determinação do solo territorial dos termos de uma delimitação

²³ CPJI. Série A, n.º 2, 1924, p. 11.

²⁴ CIJ. *ICJ Reports*. 1962, p. 328. Daí a expressão *competing claims/prétentions concurrentes* usada pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso do *Status Jurídico da Groenlândia Oriental* (Dinamarca *versus* Noruega, 1933); CPJI. Série A/B, n.º 53, 1933, p. 46.

estabelecida²⁵. No pertinente ensinamento de Charles de Visscher, sendo a demarcação “*une opération technique d'exécution, les commissaires à la démarcation n'ont, en principe, aucun pouvoir de modifier le traité*”²⁶.

E o critério básico de interpretação dos tratados de fronteiras é precisamente o da *estabilidade das delimitações*. A história está repleta de exemplos de dificuldades de demarcação geradas por particularidades que possam ter escapado aos negociadores dos tratados, imprecisões topográficas e outras imperfeições, que, nem por isso, acarretam a revisão ou alterações das limitações nos tratados²⁷. No presente caso, porém, o Governo uruguaio, quase oito décadas depois da demarcação de 1852-1856 (consoante o Tratado de Limites entre Brasil e Uruguai de 1851), resolveu, aparentemente prontificado por uma palestra de um geógrafo uruguaio (Sr. Elzear S. Giuffra) proferida em Montevidéu em junho de 1934, tentar obter uma reabertura ou revisão da questão, para este propósito optando surpreendentemente por uma linha de argumentação jurídica particularmente vulnerável: a do suposto erro de fato na demarcação limítrofe.

2. O Erro no Direito dos Tratados e a Conduta Subseqüente das Partes

25. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 admite o erro como vício do consentimento: é o que dispõe o artigo 48, que, em seu parágrafo 1º, especifica tratar-se de erro referente a um *fato* ou *situação* que um Estado “julgou existir na época em que o tratado foi concluído e que constituiu uma base essencial de seu consentimento em obrigar-se por um tratado”. Mas a linguagem da Convenção de Viena é essencialmente *restritiva*, pois o parágrafo 2º do mesmo artigo prontamente acrescenta que o parágrafo anterior não se aplicará “se o referido Estado contribuiu para tal erro por sua conduta ou se as circunstâncias foram tais

²⁵ Charles de Visscher. *Problèmes de confins en droit international public*. Paris: Pédone, 1969, p. 28. São, assim, claramente distintos os problemas tão-somente de *demarcação* dos que envolvem reivindicações *territoriais* propriamente ditas; A.J. Day (ed.), *Border and Territorial Disputes*. London: Longman, 1982, p. IX. Sobre a distinção entre delimitação e demarcação, cf. também D. Bardonnnet, *Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé*, 153 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1976, p. 23-25, 50-52 e 56, 25-31 e 92 (caráter definitivo e permanente das fronteiras), 48-49 (especificidades das questões de delimitação), e cf. p. 32-40 e 54-56 (dificuldades práticas).

²⁶ Ch. De Visscher. *Problèmes de confins...*, *op. cit.*, *supra* n° 25, p. 28.

²⁷ Cf. *ibid.*, p. 28-30.

que o Estado podia ter sido advertido da possibilidade de erro”. A Comissão de Direito Internacional da ONU, em seu Projeto de Artigos comentado (de 1966) que serviu de base à Convenção de Viena de 1969, advertiu que um suposto erro em relação a uma matéria que não constituísse uma *condição* do acordo não seria suficiente para invalidar o consentimento²⁸. A limitação contida no parágrafo 2º do artigo 48 (*supra*) afigura-se como reminiscência da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso do *Templo de Preah Vihear* (cf. *infra*), como fez questão de observar a própria Comissão de Direito Internacional em seu Projeto de Artigos comentado de 1966²⁹.

26. Em um recente estudo – a ser publicado proximamente no Brasil – sobre o Tratado Brasileiro-Uruguaio de 1909 e a revisão do Tratado de Limites de 1851 “de uma perspectiva atual”, é precisamente um ilustre internacionalista uruguaio, com ampla experiência no campo do direito internacional, Héctor Gros Espiell, quem admite expressamente que o “progresso” da inclusão do erro no regime referente à nulidade de tratados da Convenção de Viena de 1969 “não chegou” e “nem podia chegar a provocar a revisão de tratados” na prática do direito internacional contemporâneo. A alegação de erro ou injustiça, no dizer de mestre uruguaio, “*não é, no direito internacional, uma causa autônoma de nulidade*”: “tem-se que compreender que no atual grau de evolução e desenvolvimento da comunidade internacional é impossível pensar que um órgão jurisdicional possa chegar a anular um tratado com base na comprovação da injustiça que contenha ou da injustiça que surja de sua aplicação”; assim, “só é possível, pelo menos até esse momento, pensar em anulação ou não-aplicação de um tratado injusto, como consequência de um acordo de vontade das partes”³⁰.

27. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 contém outros dispositivos de relevância aos presentes propósitos: o artigo 62 (2)(a), por exemplo, dispõe que “uma mudança fundamental de

²⁸ Cf. *United Nations Conference on The Law of Treaties – Official Records, Documents of the Conference* (1968-1969). NY: United Nations, 1971, p. 63. A Comissão, ademais, embora admitindo a dificuldade de distinguir nitidamente erro de fato de erro de direito, precisou que aqui se estava diante da hipótese de erro relativo a um “fato” ou “situação” apenas.

²⁹ Cf. *ibid.*, p. 64.

³⁰ Héctor Gros Espiell. O Tratado Brasileiro-Uruguaio de 1909 e a Revisão, por Razão de Justiça, do Tratado de Limites de 1851, 84 *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal (1984-1985) (no prelo) – (texto mimeografado, não-publicado, p. 1-2 e 20).

circunstâncias não pode ser invocada como causa para a extinção ou retirada do tratado: a) se o tratado for de limites”. É esta uma demonstração cabal do caráter *definitivo* dos tratados de fronteiras (cf. *infra*). Além disso, na seção da Convenção de Viena relativa à interpretação de tratados, o artigo 31(3) (b) determina que será levada em conta, juntamente com o contexto, *inter alia*, “qualquer prática posterior na aplicação do tratado pela qual fique estabelecido o acordo das partes relativo à sua interpretação”. Sobre este ponto, antes mesmo da Convenção de Viena, Jean-Pierre Cot, em estudo sobre a conduta subsequente das partes a um tratado, admitia precisamente que tal conduta pode constituir-se em meio de interpretação do tratado, e, se constante e precisa, em elemento probatório destinado a produzir efeito jurídico; mas se, ao contrário, tal conduta for “hesitante, contraditória ou inspirada pelo desejo de melhorar sua própria posição”, consubstanciada em “expressões isoladas em uma correspondência”, dificilmente terá ela valor probatório³¹. O requisito da *constância* da prática ulterior tem clara explicação: há uma preocupação em “*ne pas troubler une situation de fait*, em não atentar contra *la stabilité de l’ordre juridique effectif au nom d’une vérité hypothétique*” e em assegurar “*la sécurité des engagements internationaux*”³². Assim, Cot é inequívoco ao concluir que a conduta subsequente “*peut naturellement couvrir le vice de consentement*”³³.

3. O Valor da Aquiescência e da Contestação à Luz da Jurisprudência Internacional

28. Ora, no presente caso, a conduta do Brasil tem sido sempre constante e coerente (em defesa da inviolabilidade dos tratados e fixação definitiva das fronteiras), ao passo que a conduta do Uruguai tem sido descontínua, com a manifestação de sua declaração unilateral de reserva de direito (em 1934, 1937-1938, 1941-1943 e 1985) entremeada com

³¹ Jean-Pierre Cot. La conduite subséquente des parties à un traité, 37 *Revue générale de droit international public*. 1966, p. 646 e 653, e também p. 636, 645, 648-649, 651-652, 656 e 658.

³² *Ibid.*, p. 652 e 666. – Sobre a importância da *constância* da prática, cf. também I.C. MacGibbon, Customary International Law and acquiescence, 33 *British Year Book of International Law*.1957, p. 125.

³³ J.P. Cot, *op. cit.*, *supra* nº 31, p. 659; a esse respeito, relembra Cot que, no caso do *Templo de Preah Vihear* (cf. *infra*), como as autoridades siamesas aceitaram o mapa elaborado pelo oficiais franceses “sem pesquisarem por sua própria conta”, não poderiam depois invocar um erro viciando seu consentimento.

prolongados períodos de silêncio e aquiescência (1856 a 1934, 1943 a 1974, ano em que o Governo uruguaio publicou mapa oficial da República indicando os chamados “limites contestados”). Os comportamentos distintos de Brasil e Uruguai podem ser apreciados à luz da jurisprudência internacional, bastante elucidativa a respeito. Assim, no caso do *Direito de Passagem sobre Território Indiano* (Portugal versus Índia 1960), a Corte Internacional de Justiça ponderou que como os britânicos encontraram os portugueses ocupando a região e nela exercendo “autoridade administrativa” ampla e exclusiva, e como não reivindicaram eles próprios soberania e preferiram reconhecer tacitamente ou por implicação a soberania portuguesa, não havia como negar que as vilas na região adquiriram o caráter de “enclaves portugueses em território indiano”³⁴. Para a Corte, tampouco havia como negar que uma “prática contínua” e “claramente estabelecida entre dois Estados”, aceita por ambos, deveria determinar ou formar a base de seus direitos e obrigações recíprocos³⁵.

29. Em outra contenda perante a Corte Internacional de Justiça, o caso de *Minquiers e Ecrehos* (1953) opondo o Reino Unido à França, avançou-se o mesmo tipo de argumentação: na audiência de 30 de setembro de 1953, um dos agentes do Governo francês no caso, o Professor André Gros, consultor jurídico do *Ministère des Affaires Étrangères*, argumentou, com base na jurisprudência internacional e na doutrina, que

*Sans doute une protestation isolée, non reprise pendant de très longues années, ne signifierait-elle pas grand’chose; le silence prolongé après une telle protestation pourrait même être considéré comme un abandon par l’État en cause de sa revendication. Mais dans notre affaire, la France a maintenu ses protestations présentes à la mémoire du Gouvernement du Royaume-Uni sans interruption*³⁶.

30. Como já bem se advertiu a respeito, “*l’équité comme le droit positif, se range au côté du vigilant: elle abandonne l’indolent à son sort*”³⁷.

³⁴ CIJ. caso do *Direito de Passagem sobre Território Indiano* (Portugal versus Índia), Julgamento de 12 de abril de 1960, *ICJ Reports*. 1960, p. 39.

³⁵ *Ibid.*, p. 39 e 44.

³⁶ CIJ. Caso de *Minquiers e Ecrehos* (Reino Unidos versus França), *Mémoires, Plaidoiries et Documents*. 1953, vol. II, p. 269-270.

³⁷ Charles de Visscher. *De l’équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*. Paris: Pédone, 1972, p. 46.

No caso *Grisbardarna*, opondo dois Estados europeus (Noruega *versus* Suécia, 1909), a Corte Permanente de Arbitragem foi mais além: endossou o “princípio bem estabelecido do direito internacional” (*settled principle of the law of nations*) de que se deve abster tanto quanto possível de modificar um “estado de coisas que de fato existe e tem existido por um longo tempo”³⁸.

31. A jurisprudência arbitral concernente a países latino-americanos fornece ilustrações pertinentes e elucidativas aos propósitos do presente parecer. Assim, por exemplo, no caso da *Fronteira entre Costa Rica e Nicarágua* (1888), a Nicarágua argumentou que um tratado (de 1858) de limites não era – em seu entender – obrigatório porque El Salvador não o ratificara como país garante. O árbitro (norte-americano) rejeitou tal argumento lembrando a aquiescência, por 10 ou 12 anos, da Nicarágua, quanto à validade do tratado. E acrescentou significativamente.

The non-ratification by the Republic of San Salvador was known to the Government of Nicaragua when ratifications were exchanged with Costa Rica. It follows therefore that Nicaragua never lost any of the considerations which induced her to consummate, by an exchange of ratifications, the negotiations for the treaty.(...)

(...)The Government of Nicaragua was silent when it ought to have spoken, and so waived the objection now made. It saw fit to proceed to the exchange of ratifications without waiting for San Salvador.

*(...) They [Costa Rica na Nicarágua] did so, irrevocably, by a formal exchange of ratifications; and neither may now be heard to allege, as reasons for rescinding this completed treaty, any facts which existed and were known at the time of its consummation*³⁹.

32. Anos depois, no caso da *Fronteira entre Guatemala e Honduras* (1933), o Tribunal Arbitral ponderou que certas afirmações de soberania e

³⁸ M.O. Hudson. *Cases and Other Materials on International Law*. 3. ed., St. Paul/Minn.: West Publ. Co., 1951, p. 261.

³⁹ John Bassett Moore. *History and Digest of International Arbitrations*. Vol. II, Washington: Government Printing Office, 1898, p.1959-1961.

outros atos públicos emanando da Guatemala revelavam claramente que a Guatemala entendia que a região fazia parte do seu território. Ora, “*these assertions invited opposition on the part of Honduras if they were believed to be unwarranted*”, e cabia examinar no caso qual havia sido o comportamento de Honduras no tocante ao território em questão e “*in answer to the above-mentioned proceedings of Guatemala*”⁴⁰.

33. Também houve casos em que a questão da aquiescência ou da contestação serviu de base à argumentação de uma das partes litigantes. Assim, por exemplo, no caso da *Fronreira da Colômbia e Venezuela* (1922), o argumento colombiano baseou-se, com êxito, na ausência de protesto ou reclamação por parte da Venezuela em duas ocasiões (quando da ocupação pela Colômbia da bacia do Orinoco em 1900, e quando da cessão pela Colômbia ao Brasil de parte dos territórios em litígio em 1907)⁴¹, o que levou a Colômbia a sustentar que “*l’absence de protestation est, en droit international, une des formes de l’acceptation ou de la reconnaissance de certains faits*”⁴².

34. Recentemente, o (último) laudo arbitral de 1977 no caso do *Canal de Beagle* (Chile versus Argentina) admitiu, a contrário das pretensões argentinas, o recurso à prática subsequente das partes a um tratado como elemento de interpretação ou de confirmação; no caso, não passou despercebido aos cinco juízes que, enquanto uma das partes (a Argentina) adotara uma posição “flutuante” e incerta no decorrer dos anos, a outra (o Chile) jamais modificara em princípio sua tese inicial, e no decorrer dos anos mantivera uma atitude sempre constante que se constituía em elemento de força probatória⁴³. Não surpreende, pois, que o referido laudo tenha se inclinado em favor da tese chilena. A jurisprudência internacional, como o demonstram os exemplos acima, se inclina francamente em favor do tipo de comportamento adotado e constantemente seguido pelo Brasil no presente caso.

⁴⁰ United Nations. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. II, p. 1327, e cf. p. 1330 (sobre a “ausência de oposição” de Honduras).

⁴¹ Nations Unies. *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. I, p. 280.

⁴² *Ibid.*, p. 251.

⁴³ J. Dutheil de la Rochère. *L’affaire du Canal de Beagle* (Sentence rendue par la Reine d’Angleterre le 22 avril 1977), 23 *Annuaire français de droit international*. 1977, p. 427-429, 410 e 430.

4. *A Força da Aquiescência e a Insuficiência da Alegação de Erro como Vício do Consentimento*

35. Já se sugeriu que, no direito internacional, a aquiescência talvez tenha um campo de aplicação mais amplo do que o da prescrição, além de uma “*funzione legittimatrice*”, estendendo-se da esfera dos direitos subjetivos até possivelmente mesmo ao “campo normativo”; na expressão de Sperduti, “*l’acquiescenza non è il silenzio in generale, ma il silenzio di chi poteva opporsi*”⁴⁴.

No presente caso, como já se ressaltou, o Governo uruguaio só levantou a questão do suposto erro de fato de demarcação limítrofe 78 anos após os trabalhos de demarcação de 1852-1856. Tal atitude choca-se não apenas com os preceitos da boa doutrina do direito internacional: é o próprio contencioso interestatal que vem, em consonância com a doutrina, fornecer elementos de eloqüente apoio à posição consistente e coerente sempre adotada pelo Brasil. Há dois precedentes que, por serem particularmente significativos e relevantes aos propósitos deste parecer, merecem destaque e atenção especial: o contencioso do *Templo de Preah Vihear* (1962) entre Camboja e Tailândia, possivelmente o mais importante caso até o presente para o estudo da matéria que ora nos ocupa, e a contenda entre Honduras e Nicarágua relativa à *Sentença Arbitral de 1906 do Rei da Espanha* (1960). Ambos requerem um exame mais detalhado.

a) *O Contencioso Camboja versus Tailândia (1962) e sua Repercussão*

36. Em *cause célèbre* em que efetivamente se invocou erro como vício do consentimento, a orientação jurisprudencial foi claramente no sentido de descartar o argumento do erro e apontar condições em que não pode este operar como vício do consentimento. Trata-se do caso, particularmente elucidativo, do *Templo de Preah Vihear* (1962), opondo o Camboja à Tailândia, perante a Corte Internacional de Justiça. A região fronteiriça, onde se situa o Templo, fora objeto de um tratado de limites em 1904, entre o

⁴⁴ G. Sperduti. Prescrizione, Consuetudine e Acquiescenza in *Diritto Internazionale*, 44 *Rivista di Diritto Internazionale*. 1961, p. 7-8 e 11; naturalmente a aquiescência há de ser examinada “caso por caso” (*ibid.*, p. 15).

então Sião (Tailândia) e a França (o Camboja sendo na época a Indochina Francesa), tendo os trabalhos de delimitação se estendido até 1908. O Camboja invocou o mapa existente (produzido em 1907 pelas autoridades francesas a pedido do Sião) em apoio a sua reivindicação de soberania; a Tailândia questionou a validade do mapa por não ter sido produto do trabalho da Comissão Mista, e, muitos anos depois, alegando não se ter dado conta da importância do Templo na época do acordo de limites, invocou erro como vício do consentimento.

37. De início, um ponto significativo⁴⁵ – que não passou despercebido à Corte – foi o fato de que o referido mapa, equivocado ou não, foi efetivamente aceito pela Tailândia sem protestos ou comentários, e o príncipe siamês Damrong chegou a agradecer as autoridades francesas pelo mapa e solicitar quinze cópias adicionais do mesmo. Sobre esta questão da utilização de mapas na solução de controvérsias fronteiriças internacionais, é de se observar que, já em 1933, advertia Hyde para a insuficiência de mapas mais antigos, que não eram precisos, referindo-se particularmente aos atinentes a regiões da América do Sul e América Central⁴⁶. Recentemente, o laudo arbitral de 1977 no caso do *Canal de Beagle* (Chile *versus* Argentina) voltou a reconhecer a “grande reticência” com que as instâncias internacionais têm utilizado mapas – “expressão gráfica de uma situação de fato” – como “meio de prova”:

*Il n'était pas question de trouver dans une carte la preuve d'une éventuelle modification du tracé d'une frontière, ou d'une attribution de territoire opérée par un traité; de même les cartes n'étaient pas utilisées qu'avec la plus extrême réserve pour confirmer ou préciser une frontière incertaine ou une attribution de territoire ambigué*⁴⁷.

⁴⁵ Salientado por R.Y. Jennings. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester/NY: Manchester University Press/Oceana, 1963, p. 47.

⁴⁶ Ch.Ch. Hyde. *Maps as Evidence in International Boundary Disputes*, 27 *American Journal of International Law*. 1933, p. 312-314, e cf. p. 311-316; e cf. também, sobre a matéria, mais recentemente, G. Weissberg. *Maps as Evidence in International Boundary Disputes: A Reappraisal*, 57 *American Journal of International Law*. 1963, p. 781-803.

⁴⁷ J. Dutheil de la Rochère, *op. cit.*, *supra* nº 43, p. 431.

38. Mas voltando ao caso do *Templo de Preah Vihear*, que presentemente nos ocupa, a decisão da Corte Internacional de Justiça foi aqui inequívoca. Começou por advertir que cabia às autoridades siamesas manifestar em um prazo razoável a sua discordância quanto aos mapas, o que não fizeram, incorrendo daí em aquiescência: *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*⁴⁸. A Corte rejeitou a alegação tailandesa, de desconhecimento na época da importância do Templo, como “sem fundamento jurídico”, e acrescentou significativamente: “*On ne saurait en droit réclamer des rectifications de frontière pour le motif qu’une région frontière se révélerait présenter une importance inconnue ou insoupçonnée au moment de l’établissement de la frontière*”⁴⁹.

E a Corte da Haia foi mais além:

*C’est une règle de droit établie qu’une partie ne saurait invoquer une erreur comme vice du consentement si elle a contribué à cette erreur par sa propre conduite, si elle était en mesure de l’éviter ou si les circonstances étaient telle qu’elle avait été avertie de la possibilité d’une erreur*⁵⁰.

39. Mesmo se houvesse dúvida quanto à aceitação pelo Sião (Tailândia) do mapa utilizado em 1908, acrescentou a Corte, à luz dos eventos subsequentes a Tailândia, em virtude de sua própria conduta, não poderia hoje afirmar que não havia aceito o mapa⁵¹. Um dos juízes, em explicação de voto, asseverou que “não é admissível” a inconsistência entre reivindicações ou alegações avançadas por um Estado e sua conduta prévia em relação a elas: *allegans contraria non audiendus est*. Não se pode admitir que um Estado se beneficie da inconsistência de sua própria conduta em prejuízo ou detrimento de outro Estado: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*. Por conseguinte, uma parte que, por sua conduta ou seu silêncio, manteve uma atitude manifestamente contrária ao direito que passa a seguir

⁴⁸ *ICJ Reports*. Julgamento de 15 de junho de 1962, p. 23.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 26. Para a Corte, a Tailândia aceitara uma delimitação cujo efeito era o de atribuir soberania sobre o Templo de Preah Vihear ao Camboja; *ibid.*, p. 30.

⁵¹ *Ibid.*, p. 32.

a reivindicar, não pode reclamar este direito: *venire contra factum proprium non valet*⁵².

40. A decisão da Corte, integralmente favorável ao Camboja⁵³, repercutiu prontamente na doutrina. Charles de Visscher, em um de seus últimos estudos monográficos, qualificou a decisão de “uma contribuição importante ao método de interpretação a ser seguido nos litígios fronteiriços”, que constituem em nossos dias “o aspecto verdadeiramente atual das contendas territoriais”⁵⁴. E Cukwurah, em sua tese doutoral sobre a solução de disputas fronteiriças no direito internacional, destacou da decisão o elemento de *estabilidade* como o objeto primário da delimitação de fronteiras⁵⁵.

41. A própria Corte Internacional de Justiça, ao declarar que a conduta subsequente da Tailândia confirmara e corroborara sua aceitação inicial do limite fronteiriço e que ambas as partes por sua conduta reconheceram a linha como constituindo desde então a fronteira⁵⁶, arrematou em termos inequívocos:

*D'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive. Cela est impossible si le tracé ainsi établi peut être remis en question à tout moment, sur la base d'une procédure constamment ouverte, et si la rectification peut en être demandée chaque fois que l'on découvre une inexactitude par rapport à une disposition du traité de base. Pareille procédure pourrait se poursuivre indéfiniment et l'on n'atteindrait jamais une solution définitive aussi long temps qu'il resterait possible de découvrir des erreurs. La frontière, loin d'être stable, serait tout à fait précaire. (...) L'objectif essentiel des parties dans les règlements de frontières de 1904 à 1908 était d'aboutir à une solution certaine et définitive*⁵⁷.

⁵² *Ibid.*, explicação de voto de Juiz Alfaro, p. 40, e cf. p. 49-51, para exemplos da jurisprudência internacional de aplicação do princípio segundo o qual cabe rejeitar as alegações contrárias aos atos de um mesmo Estado (inconsistência de conduta).

⁵³ cf. *ibid.*, p. 36-37.

⁵⁴ Charles de Visscher. *Les effectivités du droit international public*. Paris: Pédone, 1967, p. 113.

⁵⁵ A.O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International law*. Manchester: University Press/Oceana, 1967, p. 214, 230 e 133.

⁵⁶ *ICJ Reports*, Julgamento de 15 de junho de 1962, p. 33.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 34.

42. A decisão da Corte veio a influir, como já indicado (*supra*), na própria aceção *restritiva* do erro como vício do consentimento constante da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. No caso do *Templo de Preah Vihear*, nas audiências perante a Corte (de 3 e 5 de março de 1962), um dos consultores jurídicos do Governo cambojano, o Professor Paul Reuter, insistiu no fato de que o Sião (Tailândia) não fizera reserva alguma ao tratado de limites (de 1904), e só muitos anos depois alegou a “descoberta de um erro”. Este último não poderia, pois, modificar a situação, referindo-se a uma “questão de detalhe” que melhor seria abandonar⁵⁸. Teria sido “extremamente fácil” ao Sião (Tailândia) inserir, na época oportuna, uma reserva, mas ao invés disso, preferiu a Tailândia guardar silêncio, e somente depois de vários anos resolveu tirar conseqüências do “erro” descoberto⁵⁹. Ora, acrescentou Reuter,

Le temps exerce en effet une influence puissante sur l'établissement et la consolidation des situations juridiques, notamment en matière territoriale. (...)

D'abord la longueur du délai dépend des matières. Il y a des matières où la sécurité des actes juridiques est l'objet d'une exigence sociale impérieuse. Ainsi en est-il en matière des vices du consentement et notamment les erreurs qui viendraient entacher la validité d'un acte. Garder pendant vingt ans, par-devers soi, le secret d'une erreur que l'on estime essentielle semble dépasser la mesure. De même lorsqu'il s'agit de l'acquisition de droit de souveraineté, le problème change suivant que le droit porte sur des espaces maritimes ou sur des territoires terrestres dont le statut, en ce qui concerne ces derniers, ne doit pas rester dans l'indécision longtemps. (...)

(...) Un deuxième élément doit être pris en considération, nous serions tentés de l'appeler 'la densité' du temps. Le temps des hommes n'est pas le temps des astres. Ce qui fait le temps des hommes, c'est la densité des événements réels ou des événements éventuels qui auraient pu y trouver place. Et ce qui fait la densité du temps humain apprécié

⁵⁸ CIJ. Caso do *Templo de Preah Vihear* (Camboja *versus* Tailândia), *ICJ Reports* (1962), *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, vol. II, p. 194-197.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 197-198 e 202-203.

sur le plan juridique, c'est la densité, la multitude des actes juridiques qui y ont trouvé ou qui y auraient pu trouver place.

Dans la vie des nations comme dans la vie des individus, il y a des années légères, de années heureuses où il n'arrive rien et où il ne peut rien arriver. Mais il y a aussi des années lourdes, pleines de substance. (...)

Il y aussi un troisième élément qu'il faut prendre en considération dans l'analyse des circonstances concrètes: c'est la situation respective des Parties. (...)

(...) Dans les relations internationales la doctrine fait de l'estoppel un mécanisme répondant au principe général de la bonne foi et au besoin de sécurité qui régit les sociétés humaines. Dans la présente affaire, c'est l'attitude de la Thaïlande, c'est ce silence gardé pendant de longues années qui est en contradiction avec les thèses actuellement soutenues. La position des autorités cambodgiennes, rappelons-le une fois de plus, est très claire dès l'origine⁶⁰.

43. As autoridades cambojanas, ressaltou Reuter, sempre consideraram a delimitação fronteira como geradora de “afirmação de soberania notória” e “perfeita”, realizada “de acordo com o direito”, tendo sido “objeto de um trabalho em comum” e de um tratado; à luz deste, o Camboja exerceu efetivamente atos de soberania que a Tailândia dificilmente poderia contestar. E como poderia ela rejeitar agora o trabalho (de delimitação) feito em comum e os mapas que ela própria utilizou? Um exame da jurisprudência internacional revela que esta, de modo geral,

n'a pas estimé nécessaire de qualifier les mécanismes formels qui consacrent la vertu consolidatrice du temps. (...)

On pourrait résumer cette jurisprudence en trois principes (...):

Premier principe: tout droit affirmé et exercé se consolide par le temps. Deuxième principe: toute situation territoriale ne peut être consolidée que si elle bénéficie d'une parfaite notoriété. Troisième

⁶⁰ *Ibid.*, p. 203 e 205.

principe: le silence à l'égard d'un droit affirmé et exercé d'une manière parfaitement notoire vaut acquiescement et rend le droit opposable.

Sans qu'il soit nécessaire d'insister davantage, ces principes semblent applicables au profit du Cambodge dans la présente espèce. Même si le titre que lui donnent les procédures de 1904-1908 n'était pas parfait, ce titre serait suffisant au regard des principes que nous venons d'énoncer ⁶¹.

44. Poucos dias após, nas audiências de 26 e 27 de março de 1962, o consultor Reuter foi mais além, ao sugerir que, mesmo uma delimitação unilateral em sua origem, efetuada na “ilusão de boa fé”, ainda que precária, passa a ser “necessariamente recíproca em seus efeitos”, e baseada em um título (constituído por um tratado)⁶². Quanto à alegação de “erro”, prosseguiu Reuter, há uma diferença entre um suposto erro viciando toda a delimitação a ponto de torná-la “inexistente” e um suposto erro a nível de execução estritamente: se se admite uma delimitação como tendo sido válida no passado, mas não mais o podendo ser no futuro, esta simples concessão demonstra que “a teoria da inexistência em matéria de delimitação é absurda”; a jurisprudência internacional recomenda prudência no sentido de encarar o problema de uma decisão de uma comissão de delimitação no espírito do primado da segurança da decisão⁶³, da segurança dos acordos internacionais⁶⁴.

45. O ponto não passou despercebido a outro dos consultores jurídicos do Governo do Camboja, o Professor Roger Pinto (audiência de 24 de março de 1962). Para este, no presente caso o “erro substancial” referente à decisão da Comissão de Delimitação, equivalia a um “erro de fato”, “*trop insignifiante pour entraîner une conséquence juridique quelconque*”, e um erro “normal nas circunstâncias da época”. Ademais, qualquer nulidade relativa que pudesse dele decorrer teria sido “coberta” ou “apagada” pela

⁶¹ *Ibid.*, p. 205 e 207-208.

⁶² *Ibid.*, p. 523-524, e cf. p. 526.

⁶³ Adverte Reuter, ademais, que “*on ne peut pas trouver un seul exemple d'arbitrage en matière territoriale où l'on fasse rétroagir la constatation faite par l'arbitre*”; *ibid.*, p. 534-535, e cf. p. 529, 532 e 544.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 84 (no mesmo sentido, na audiência de 12 de abril de 1961).

aquiescência ulterior das partes, que impedia a Tailândia de levantar hoje objeção à decisão da Comissão de Delimitação⁶⁵.

46. A rica argumentação cambojana certamente sensibilizou a Corte, em sua decisão, acatada pela doutrina, francamente favorável ao Camboja (*supra*), que hoje constitui *locus classicus* para a insuficiência do erro como vício do consentimento, a importância da conduta subsequente das partes e o imperativo da *estabilidade* na fixação definitiva das fronteiras. O caso do *Templo de Preah Vihear* não é a única ilustração deste último ponto: no caso da *Soberania sobre certas Partes de Território* (1959), entre Bélgica e Holanda, a Corte Internacional de Justiça descartou alegação de erro, relembrou que “*for almost a century the Netherlands made no challenge to the attribution of the disputed plots to Belgium*”⁶⁶, e, ao decidir em favor da Bélgica, ressaltou que a Convenção de Limites de 1843 visara uma solução *final* com base no *status quo*⁶⁷ (eficácia da estabilidade no *cas d'espèce*)⁶⁸. E, por ocasião do laudo arbitral de 24 de novembro de 1966 sobre controvérsia entre a Argentina e o Chile, destinado a interpretar uma sentença arbitral mais antiga, de 20 de novembro de 1902, i.e., a precisar – em razão de erro geográfico ocorrido em demarcação efetuada em 1903 – um limite já definido, o Tribunal Arbitral partiu do princípio de que a sentença de 1902 havia delimitado validamente a fronteira como um todo (inclusive o setor em litígio), e sua decisão de 1966 refletiu a preocupação em “assegurar o respeito à sentença de 1902”⁶⁹.

b) *O Contencioso Honduras versus Nicarágua (1960)*

47. Em caso opondo dois Estados latino-americanos, o da *Sentença Arbitral de 1906 do Rei da Espanha* (*Honduras versus Nicarágua*), envolvendo

⁶⁵ *Ibid.*, p. 516-518, e cf. p. 515, 474 e 71-73. – Basdevant identificava no plano das relações internacionais um “respeito preliminar” ou provisório às situações de fato até surgirem elementos contrários; certas situações de fato vêm criar situações jurídicas, mas há limites *de fato* e *de direito* ao princípio da efetividade; cf. Roger Pinto, *Le droit des relations internationales*. Paris: Payot, 1972, p. 103-115. Para o ponto de vista de que a interação entre direito e fato é “*an abiding problem of jurisprudence*”, cf. R.Y. Jennings, *Nullity and Effectiveness in International Law. Cambridge Essays in International Law*. London/NY: Stevens/Oceana, 1965, p. 73.

⁶⁶ CIJ, caso da *Soberania sobre Certas Partes de Território* (Bélgica *versus* Holanda), Julgamento de 20 de junho de 1959, *ICJ Reports* (1959) p. 226-227.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 218-219, 221-222 e 225-226.

⁶⁸ Cf. A.O. Cukwurah. *op. cit., supra* n° 55, p. 132.

⁶⁹ Charles de Visscher. *Problèmes de confins...*, *op. cit., supra* n° 25, p. 30-31.

questão de validade de sentença arbitral em delimitação fronteira, levantada pela Nicarágua, a Corte Internacional de Justiça acatou, em julgamento de 18 de novembro de 1960, a posição hondurenha em sustentação da validade do laudo⁷⁰. Particularmente significativo aos nossos propósitos é o tratamento dado pela Corte à alegação nicaraguense de nulidade do laudo arbitral em razão *inter alia* de “erro essencial”⁷¹. Começou a Corte por registrar que, desde a data do laudo, em “diversas ocasiões” a Nicarágua, tendo tomado conhecimento do mesmo, expressara a Honduras sua “satisfação” de que “a disputa relativa à delimitação das fronteiras entre os dois países tinha sido finalmente resolvida pelo método da arbitragem”; houve, assim, aceitação da sentença por parte da Nicarágua, e

*De l’avis de la Cour, le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n’est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence. Le fait que le Nicaragua n’ait émis de doute quant à la validité de la sentence que plusieurs années après avoir pris connaissance de son texte complet confirme la conclusion à laquelle la Cour est parvenue*⁷².

48. A Corte foi ainda mais categórica ao sentenciar que mesmo que não tivessem ocorrido da parte da Nicarágua atos repetidos de reconhecimento que, no Parecer da Corte, a impedem de invocar subsequentemente reclamações de nulidade e mesmo que tais reclamações tivessem sido apresentadas em tempo hábil, a sentença, segundo a Corte, ainda assim deveria ser reconhecida como válida⁷³. Por conseguinte, a Corte rejeitou o argumento nicaraguense de nulidade em razão de “erro essencial”, considerando-o “não mais que uma avaliação de documentos e de outras provas apresentadas ao árbitro”; a Corte rejeitou igualmente, de modo categórico⁷⁴, a alegação da Nicarágua de que teria ocorrido “uma lacuna de alguns quilômetros” no traçado da fronteira, e concluiu que a sentença arbitral

⁷⁰ Cf. *ICJ Reports*. 1960, p. 217.

⁷¹ Cf. *ibid.*, p. 210.

⁷² *Ibid.*, p. 212-213.

⁷³ *Ibid.*, p. 214.

⁷⁴ “*Il n’existe en réalité aucune lacune dans le tracé de la frontière*”; *ibid.*, p. 217.

do Rei da Espanha de 1906 era “válida e obrigatória” e que cabia à Nicarágua executá-la⁷⁵.

49. No decorrer do processo, ponto central na argumentação hondurenha, acatada pela Corte, foi a aquiescência manifestada no próprio comportamento da Nicarágua tendente a fixar situação que devia revestir-se de segurança jurídica. Esta “situação jurídica objetiva” impedia que um Estado se voltasse contra uma sentença que acatara “sem violar o princípio da boa fé”. Esta a essência do argumento de um dos consultores jurídicos do Governo hondurenho no caso, o Professor Paul de Visscher (audiências de 15 e 16 de setembro de 1960)⁷⁶, que acrescentou que em certas circunstâncias o próprio silêncio do Estado podia legitimar um determinado estado de coisas (consoante o que, na doutrina, ensina Anzilotti). Ora, se isto tem ocorrido por vezes em relação a situações de fato, tanto mais necessário se torna

*attacher plus d'importance encore lorsque les droits qui ont bénéficié d'une reconnaissance ou d'un acquiescement sont fondés sur un titre, traité, ou sentence arbitrale, dont la validité vient à être contestée par l'État même qui l'avait précédemment reconnue*⁷⁷.

50. Ao concluir seu discurso, Paul de Visscher lembrou que, no caso do *Status Jurídico da Groenlândia Oriental* (Dinamarca versus Noruega, 1933), a Corte reconhecera o “caráter irrevogável” da famosa declaração Ihlen, que visava uma situação que não se baseava em qualquer título preciso; no presente litígio, à luz desta jurisprudência, não se poderia esperar da Corte outra decisão senão a de assegurar o respeito de uma aquiescência que almejou simplesmente confirmar e fortalecer a autoridade de um título⁷⁸. Foi o que ocorreu no caso.

51. Tampouco passou despercebida a natureza da aquiescência da Nicarágua, manifestada no “pleno exercício de sua soberania”, e com base na qual “Honduras fixou seu próprio comportamento”⁷⁹. Outro dos consultores jurídicos do Governo hondurenho, o Professor H. W. Briggs, pleiteou a

⁷⁵ *Ibid.*, p. 215-217.

⁷⁶ CIJ, caso da *Sentença Arbitral de 1906 do Rei da Espanha* (Honduras versus Nicarágua), *ICJ Reports* (1960), *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, vol. II, p. 26-27, 39-41 e 48-50.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 51-52.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 50.

“inadmissibilidade jurídica de provas *evidence* contraditadas pela conduta e declarações anteriores”, em aplicação da máxima *allegans contraria non est audiendus*. E, enfim, o Professor Paul Guggenheim, também consultor jurídico do Governo de Honduras no caso, apontou que a aquiescência da Nicarágua se dera por atos “espontâneos”, “múltiplos e reiterados”, “contínuos” e “regulares” (i.e., emanando das autoridades executivas competentes)⁸⁰. Não surpreende tenha a Corte se sensibilizado com esta linha de argumentação.

5. O Caráter Definitivo da Operação de Demarcação

52. O contencioso Camboja *versus* Tailândia (1962) assim como o contencioso Honduras *versus* Nicarágua (1960) constituem precedentes valiosos para os argumentos do Brasil no presente caso, amparados esses últimos igualmente pela autoridade de títulos de valor inquestionável. Não estamos aqui diante apenas do vigor da aquiescência e da insuficiência da alegação de erro como vício do consentimento, mas ademais do peso de instrumentos internacionais ao: Tratado de Limites de 1851⁸¹ (à luz do qual se procedeu à demarcação de 1852-1862) seguiu-se a nota uruguaia de 1861 que, buscando por termo a discussões sobre permutas de terreno, sugeriu que não se pusesse “obstáculo algum” precisamente à “possessão do Rincão de Artigas por parte do Brasil”. E, ainda mais significativamente, a Convenção de 1916 para Melhor Caracterização da Fronteira Brasil-Uruguaí dispôs *inter alia* que as atividades da Comissão Mista então criada se desenvolveriam “*sem alterar o regime de fronteira estabelecido em atos internacionais anteriores*”; e o Convênio de 1933 para Fixação do Estatuto Jurídico da Fronteira Brasil-Uruguaí (ratificado em 1937) referiu-se expressamente ao marco (49 intermédio – artigo IX) situado no ponto que o Uruguaí depois considerou sob “litígio” (estabelecido durante a demarcação de 1852-1862). Trata-se, assim, de questão rigorosa e definitivamente resolvida.

53. Testemunho dos mais eloqüentes em favor da *manutenção* dos tratados de fronteiras é dado pela própria Convenção de Viena sobre Direito

⁸⁰ *Ibid.*, p. 395-396, e cf. p. 411-413.

⁸¹ Modificado apenas pelo Tratado de 1909, por iniciativa brasileira, que estabeleceu o condomínio brasileiro-uruguaio na utilização das águas da lagoa Mirim e do rio Jaguarão, anteriormente sob soberania brasileira exclusiva.

dos Tratados de 1969 (*supra*). Dispõe esta, em seu artigo 62 (2) (a), que os tratados de fronteiras constituem exceção ao princípio *rebus sic stantibus*: assim, não se poderá invocar “mudança fundamental de circunstâncias” como causa para extinção ou retirada do tratado se este último for um tratado de limites fronteiriços. A Comissão de Direito Internacional da ONU, em seu Projeto de Artigos comentado (de 1966) que serviu de base à Convenção de Viena de 1969, explicou que os tratados de fronteiras deveriam ser tidos como uma exceção ao princípio *rebus sic stantibus*, porque de outro modo este último, “*instead of being an instrument of peaceful change, might become a source of dangerous frictions*”⁸².

54. O *Relatório* do Ministério das Relações Exteriores relativo ao período maio de 1920/abril de 1921 refere-se às dificuldades práticas que normalmente surgem quando da demarcação de uma fronteira, particularmente quando baseada em “velhas cartas topográficas, roteiros e mapas sem precisão científica”. O *Relatório* do Itamaraty referente ao ano de 1927 vai mais além, ao apontar as dificuldades que surgem nas próprias fronteiras já demarcadas, quando, e.g., se constata a necessidade de restauração dos marcos, ou quando o maior povoamento da região – como na divisa do Brasil com o Uruguai – exige o “estabelecimento de sinais intermediários entre os marcos primitivos”⁸³. Ora, seria de todo inadmissível que se procedesse a alterações da linha da fronteira a cada vez que surgissem tais dificuldades práticas. O *Relatório* do Ministério das Relações Exteriores de 1937 adverte precisamente para o “perigo de se rejeitar o trabalho dos grandes demarcadores do passado”, lembrando que, no presente caso, o Uruguai não contestara “um só dos argumentos” apresentados pelo Brasil⁸⁴.

55. Já alertei para os riscos de qualquer pretensão revisionista em relação aos tratados de limites do Brasil, que poderia desencadear iniciativas de reabertura da matéria, não apenas como a presente por parte do Uruguai como por outros dos países vizinhos, o que é inadmissível para o Brasil, que procedeu à fixação de seus limites fronteiriços sempre à luz do direito internacional (*supra*). A nota uruguaia de 27 de março de 1985, aditamento

⁸² *United Nations Conference on the Law of Treaties – Official Records, Documents of the Conference* (1968-1969). NY: United Nations, 1971, p. 79

⁸³ A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1919-1940). Brasília: Funag, 1984, p. 149 e 151.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 155-156.

às de 1934 e 1937-1938, não prima pela originalidade: alegações de erros de demarcação não são desconhecidas, a exemplo da levantada quando da definição e caracterização da fronteira brasileiro-boliviana, já mencionada (cf. *supra*). Precedente dos mais elucidativos é fornecido pelo tratamento dado pelo Itamaraty, em 1966, às alegações do Governo paraguaio de suposta invalidade da demarcação de 1872-1874 da fronteira brasileiro-paraguaia.

56. Em nota de 25 de março de 1966 ao Ministro das Relações Exteriores do Paraguai, Dr. Raul Sapena Pastor, o embaixador do Brasil em Assunção, J. de Souza-Gomes, recordou ocasiões anteriores (notas de 19 de setembro de 1962 e de 27 de outubro de 1965) em que

o Governo brasileiro tem deixado claro que não admite a existência de qualquer pendência de limites entre o Brasil e o Paraguai, uma vez que a fronteira entre os dois países ficou integralmente definida nos Tratados de 1872 e 1927, e perfeitamente demarcada (...) pela Comissão Mista Demarcadora reunida entre 1872 e 1874 (...) ⁸⁵.

E prosseguiu:

Da mesma maneira, não aceita o Governo brasileiro as asserções do Governo paraguaio quando procura justificar a invalidade da demarcação de 1872-1874, por insuficiente ou contrária ao Tratado de 9 de janeiro de 1872. Não só a demarcação foi executada rigorosamente de acordo com o disposto nos artigos I, II, III e IV daquele Tratado, e reconhecida pelo Governo paraguaio, como também foi esse reconhecimento confirmado ulteriormente pelo mesmo Governo, ao firmar o Tratado Complementar de Limites, em 1927, e o Protocolo de Instruções para a Demarcação e Caracterização da Fronteira Brasil-Paraguai, de 9 de maio de 1930 ⁸⁶.

57. A nota brasileira de 1966 sustentou o caráter *definitivo* e final, há quase um século, da demarcação de 1872-1874 consoante os termos do Tratado de 1872, confirmada por atos internacionais ulteriormente firmados

⁸⁵ “Texto da nota passada a 25 de março de 1966 pelo Embaixador do Brasil em Assunção ao Ministro das Relações Exteriores do Paraguai, Dr. Raul Sapena Pastor, sobre a Caracterização da Fronteira Paraguaio-Brasileira”, 22 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 1966, n° 43/44, p. 107.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 108, e cf. p. 109-110.

por Brasil e Paraguai⁸⁷. Relembrou, ademais, a referida nota, que a “fixação definitiva da linha de limites” se dá pelo tratado de limites, ao passo que a demarcação *executa* o tratado, e quando, com o passar dos tempos, torna-se necessário implantar marcos intermédios secundários (em linha já anteriormente demarcada), dá-se a *caracterização* da fronteira⁸⁸. A nota brasileira, ao sustentar a “escrupulosidade e exatidão” da demarcação de 1872-1874, e o caráter definitivo da mesma, afirmou: “Segundo é pacífico em direito internacional, a demarcação feita pela Comissão Mista e aprovada pelos Governos respectivos é definitiva e imodificável, a não ser mediante novo e mútuo acordo entre os mesmos”⁸⁹.

58. Sobre este último ponto, não é outro o ensinamento de Accioly:

Considera-se como definitiva, e, portanto, só modificável por acordo mútuo das partes, a fronteira demarcada cuja demarcação foi aprovada pelos Governos interessados. Daí resulta que os marcos colocados em tal fronteira devem sempre ser respeitados, ainda quando se prove sua má colocação, – a menos que, por acordo mútuo, os Governos interessados resolvam o contrário⁹⁰.

59. Há um trecho particularmente significativo da nota brasileira de 25 de março de 1966 sobre a caracterização da fronteira brasileiro-paraguaia que se presta a um paralelo pertinente com o possível tratamento a ser dado pelo Brasil ao ponto levantado pela nota uruguaia de 27 de março de 1985, a saber:

Nestes quase 92 anos, toda a faixa ao norte do trecho da divisória esteve sob legítimo e exclusivo domínio e posse do Estado brasileiro, não sendo admissível que passe, agora, de um momento para outro, a ser considerada, pelo Governo paraguaio, como ‘não demarcada’. Seria isso a supressão, pela vontade unilateral de um

⁸⁷ *Ibid.*, p. 115, e cf. p. 121,128, 136-137 e 142.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 128-129, e cf. p. 131 e 137-138.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 136, e cf. p. 137-138. Referindo-se aos tratados celebrados por Brasil e Paraguai sobre a matéria, acrescentou que “o princípio jurídico básico é que o regulador geral, no assunto, é a vontade dos Estados, expressa ou tácita”; *ibid.*, p. 137.

⁹⁰ Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2ª ed., vol. II, Rio de Janeiro: IBGE, 1956, p. 133.

Estado, de toda e qualquer segurança na ordem jurídica internacional⁹¹.

60. Em conclusão, o Governo brasileiro – pela nota de 1966 – manteve sua posição original, manifestou esperança de que o Governo paraguaio “respeite a soberania do Brasil no território” em questão, refutou as alegações do Paraguai (inclusive a de que haveria “um problema de fronteiras que esteve pendente um século”), e ponderou que mais importante do que a “evocação de dúvidas ou pendências estéreis” era a busca de “condições capazes de assegurar o bem-estar de seus povos através de uma fraternal colaboração para a solução de problemas comuns” (projetos conjuntos)⁹². Decorridas quase duas décadas desde nota brasileira de 25 de março de 1966, e defrontado o Brasil agora com semelhante pretensão revisionista por parte do Uruguai, não há razões supervenientes que justifiquem uma mudança na posição adotada e secularmente seguida pelo Brasil em relação a seus tratados de limites.

61. Sobre o espírito a reger o diálogo e os entendimentos do Brasil nessa matéria com os países vizinhos, permanecem ainda em nossos dias revestidas de validade e grande atualidade as palavras do então douto consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Clovis Bevilaqua, em Parecer de 12 de janeiro de 1925 acerca de Protocolo brasileiro-uruguaio para liquidação de incidentes de fronteira: ressaltou Bevilaqua que o espírito que presidiu à elaboração da contraproposta brasileira na época foi “precisamente o que deve inspirar nações amigas em casos semelhantes”, a saber “a isenção de ânimo, a boa fé, a confiança recíproca, o sentimento de justiça”, tendo em vista a manutenção da paz e das “boas relações entre vizinhos” além da “intensificação do americanismo” no continente⁹³.

62. Para a fixação de seus limites o Brasil agiu sempre guiado pelos princípios e cânones do Direito Internacional, como demonstrado no já mencionado estudo de 1935 do maior expoente brasileiro do Direito Internacional Público, Hildebrando Accioly (cf. *supra*). Não poderia, no presente caso, no entanto, haver testemunho mais eloqüente em defesa da

⁹¹ “Texto da Nota...”, *op. cit.*, *supra* nº 85, p. 148.

⁹² *Ibid.*, p. 149.

⁹³ MRE. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)*, MRE/Seção de Publicações, 1962, p. 299-300.

posição do Brasil do que o do maior expoente uruguaio do Direito Internacional Público contemporâneo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex-Presidente da Corte Internacional de Justiça, que, sobre a fronteira brasileiro-uruguaia, escreveu já em 1961:

*El problema fronterizo con el Brasil está resuelto, bien o mal, pero, en sus aspectos esenciales, y salvo cuestiones de detalle, es asunto terminado. Por eso no tiene el interés de una cuestión abierta y pendiente, que ofrecen en cambio los problemas del Río de la Plata y del Río Uruguay. El detalle de esa cuestión pertenece más a la historia de los tratados, que al Derecho Internacional Público*⁹⁴.

IV. Conclusões

63. Em resumo e conclusão:

O alcance do tratamento a ser dado pelo Brasil ao ponto levantado pela nota uruguaia de 27 de março de 1985 transcende a fronteira brasileiro-uruguaia: qualquer pretensão revisionista em matéria de limites, se atendida, poderia desencadear tentativas de renegociação por parte de outros dos países vizinhos, como já ocorreu em mais de uma ocasião, inclusive em passado recente. Trata-se de hipótese inadmissível para o Brasil, que teve seus limites definitivamente fixados à luz do Direito Internacional, e com base em tratados ou títulos jurídicos de valor inquestionável. Configura-se a referida nota uruguaia como uma declaração unilateral de reserva de direito. O Direito Internacional desconhece a existência de regra que obrigue juridicamente um Estado a responder uma nota diplomática. O risco maior de decisão de não responder é o de aceitação tácita pelo Estado destinatário de uma nova situação, que pode ser-lhe adversa; o risco maior de decisão de responder é o de contribuir – o que pode não atender a seus interesses – para a configuração de uma controvérsia internacional, o que talvez possa até certo ponto ser contornado

⁹⁴ Eduardo Jiménez de Aréchaga. *Curso de Derecho Internacional Público*, vol. II ('Los Estados y Su Dominio'). Montevideo: Centro Estudiantes de Derecho, 1961, p. 434. – No mesmo sentido, conforme relata o Telegrama nº 353, de 27 de março de 1985, da Embaixada do Brasil em Montevideu para a Secretaria de Estado das Relações Exteriores, o Chanceler uruguaio, Sr. E. Iglesias, ao entregar a recente nota uruguaia daquela data, deixou escapar que, pessoalmente, considerava toda a questão “superada pela história” (parágrafo 6 do telegrama). – E um relato de um autor uruguaio limita-se a narrar os trabalhos de demarcação e caracterização da fronteira brasileiro-uruguaia, sem discorrer sobre qualquer tentativa ou pretensão revisionista por parte do Uruguai; cf. Ulises Rubens Grub. *Evolución Histórica Geográfica y Política de las Fronteras del Uruguay con Brasil*. Montevideo: Imprenta Nacional, 1951, p. 101-115.

pela forma que se vier a dar à eventual resposta. Uma possível resposta do Brasil, no presente caso, poderia insistir na necessidade de o Uruguai responder de início os argumentos brasileiros das notas da década de 1930 (o que não foi feito até o presente), deixando para avançar em estágio ulterior os argumentos de cunho propriamente jurídico. Quanto a estes últimos, ressalte-se de início que a alegação de uma só das partes não é suficiente para a configuração de uma controvérsia internacional. Em matéria de fronteiras, a operação técnica de demarcação não pode modificar a operação jurídica de delimitação, e o critério básico de interpretação dos tratados de fronteiras é o da *estabilidade* das delimitações. O erro, no atual estágio do direito dos tratados, não constitui causa autônoma de nulidade, como o reconhece a própria doutrina uruguaia; a conduta subsequente das partes pode cobrir o suposto vício de consentimento. A jurisprudência internacional atesta a força da aquiescência (ausência de contestação por períodos prolongados), a insuficiência da alegação de erro como vício do consentimento, e a inadmissibilidade da inconsistência – como por parte do Uruguai no presente caso – entre alegações avançadas pelo Estado e sua conduta prévia em relação a elas (*allegans contraria non audiendus est*). Em nome da segurança jurídica, no direito dos tratados excetuam-se os tratados de fronteiras ao princípio *rebus sic stantibus* (mudança fundamental de circunstâncias). A operação de demarcação reveste-se de caráter definitivo e final. A posição secular do Brasil em matéria de fronteiras tem sido sempre e invariavelmente em prol do respeito e inviolabilidade dos tratados de limites, e não há razões supervenientes para que venha a alterá-la agora. O caráter definitivo da fronteira brasileiro-uruguaia, – fixada, como todas as demais fronteiras do Brasil, consoante os princípios e cânones do Direito Internacional, e com base em tratados ou títulos jurídicos de valor inquestionável, – é hoje reconhecido pela própria doutrina uruguaia. Questões de detalhes encontram-se hoje superadas pela história, prevalecendo os reclamos da segurança e estabilidade jurídicas que inspiram os tratados de limites. A evolução e expansão do *corpus juris gentium* nas últimas décadas vieram fortalecer ainda mais a posição sempre e consistentemente mantida pelo Brasil.

Este, salvo melhor juízo, é o meu parecer.

Brasília, 22 de maio de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Direitos Humanos: Proteção Internacional. Noção de Soberania. Tratados: Interpretação, Reservas, Cláusulas de Exceção. Direito Internacional e Direito Interno. Jurisdições Internacional e Nacional; Salvaguardas dos Estados. Instrumentos de Proteção: Conteúdo e Efeitos Jurídicos. Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias. Tradição e Prática do Brasil.

PARECER

*O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos:
Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil*

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Fundamentos Jurídicos da Nova Tomada de Posição do Brasil. 1. A Acepção Correta da Soberania no Plano das Relações Internacionais. 2. A Interpretação dos Tratados Relativos à Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 3. A Prevenção de Conflito entre as Jurisdições Internacional e Nacional. a) A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno. b) Derrogações ou Cláusulas da Exceção. c) Compatibilização entre Dispositivos Convencionais e de Direito Interno. d) Formulação e Caracterização de Reservas. e) Mecanismos de Proteção e Salvaguardas dos Estados. f) Diversidade do Conteúdo e Efeitos Jurídicos dos Instrumentos de Proteção. g)

Inadequação de Analogia entre a Proteção Internacional dos Direitos Humanos e os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais. III. Posição do Brasil em Matéria de Proteção Internacional dos Direitos Humanos: o Reencontro do Brasil com sua Verdadeira Tradição: IV. Considerações Finais e Conclusões.

I. *Delimitação do Objeto do Parecer*

Consulta-me o Ministério das Relações Exteriores, por carta do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, de 29 de maio de 1985, sobre a eventual adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) de 1969. As considerações que desenvolverei a seguir são válidas não apenas para o Pacto de San José como também para os Pactos das Nações Unidas de Direitos Cíveis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Atenção especial, contudo, será concentrada, naturalmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos. É para mim um privilégio poder proceder ao exercício de análise jurídica da matéria, que poderá contribuir para a fundamentação de uma nova tomada de posição por parte do Brasil.

2. Os tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos constituem fenômeno relativamente recente de desenvolvimento histórico¹. Há quase quatro décadas era objeto de preocupação corrente dos internacionalistas da época a restauração do direito internacional em que viesse a se reconhecer a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional². Hoje, em meados da década de 1980, é distinto o quadro com que nos defrontamos: conquista definitiva de civilização, já nos distanciamos gradualmente no tempo da fase inicial “*legislativa*” de preparo e

¹ Para um estudo de antecedentes históricos e dos atuais mecanismos de implementação internacional 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 UFMG*. 1979, p. 331-384; Karel Vasak (ed.). *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Paris: Unesco, 1978, p. 1-175; (Vários Autores). *Derechos Humanos en las Américas – Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington: CIDH/OEA, 1984, p. 1 – 360; M. Ganji. *International Protection of Human Rights*. Genève/Paris: Droz/Minard, 1962, p. 3-278; G. Ezejiakor. *Protection of Human Rights under the Law*. London: Butterworths, 1964, p. 3-252; P. N. Drost. *Human Rights as Legal Rights*. London: Thames and Hudson, 1967, p. 7-323; Hersch Lauterpacht. *International Law and Human Rights*. London: Stevens, 1950, p. 3-463.

² Cf. e.f., Charles de Visscher. Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international, 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) p. 1-13; A. de La Pradelle, La place de l'homme dans la construction du droit international, *Current Legal Problems*. 1948, p. 140-151; Hersch Lauterpacht. *The International Protection of Human Rights*. Paris: Rec. Sirey, 1947, p. 13-105.

redação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Adentramo-nos, agora, na fase de efetiva *implementação* desses direitos, que provavelmente se estenderá e se aperfeiçoará até o final do século.

3. Esta evolução, testemunho e reflexo do dinamismo do direito internacional contemporâneo, não pode ser compreendida à luz de uma visão estática e ultrapassada do direito internacional e *a fortiori* das relações deste com o direito interno. Nos dias de hoje, dificilmente, se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três décadas (cf. *infra*). Em nada surpreende que a interpretação dos atuais sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, orientada para a responsabilidade do Estado pelo tratamento do ser humano, se conforme aos próprios objetivos daqueles sistemas diretamente voltados não aos chamados direitos dos Estados, mas aos direitos das supostas vítimas, dos mais fracos, em situação de flagrante desigualdade fática *vis-à-vis* o poder público³.

4. Para um exame aprofundado da matéria parece-me de todo indicado e necessário desenvolver, neste Parecer, duas linhas de considerações. Como ponto de partida impõe-se o exame dos argumentos centrais, que corresponderiam à fundamentação jurídica de uma tomada de posição na matéria. São estes, a meu ver, a questão da soberania, a interpretação dos tratados humanitários e as relações entre as jurisdições internacional e nacional em seus múltiplos aspectos, quais sejam, os recursos de direito interno no direito internacional; as derrogações ou cláusulas de exceção; as relações entre dispositivos convencionais e de direito interno; o sistema de reservas; as salvaguardas dos Estados nos mecanismos de proteção; o conteúdo e efeitos jurídicos dos instrumentos de proteção; e a questão dos meios de solução de controvérsias. A par destas considerações, é igualmente necessário ressaltar a boa doutrina brasileira e desvendar em perspectiva histórica as posições adotadas na prática pelo Brasil sobre a matéria. Desta maneira, se poderá alcançar o necessário equilíbrio entre a teoria e a prática na fundamentação jurídica de uma tomada de posição do Brasil em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, com atenção especial para a Convenção Americana de Direitos Humanos.

³ A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 244-245.

II. *Fundamentos Jurídicos da Nova Tomada de Posição do Brasil*

1. *A Acepção Correta da Soberania no Plano das Relações Internacionais*

5. Tem-se, freqüentemente, invocado a noção de soberania estatal como óbice à operação dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Aquela noção tem sido invocada de forma mecânica e impensada, sem precisar-lhe o conteúdo. Tendo em mente a realidade que são os Estados, importa identificar a verdadeira acepção da soberania no plano internacional. Na consagrada expressão do árbitro Max Huber, no caso da *Ilha de Palmas* (Estados Unidos *versus* Holanda, 1928), “*Sovereignty in the relations between States signifies independence*”⁴. Com efeito, no passado, por soberania tinha-se em mente o Estado *in abstracto* e não as relações dos Estados entre si, e aquele conceito refletia a expressão de um poder doméstico⁵; no campo das relações internacionais, no entanto, o conceito em questão passa a aproximar-se bem mais de um sentido de independência do que de supremacia⁶.

6. Não é outro o entendimento da melhor doutrina brasileira, como o ilustram os ensinamentos de três de nossos mais renomados internacionalistas: Clóvis Bevilacqua e Hildebrando Accioly (ambos ex-Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores) e Raul Fernandes (ex-Ministro das Relações Exteriores). Já no início do século, acentuava Bevilacqua que a soberania constituía “noção de direito público interno”, acatada e reconhecida pelo direito internacional no tocante ao ordenamento

⁴ Cit. In: L. C. Green. *International Law through the Cases*, 3.ed., London/NY: Stevens/Oceana, 1970, p. 440, e. cf. texto completo In: *Reports of International Arbitral Awards*, p. 829ss..

⁵ N. Politis. Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux, 6 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. RCADI, 1925, p. 5-23; F.S. Northedge e M. J. Grieve. *A Hundred Years of International Relations*. London, Duckworth, 1971, p. 342-343; E. N. Van Kleffens. *Sovereignty in International Law*, 82 RCAD, 1954, p. 5-83 e 107-130; J.L. Briery. *Règles générales du droit de la paix*, 58 RCADI, 1936, p. 24-25; S. Sfériadès. *Principes généraux du droit international de la paix*, 34 RCADI (1930) p. 348-364; sobre a soberania clássica e a consolidação dos Estados nacionais modernos, cf. também, e.g.: Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público*, 5. ed., Madrid: Aguilar, 1969, p. 9-12; H. Kelsen. *Théorie du droit international public*, 84 RCADI, 1953, p. 79-85 e 199-200.

⁶ Clive Parry. *The Function of Law in the International Community, Manual of Public International Law*. (Ed. M. Sorensen), London: MacMillan, 1968, p. 13. Para a sugestão de uma “noção jurídica” de soberania, cf. G. Andrassy, *La souveraineté et la Société des Nations*, 61 RCADI (1937) p. 644-664; cf. também A. Mc Nair, *Aspects of State Sovereignty*, *British Year Book of International Law* (1949) p. 6.

interno do Estado, mas inadequada para fundamentar o ordenamento internacional, que só encontraria base sólida na noção antitética de *solidariedade*⁷. Anos após, Accioly, investindo-se contra “o nacionalismo super-excitado e agressivo, que muita vez assume o aspecto de um complexo de inferioridade”, observou que o sentido próprio da soberania estatal no plano internacional era o da “independência de outro qualquer Estado”. Isto significava que o Estado soberano “não é subordinado a nenhum outro, mas ao direito das gentes”. Assim, se resumiam, na visão de Accioly, os dois elementos essenciais de soberania: a autoridade máxima “capaz de regular e decidir os conflitos de interesses dentro da sociedade a que preside”, a qual “só se deve exercer dentro dos limites traçados pelo direito internacional”⁸. Desse modo, arrematou Accioly, o direito internacional e a antiga noção de soberania absoluta “são inconciliáveis entre si”; a soberania “não é absoluta e os direitos dela decorrentes são suscetíveis de limitações”⁹.

7. Já Raul Fernandes, em conferência pronunciada em 1949, referia-se à “independência, que é a projeção da soberania na ordem externa”, reconhecendo “as restrições necessárias da soberania externa”¹⁰. Do todo de sua obra, dispersa em publicações esparsas, sobressai a convicção da necessidade de dar maior vigor ao direito internacional (ultrapassando a barreira das soberanias nacionais ilimitadas), da identidade de inspiração e trajetória do direito interno e do direito internacional¹¹. São significativos esses ensinamentos dos expoentes pátrios do direito internacional, pois a eles correspondem iniciativas no Governo brasileiro em outras épocas (cf. *infra*) em favor da proteção internacional dos direitos humanos, consoante a melhor doutrina e tradição jurídico-diplomáticas brasileiras, das quais lamentavelmente afastou-se o Governo brasileiro nos últimos anos.

8. Considero desnecessário alongar-me no argumento da soberania. É claro que esta, naturalmente, comporta limitações: desde as de ordem

⁷ Clovis Bevilacqua. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1911, p. 66-67 e 72-73.

⁸ Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: 1956, p. 211-212.

⁹ *Ibid.*, p. 214-215.

¹⁰ R. Fernandes. As Modificações do Conceito de Soberania, In: *Raul Fernandes – Nonagésimo Aniversário*, vol. I (Conferências e Trabalhos Esparsos), Ministério das Relações Exteriores, 1967, p. 121 e 126.

¹¹ Estes pontos são ressaltados por seus próprios contemporâneos; cf. Gilberto Amado, Raul Fernandes (traços para um Estudo), In: *Raul Fernandes – Nonagésimo Aniversário*. vol. II (Cinco Retratos, Ministério das Relações Exteriores, 1968, p. 28; Antonio Camillo de Oliveira, *Raul Fernandes, Diplomata*. In: *ibid.*, p. 89-90, 121 e 155.

factual, ditadas pelos imperativos da própria coexistência pacífica, na atual era nuclear, até as trazidas pela emergência dos organismos internacionais e entidades não-territoriais no plano internacional¹². Em nossos dias, virtualmente todas as áreas do direito internacional público vêm sofrendo profundas modificações que mal condizem com a noção clássica de soberania política absoluta. Se esta última comportava os elementos básicos de território, população e governo, hoje atenta-se, bem mais cuidadosamente, às ameaças à soberania dos Estados – no tocante à população e suas condições de vida – engendradas por certas práticas e situações extremadas de desigualdades econômicas entre os Estados¹³. Era de se esperar que os arautos da soberania estatal invocassem esta, no contexto das relações econômicas internacionais e das relações com organismos do sistema financeiro internacional com a mesma exibição de fervor e zelo com que se esforçam por invocá-la no contexto do tratamento dado pelo Estado a seus próprios nacionais...

9. Conforme já observado (*supra*), dificilmente se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recaia sob o chamado domínio reservado dos Estados, a começar por não fornecer o direito internacional *critérios* para determinar os assuntos que porventura recaiam sob a chamada competência exclusiva dos Estados¹⁴. É significativo que, já em Parecer de 1924, o então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Clóvis Bevilacqua, afastava o que havia de “vago e arbitrário” na idéia – outrora prevalecte – de “interesses vitais” dos Estados, “tão do gosto de muitos internacionalistas”. Seu Parecer é, se não um prenúncio, um reflexo da mentalidade dos nossos tempos¹⁵. Não há matérias que “por sua própria natureza” pertençam ao domínio reservado dos Estados, por depender esta questão essencialmente

¹² P. Isoart. *Souveraineté étatique et relations internationales*, In: (vários autores), *La souveraineté au XXe siècle*, Paris: Libr. Armand Colin, 1971, p. 14-45; A.H. Zarb, *Souveraineté et institutions spécialisées des Nations Unies*, In: *ibid.*, p. 236-277; D. Nincic. *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations*. The Hague: M. Nijhoff, 1970, p. 333-343, 261-267; 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, p. 715-765; M. St. Korowcz, *Some Present Aspects of Sovereignty in International Law*, 102 RCADI, 1961, p. 7-33 e 102-113; G. Arangio-Ruiz, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, 137 RCADI, 1972 p. 665,684-685 e 713.

¹³ E. David. *Quelques réflexions sur l'égalité économique des Etats*, 10 *Revue belge de droit international* (1974) p. 401,404, 408,416 e 422-424.

¹⁴ Para um estudo detalhado, cf. A. A. Cançado Trindade. *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 1-54.

da evolução do direito e relações internacionais e da existência de instrumentos e tratados a regulamentar a matéria.

10. Também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos, os Estados contraem obrigações internacionais *no exercício pleno de sua soberania*. A livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida como um abandono da soberania. No caso do *Vapor Wimbledon* (opondo os Aliados à Alemanha, em 1923), a Corte Permanente de Justiça Internacional foi muito clara a respeito:

*The Court declines to see in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty*¹⁶.

E uma vez contraídas obrigações por meio de um tratado, não poderá o Estado-parte alegar dificuldades de ordem interna ou constitucional para tentar justificar o não-cumprimento de tais obrigações¹⁷. Tampouco poderá invocar a soberania como elemento de *interpretação* do tratado¹⁸. Este ponto conduz-nos a um exame da questão da interpretação de tratados relativos à proteção internacional de direitos humanos.

¹⁵ Parecer de 30 de setembro de 1924; segundo Bevilaqua, a caracterização daquele gênero de interesses deverá caber à nova organização internacional (a Sociedade das Nações), e não mais aos próprios Estados em conflito; cf. também, a respeito, na mesma linha de pensamento, o igualmente significativo Parecer de Bevilaqua, de 14 de novembro de 1923. A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1919-1940), Brasília: Funag, 1984, p. 17, 31-32 e 199.

¹⁶ C. P. J. I., *Caso do Vapor Wimbledon*, Série A, nº 1, 1923, p.25.

¹⁷ Já á partir da década de 1920 a Corte Permanente de Justiça Internacional desenvolveu a tese de que, do ponto de vista do direito internacional, as leis internas são simples *factos* que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados; em 1931 a Corte chegou mesmo a afirmar que *a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a veiw to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force*. CPJI, caso dos *Nacionais Poloneses em Danzig*, Série A/B, nº 44, 1931, p. 24.

¹⁸ Lord McNair. *Treaties and Sovereignty, Symbolae Verzijl présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXX – ième anniversaire*. La Haye: M. Nijhoff, 1958, p. 230-232 e 235-236.

2. *A Interpretação dos Tratados Relativos à Proteção Internacional dos Direitos Humanos*

11. Enquanto os tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos estabelecem *sistemas de proteção*, a nível regional como nos casos das Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos, as regras gerais de interpretação de tratados (cf. artigos 31-33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969) evoluíram primariamente como guias ou diretrizes ao processo de interpretação pelas próprias partes contratantes. Ora, no caso das Convenções supracitadas, impõe-se uma interpretação objetiva de seus dispositivos, dado o caráter essencialmente objetivo das obrigações contraídas pelas partes contratantes, visando a proteção dos direitos humanos e não o estabelecimento de direitos recíprocos e subjetivos para as partes contratantes. Isto equivaleria a uma interpretação que buscasse a realização dos propósitos daqueles tratados humanitários. Com efeito, os redatores da Convenção Americana houveram por bem nela incluir um dispositivo (artigo 29) contendo normas de interpretação. Estas não poderiam ser mais claras, ao rejeitarem expressamente uma interpretação das disposições da Convenção que viesse a suprimir ou limitar o gozo e exercício dos direitos reconhecidos na Convenção, na legislação interna dos Estados-partes, ou em outros atos internacionais sobre direitos humanos.

12. Os mecanismos das Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos divergem, fundamentalmente, de formas regressivas de proteção baseadas no conceito tradicional de reciprocidade e na atividade diplomática; não estamos aqui diante de Convenções ou tratados do tipo clássico, compreendendo restritivamente concessões e compromissos recíprocos: os mecanismos das referidas Convenções transcendem os interesses individuais das partes, ao realçarem a predominância de um interesse geral ou *ordre public* e prescreverem obrigações de *caráter essencialmente objetivo*, a serem implementados *coletivamente*. Assim, a harmonização das normas desses experimentos internacionais com o ordenamento jurídico interno dos Estados-partes, assim como a posição que aquelas poderão vir a assumir neste último, dependerão não apenas de considerações de ordem constitucional, mas também dos desenvolvimentos a cargo dos órgãos (internacionais) das referidas Convenções¹⁹.

¹⁹ Andrew Z. Drzemczewski. *European Human Rights Convention in Domestic Law – A Comparative Study*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p 6-26.

13. A interpretação dos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos tem sido objeto de uma construção jurisprudencial, no âmbito da Convenção Européia e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo a função das referidas Convenções – instrumentos de caráter normativo – proteger os direitos da pessoa humana, não hão de ser interpretadas restritivamente à luz da soberania estatal. O indivíduo é aqui protegido *qua* indivíduo, não como nacional de qualquer Estado, mas como ser humano. O direito de petição individual sob as mencionadas Convenções tem sua razão de ser na insuficiência do indivíduo no procedimento da proteção diplomática, que busca remediar. A supervisão dos compromissos assumidos pelos Estados-partes às citadas Convenções é confiada a órgãos *internacionais*, ao contrário da proteção diplomática, em que a tarefa de proteção cabe ao Estado interventor; aqui a premissa básica é a de *garantia coletiva*, cuja aplicação é confiada a todos os Estados-partes à convenção.

14. Nesse sentido, pronunciou-se, por exemplo, a Comissão Européia de Direitos Humanos, no caso *Áustria versus Itália* (1961) em que indicou que as obrigações assumidas pelas partes contratantes na Convenção possuíam “essencialmente um caráter objetivo”, visando proteger direitos fundamentais de seres humanos individuais contra violação por qualquer das partes contratantes, e não criar direitos subjetivos e recíprocos para a próprias partes contratantes²⁰. Posteriormente, no caso *Wemhoff* (1968), foi a Corte Européia que propôs uma interpretação da Convenção de modo a realizar seu objetivo e não a restringir em demasia as obrigações assumidas pelas partes contratantes²¹. No mesmo ano, no caso *Linguístico Belga*, lembrou a Corte que a proteção eficaz dos direitos humanos, como objetivo geral da convenção, implicava “um justo equilíbrio entre a proteção do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais a que se atribuía importância especial”²². Em seu relatório de 1º de junho de 1973 sobre o caso *S. E. Golder versus Reino Unido* (1971-1975), a Comissão voltou a defender o caráter objetivo da Convenção e a rejeitar uma interpretação

²⁰ Petição nº 788/60, caso *Áustria versus Itália*, decisão de 11 de janeiro de 1961, *Report of the Plenary Commission* (adotado em 31 de março de 1963), Conselho da Europa, documento A-84-548, Strasbourg: 1963, p. 36-37.

²¹ Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Wemhoff*, julgamento de 27 de junho de 1968, Série A, p. 23 § 8.

²² Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Linguístico Belga*, julgamento de 23 de julho de 1968 Série A, p. 32 § 5.

restritiva de seus dispositivos que dificultasse ou impedisse a realização de seus propósitos; para a Comissão, a consideração mais decisiva a manter-se em mente era a de que

a função primordial dessa Convenção é a de proteger os direitos do indivíduo e não a de estabelecer obrigações mútuas entre os Estados a serem interpretadas restritivamente à luz da soberania desses Estados. Ao contrário, a função da Convenção e a função de sua interpretação é tornar a proteção do indivíduo eficaz²³.

Em seu julgamento de 1975 no mesmo caso *Golder*, a Corte endossou a tese da Comissão de uma interpretação da Convenção à luz de seu propósito fundamental como passo em direção à implementação coletiva dos direitos humanos²⁴.

15. No âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana observou, no mesmo sentido, no Parecer de 1982 sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana*, que

los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción²⁵.

²³ Petição nº 4.451/70, caso *S. E. Golder versus Reino Unido*, Report of the Commission (adotado em 1º de junho de 1973), Conselho da Europa, doc. D-60-355, Strasbourg: 1973, p. 31, e cf. p. 23-26 e 74-75.

²⁴ Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Golder*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, p. 9/12 §§ 29-36 – Para um estudo mais detalhado da matéria, cf. A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: University Combridge Press, 1983, p. 14-18; A. A. Cançado Trindade. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 124-125.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC2/82 sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana*, Série A, nº 2, 1982, p. 34.

16. O direito de petição sob a convenção, prosseguiu a Corte,

*indica la gran importancia que la Convención atribuye a las obligaciones de los Estados Partes frente a los individuos, las cuales pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado. Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su próprio Estado o a cualquier outro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción*²⁶.

17. Em seu Parecer de 1983 sobre *Restrições à Pena de Morte*, a Corte Interamericana voltou a ponderar que

*en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes*²⁷.

E no Parecer de 1982 sobre “*Outros Tratados*” Objeto da Função Consultiva da Corte, ressaltou uma vez mais a Corte Interamericana que os tratados concernentes à proteção internacional dos direitos humanos “*están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano*”²⁸.

3. A Prevenção de Conflito entre as Jurisdições Internacional e Nacional

a) Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno

18. A preocupação em evitar conflito entre as jurisdições internacional e nacional esteve sempre presente na elaboração de virtualmente

²⁶ Ibid., p. 35-36.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-3/83 sobre Restricciones de la Pena de Muerte*, Série A, nº 3, 1983, p.22.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-1/82 sobre “Outros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte*, Série A, nº 1, 1982, p. 11, e cf. p. 7 e 14.

todos os sistemas contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos, que, imbuídos daquele propósito, consagram, por exemplo, o princípio do prévio esgotamento dos recursos de direito interno²⁹. Um exame dos *travaux préparatoires* de um desses instrumentos, a Convenção Européia de Direitos Humanos, que muito influenciaram os demais, subsequentes, revela que a consagração da regra do esgotamento dos recursos internos deu-se para evitar qualquer possibilidade de conflito entre as jurisdições internacional e nacional e tranquilizar aos que porventura temessem uma “violação da soberania nacional”. Aquela regra, acrescida ao poder do órgão internacional encarregado de receber as petições (a Comissão), de rejeitar *de plano* as petições consideradas inadmissíveis, foram considerados suficientes para proteger os Estados contra quaisquer riscos de abuso³⁰. A adoção da regra dos recursos internos, em virtualmente todos os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 46 (1) (a) e (2) (b)), foi em grande parte uma solução consensual às preocupações conflitantes com, por um lado, a proteção dos indivíduos contra abusos do poder público, e, por outro, a proteção da soberania dos Estados signatários contra abusos de queixas irregulares.

19. A antiga regra do direito internacional, transplantada assim ao sistema de proteção dos direitos humanos, veio ademais atender à necessidade de filtrar as queixas e evitar que os órgãos internacionais se vissem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria, e evitar fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional. E, o que é mais significativo, a consagração da regra dos recursos internos veio viabilizar, paralela e concomitantemente, a consagração também do próprio direito de

²⁹ Cf., no plano global: Resolução nº 1 (XXIV) de 13 de agosto de 1971 da Sub-Comissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, artigo 4 (b), em conformidade com a Resolução nº 1503 (XLVIII) da Ecosoc, de 27 de maio de 1970, artigo 6 (b) (1); Pacto de Direito Cívico e Político da ONU, artigo 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, artigos 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial artigos 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, a nível regional: Convenção Européia de Direitos Humanos, artigos 26 e 27 (3); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, artigos 19 (a) e 20 (c); Regulamento da Comissão Interamericana, artigo 34; Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 46 (1) e (2) (b).

³⁰ Para um exame detalhado, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in the “Travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights, 58 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*. 1980, p. 73-88.

petição individual perante os órgãos internacionais de proteção. Mas veio ressaltar, igualmente, a responsabilidade *primária* de proteção que recai sobre os órgãos internos ou nacionais, o caráter *subsidiário* dos procedimentos internacionais. Não pode restar dúvida de que a implementação *internacional* dos direitos humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) *internos* dos Estados; a própria Comissão Européia de Direitos Humanos, por exemplo, afirmou a realidade da natureza subsidiária dos procedimentos estritamente internacionais em diversas decisões recentes³¹. Já em 1932 Witenberg ressaltava essa mesma realidade³². Por outro lado, no caso de Estados que, no exercício de sua soberania, contraem obrigações através de Convenções internacionais, o mínimo que se pode sustentar é que os atos internos normativos, administrativos ou jurisdicionais no processo de esgotamento dos recursos de direito interno não estão isentos de verificação quanto a seu valor de prova, para a determinação de sua conformidade com o direito internacional e da responsabilidade internacional do Estado, e uma objeção de domínio reservado dificilmente poderia ser interposta a esse respeito.

20. As possíveis controvérsias sobre a natureza e alcance da função dos tribunais internos na aplicação do direito internacional podem ser minimizadas quando as condições de tal aplicação (assim como as normas substantivas) encontram-se consignadas em tratado devidamente ratificado. No exercício daquela função, seriam pressupostos básicos a independência dos órgãos judiciais e a eficácia dos recursos internos.

21. Assim, ao invés de se perder no antagonismo irreconciliável e ocioso entre as posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas, pode-se deslocar a ênfase para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para a consideração ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais

³¹ Cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts, 17 *Archiv des Völkerrechts*. 1977-1978, p. 345-348; e cf. G. Dahm, Die Subsidiarität des internationalen Rechtsschutzes bei völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen, Vom Deutschem zum Europäischen Rechtsfestschrift für Hans Dolle, vol. II, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1963, p. 3-33. – Observe-se que a regra dos recursos internos tem sido interpretada não apenas pelos órgãos da Convenção Européia, mas também pelos tribunais internos dos Estados-partes à Convenção.

³² J.C. Witenberg. La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales, 41 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1932, p. 51-56.

internos³³. Controvérsias acerca de suposta “primazia” de uma, ou outra, ordem jurídica, tornam-se assim supérfluas.

22. Um exemplo pertinente, na implementação internacional dos direitos humanos, é fornecido precisamente pela regra do esgotamento dos recursos internos, que é primordialmente – mas não exclusivamente – uma prerrogativa do direito interno, mas aplicada por órgão internacional como condição de admissibilidade de reclamações internacionais; a aplicação da regra no direito internacional pressupõe a existência de recursos eficazes no direito interno³⁴. Através dessa interação entre os dois ordenamentos jurídicos pode-se melhor compreender as noções de interesse geral e “garantia coletiva” subjacentes, e.g. aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos³⁵, (Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos). Há uma complementaridade de direitos e deveres na utilização de recursos internos pelos reclamantes e na garantia de recursos eficazes pelo Estado. É pela operação efetiva dos mecanismos de implementação que os direitos humanos tornam-se uma realidade³⁶.

23. Em conferência pronunciada em 1962, McNair recusava-se a ingressar na polêmica se a pessoa humana era sujeito ou simplesmente objeto de direitos e obrigações internacionais; para ele, o que importava eram os *recursos* de que dispunha a pessoa humana para fazer valer seus direitos perante os órgãos competentes, e isto dependia em grande parte da constituição e dos poderes de tais órgãos³⁷. A consideração da personalidade humana na

³³ A. A. Cançado Trindade. op. cit., supra nº 31, p. 333-360, e bibliografia. Sobre a atividade criativa dos tribunais internos nessa área, cf. e. g., Karl Doehring. Does General International Law Require Domestic Judicial Protection Against the Executive?, *Gerichtsschutz Gegen die Executive*. Max-Planck-Institut, Koln: Feymanns/Oceana, 1971, p. 221-224.

³⁴ A. A. Cançado Trindade. op. cit., supra nº 31, p. 334.

³⁵ A importância hoje atribuída à interação entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional na proteção dos direitos humanos é ilustrada, e. g., pela publicação, em relação à Convenção Européia de Direitos Humanos, da volumosa série *Collection of Decisions of National Courts Referring to the Convention* (e Suplementos I-IV), Council of Europe – Strasbourg, 1969-1974, examinada in A. A. Cançado Trindade. op. cit., supra nº 31, p. 33-334. Observe-se, ademais, que o volume do *UN Yearbook on Human Rights* (1973-1974), editado em 1977, tem 259 de suas 327 páginas dedicadas aos desenvolvimentos nacionais na proteção dos direitos humanos; cf. ONU, documento ST/HR/SER.A/2, p. 1-49.

³⁶ A. A. Cançado Trindade. op. cit., supra nº 31, p. 360-370; e cf. P. Mertens. *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*. Bruxelas: Ed. Université de Bruxelles, 1973, p. 1-151.

³⁷ Lord McNair. *Selected Papers and Bibliography*. Leyden: Sijthoff/Oceana, 1974, p. 329. Cf. também considerações In: Hersch Lauterpacht. *International Law and Human Rights*. London: Stevens, 1950, p. 54-56 e 48; F. Longchamps. *Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*. Vol. I, Paris: Dalloz/Sirey, 1961, p. 319, e cf. também p. 305.

verdade se sobrepõe à elaboração dos métodos de aplicação da responsabilidade estatal por violação das obrigações relativas aos direitos humanos³⁸. Insistindo na função primordial dos órgãos internos dos Estados, os mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos provavelmente estarão, nos anos que nos conduzem ao final do século, influenciando no sentido do aprimoramento dos recursos e procedimentos nacionais de administração da justiça, e prestando assim uma contribuição realista e valiosa à causa da proteção internacional dos direitos humanos.

24. À medida em que isto vem ocorrendo, com o acúmulo de experiência e o desenvolvimento da jurisprudência sobre a matéria, parecem os Estados se disporem, mais freqüentemente, a não insistirem em objeções formais à admissibilidade de petições, ou ao menos a não avançá-las tão categoricamente como no passado. Estamos aqui diante de instrumentos que têm suas condições de aplicação devidamente previstas em tratados, aos quais os Estados aderiram no exercício de sua soberania, e que, ao confiarem a órgãos internacionais a missão de supervisão, *insistem antes na proteção local como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos*, – um contexto inteiramente distinto do contencioso interestatal discricionário (e.g., proteção diplomática na prática dos Estados). Nestas condições, é difícil conceber que a grande maioria das petições sobre direitos humanos, provenientes de cidadãos comuns reclamando de supostos danos sofridos, implicaria qualquer ameaça real à soberania dos Estados em questão.

b) *Derrogações ou Cláusulas de Exceção*

25. Instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos como as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos contêm cláusulas de exceção para atender às necessidades dos Estados face a situações de fato de emergência imprevisíveis. A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a suspensão de garantias em caso de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação e conforme as leis ditadas por razões de interesse geral; a suspensão acima é excetuada para determinados direitos fundamentais e garantias judiciais

³⁸ C. Th. Eustathiades. Les sujets du droit international et la responsabilité internationale – nouvelles tendances. 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1953, p. 563 e 614.

indispensáveis a sua proteção (artigos 27 e 30). A Convenção Europeia contém cláusula semelhante de derrogação (artigo 15), e na prática os órgãos criados pela Convenção jamais impediram que os Estados-partes tomassem medidas para garantir e manter a ordem e segurança públicas. A Convenção Americana de Direitos Humanos, a exemplo da Convenção Europeia, resguarda assim a faculdade do Estado de adotar disposições temporárias em situações de emergência que ameacem a ordem pública.

26. A existência destas cláusulas em instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos tem uma explicação. As últimas décadas, conforme já observado, testemunharam a gradual emergência do ser humano no plano internacional e *vis-à-vis* seu próprio Estado. O fortalecimento da posição do indivíduo mediante tratados de proteção internacional de seus direitos fez-se acompanhar de um sentimento geral de que as doutrinas tradicionais (sobre a posição do indivíduo no direito internacional) e regras clássicas (assim como a da nacionalidade das reclamações) já favoreciam em demasia o Estado; ora, ao tentar estabelecer, em favor dos direitos humanos, um maior equilíbrio, julgou-se necessário buscar “acomodações em favor das necessidades razoáveis do Estado para desempenhar seus deveres públicos para o bem comum”³⁹. Donde a inclusão das cláusulas de exceção ou derrogações nos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos.

c) *Compatibilização entre Dispositivos Convencionais e de Direito Interno*

27. A Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer a obrigação dos Estados de respeitar os direitos nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício (artigo 1), acrescenta que se o exercício dos referidos direitos ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza,

os Estados-partes comprometem-se a adotar, *de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção*, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

³⁹ Rosalyn Higgins. Derogations under Human Rights Treaties. 48 *British Year Book of International Law*. 1976-1977, p. 281, e cf. p. 319.

Para equiparar a legislação interna com as normas da Convenção pode o Estado contar com a cooperação da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Pode esta última, a pedido de um Estado-membro da OEA, emitir pareceres sobre “a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas” e a Convenção Americana e outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (artigo 64 (2)). Quanto à Comissão, pode

formular *recomendações* aos Governos dos Estados-membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, *no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais*, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos (artigo 41(b)).

28. Cabe aqui recordar as palavras do internacionalista brasileiro, Levi Carneiro, que, em resposta a questionário da Unesco em 1947, como subsídio aos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948), observou, ao manifestar-se favorável a uma “Convenção obrigatória com todos os efeitos jurídicos”, que

cada Estado terá a faculdade, ao firmar a Convenção, de formular reservas sobre as cláusulas ou declarações que não subscreva de imediato nem se obrigue a respeitar. Tais reservas haverão de desaparecer progressivamente. Cada Estado haverá de reconhecer progressivamente aqueles direitos que não tiver reconhecido no princípio. Unicamente assim poderá a Convenção constituir um fator do progresso da democracia no mundo. O reconhecimento de determinados direitos fundamentais pode ser imediatamente exigido. É lícito fazer depender deste reconhecimento a existência de um governo democrático⁴⁰.

29. O comentário acima nos conduz a duas breves reflexões. Primeiro, como se verá mais adiante com o exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (cf. *infra*), é possível a um órgão

⁴⁰ *Los Derechos del Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la Unesco*. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 162.

internacional zelar pelo respeito e observância dos direitos humanos, *independentemente* de ratificação pelos Estados de um tratado como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – ou outro instrumento juridicamente obrigatório sobre a matéria; entretanto, enfocado o problema do ângulo dos Estados, o apoio a instrumentos de caráter puramente recomendatório como as Declarações Americana e Universal de Direitos Humanos (de 1948) não é suficiente: a ratificação ou adesão pelos Estados a instrumentos de efeitos jurídicos mandatórios como a Convenção Americana de Direitos Humanos e os Pactos das Nações Unidas de Direitos Cíveis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais constitui a condição *sine qua non* para um tratamento eficaz por parte dos Estados da questão da proteção dos direitos humanos em níveis internacional e nacional. Em segundo lugar, nenhum Estado vive hoje em isolamento, e a conquista interna da democracia, se real e verdadeira, há de projetar-se na vida internacional do Estado: a conquista da salvaguarda dos direitos humanos no plano interno é argumento adicional em prol da afirmação desse compromisso também em nível internacional. Testemunho eloqüente nesse sentido vem sendo fornecido, nos últimos anos, pelos 21 Estados-membros do Conselho da Europa, que aderiram à Convenção Européia de Direitos Humanos, e, em nosso continente, pelos 19 Estados americanos que já ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

30. A Oxford University (Clarendon) Press lançou recentemente o primeiro tratamento analítico e sistemático da questão específica da relação entre a Convenção Européia de Direitos Humanos e o direito interno dos Estados-partes. Obra pioneira, examina, na encruzilhada do direito internacional público, do direito constitucional e do direito comparado, como a Convenção Européia tem sido recebida no ordenamento jurídico de cada um dos Estados-partes, i.e., em todos os 21 Estados-membros do Conselho de Europa. Após advertir que não há uma obrigação jurídica *stricto sensu* para os Estados de incorporar os dispositivos da Convenção Européia ao seu direito interno (uma vez que a Convenção deixa a critério de cada Estado-parte assegurar por seus próprios meios a eficácia interna de seus dispositivos), os resultados e conclusões a que chega o autor, Andrew Drzemczewski, são expostos com equilíbrio e clareza: dos 21 Estados que ratificaram a Convenção Européia, 14 asseguraram a esta o *status* de direito

interno. Mas mesmo nestes países que a incorporaram à ordem jurídica interna – acrescenta o autor com cuidado – há uma certa diversidade quanto ao *status* ou posição *exata* da Convenção na hierarquia legal interna. Assim chega o autor à segunda e perspicaz conclusão geral de seu livro: pode-se deduzir que nos 14 países que incorporaram a Convenção os direitos dos indivíduos são melhor protegidos como consequência *direta* daquela providência? Não necessariamente, responde Drzemczewski, pois a incorporação não reflete automaticamente “o padrão real de proteção jurídica que um determinado Estado concede aos indivíduos”, sendo no entender do autor medidas muito mais significativas e importantes a aceitação do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória da Corte Européia⁴¹. Ainda resta por ser elaborado um estudo semelhante a propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos; o pouco que já se escreveu a respeito até o presente⁴² limita-se a uma exposição do problema.

31. A real significação e o alcance de um instrumento como o da Convenção Americana hão de ser medidos por seus possíveis efeitos jurídicos no direito *interno* dos Estados-partes. A esse respeito, cabe recordar o artigo 2 da convenção, pelo qual,

se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta convenção, as medidas legislativa ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades⁴³.

Pouco após a adoção da Convenção Americana em San José (novembro de 1969), a Delegação dos Estados Unidos, em relatório de abril de 1970, indicou que o principal efeito desse artigo era o de “permitir aos Estados-partes tratar os dispositivos substantivos da Convenção como sendo *non-*

⁴¹ Andrew Z. Drzemczewski. *European Human Rights Convention in Domestic Law – A Comparative Study*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 37-191 e 342.

⁴² Cf., e. g., Edmundo Vargas Carreño. Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1980, p. 149-169, esp. p. 151-154 (sobre a questão da incorporação).

⁴³ Texto in: OEA, *Manual de Normas Vigentes em Matéria de Direitos Humanos*. OEA doc. OEA/Ser. L/V/II.50 – doc. 6, de julho de 1980, p. 30.

self-executing”, e comentou que o artigo 2 era “suficientemente flexível possibilitando a cada país implementar da melhor maneira o tratado de acordo com a sua prática interna”⁴⁴.

32. Pouco após a adoção da Convenção, comentou-se que, se se interpretar o artigo 2 de modo tal a possibilitar a rejeição de tentativas de invocar a Convenção Americana perante os tribunais nacionais visando assegurar um direito conflitante com a legislação interna (ou não existente nesta), com base na tese de que sem a legislação interna adicional prevista no artigo 2, um indivíduo não poderia derivar direitos diretamente da Convenção, então a Convenção Americana deixaria de ter

um impacto significativo na administração da justiça quotidiana mesmo nos países americanos que eventualmente a ratificassem. Esta, pelo menos, tem sido a experiência naqueles Estados que, embora tivessem ratificado a Convenção Européia, não lhe atribuem o *status* de direito interno⁴⁵.

Tudo indica, no entanto, que o artigo 2 da Convenção Americana não tenha outro alcance senão “o de recomendar aos Estados que incorporem à sua legislação interna as disposições meramente programática da Convenção”, visando o cumprimento dessas disposições “nos casos – que não são muitos – em que estas não se bastem a si próprias”⁴⁶.

33. Conviria aqui recordar o artigo 25 de Convenção Americana, reconhecendo a toda pessoa o direito de um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso *efetivo* perante os juízes ou tribunais nacionais nas salvaguarda de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção, pela Constituição ou pela lei. Tal dispositivo encontra paralelo no artigo 13 da Convenção Européia, ilustrando um dever imposto aos Estados-partes e a interação entre o direito interno e as normas da Convenção. Com efeito, o impacto da Convenção Européia no direito interno dos Estados-membros

⁴⁴ United States: Report of the Delegation to the Inter-American Specialized Conference on Human Rights – American Convention on Human Rights, 9 *International Legal Materials*. 1970, p. 714-715, e cf. também p. 710.

⁴⁵ Thomas Buergenthal. The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes, 21 *Buffalo Law Review*. 1971, p. 128-129; Th. Buergenthal. The American Convention on Human Rights: an Illusion of Progress, *Miscellanea W. j. Ganshoff van der Meersch*, vol. I, Bruxelles: Bruylant, 1972, p. 393-394.

⁴⁶ E. Vargas Carreño. Algunos Problemas..., op. cit., supra nº 42 p. 155.

pode ser apreciado de ângulos distintos, como, por exemplo, “o efeito de determinados casos ao acarretar mudanças legislativas internas para harmonizar as leis nacionais dos Estados-membros com o sistema da Convenção”, e, por outro lado, a influência – menos analisada até hoje – do direito interno no sistema da Convenção⁴⁷. O fato é que ambas as Convenções regionais, a Européia e a Americana, a par de seus próprios órgãos e mecanismos, confiam assim a proteção dos direitos humanos também – e primariamente – à legislação constitucional e ordinária e aos órgãos e procedimentos do direito público interno; esse fato tem sido amplamente reconhecido na experiência sob a Convenção Européia, em que tribunais nacionais dos Estados-partes têm procedido à sua própria interpretação e aplicação do artigo 13 da Convenção Européia⁴⁸.

34. O problema do artigo 13 surge particularmente em relação aos Estados em que a Convenção Européia não possui o *status* de direito interno; assim, o dispositivo teria uma “natureza processual”, incorporado que foi àquela Convenção para o propósito limitado de impedir cautelosamente a interposição, de um modo ou de outro, de imunidade governamental como objeção a uma ação impetrada perante os tribunais nacionais visando à reparação de supostas violações da Convenção⁴⁹. A aplicação do artigo 25 da Convenção Americana poderá assim inspirar-se na rica experiência da aplicação paralela do artigo 13 da Convenção Européia.

d) *Formulação e Caracterização de Reservas*

35. Para os Estados que porventura se vejam em dificuldades de aceitar integralmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, prevê a Convenção a possibilidade de formulação de reservas (artigo 75). Estas últimas, como é sabido, visam viabilizar a ratificação ou adesão do maior

⁴⁷ A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts, 17 *Archiv des Völkerrechts*. 1977-1978, p. 337-338.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 354-357 (e jurisprudência ali revista).

⁴⁹ Poder-se-ia argumentar que um Estado violou a Convenção se tiver ele efetivamente impedido o exercício de um direito garantido na Convenção; *ibid.*, p. 357-358. Para um estudo geral do problema, cf. Pierre Mertens. *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*. Bruxelles: Ed. Univ. de Bruxelles, 1973, p. 1-151. Cf. também Andrew Drzemczewski. The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions, 1 *Legal Issues of European Integration*. 1977, p. 1-85.

número possível de Estados a um tratado sem comprometer ou minar as bases deste. As reservas, autorizadas pelo tratado, não poderão, assim, ser incompatíveis com o objeto e propósito do tratado. Foi este o teste estabelecido pelo Parecer de 1951 da Corte Internacional de Justiça no caso das *Reservas à Convenção contra o Genocídio*, e consagrado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (artigo 19). A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu recentemente um esclarecedor Parecer sobre o *Efeito de Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Embora o Parecer (de 24 de setembro de 1982) enfoque um dos aspectos da matéria (artigos 74 e 75 da Convenção), contém ele indicações de relevância aos presentes propósitos.

36. Observa a Corte Interamericana que o exame dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos revela que a referência por esta feita (em seu artigo 75) à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados teve o “propósito primordial” de “*permitir a los Estados adherirse a la Convención con un sistema de reservas muy liberal*”⁵⁰. O próprio sistema de reservas da Convenção Americana deve, segundo a Corte, ser interpretado à luz do objeto e propósito da Convenção: a proteção dos direitos humanos no continente americano⁵¹. Pode um tratado autorizar expressamente “uma ou mais reservas específicas, ou reservas em geral”, é isto – no entender da Corte – o que ocorre na Convenção Americana, o que significa que “*las reservas, así expresamente autorizadas en general, no requieren un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas*”⁵².

37. Seria simplista e improcedente sugerir que ao próprio Estado que formula a reserva caberia pronunciar-se sobre sua natureza ou caracterização, i.e., se incompatível ou não com o objeto e propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não há como sustentar tal poder de auto-interpretação de uma reserva pelo próprio Estado que a formulou. Cabe antes ao Secretariado da OEA, depositário da Convenção Americana, ao receber uma ratificação contendo uma reserva que pareça

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-2/82 sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana*, Serie A, nº 2, 1982, p. 32.

⁵¹ Cf. *ibid.*, p. 33-36.

⁵² *Ibid.*, p. 36. Concluiu a Corte, por unanimidade, que *la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión*; *ibid.*, p. 37. As reservas, assim, *no están sujetas a la aceptación*, de ningún outro Estado Parte; *ibid.*, p.36.

levantar problema, requerer um Parecer da Corte Interamericana para determinar se tal reserva é ou não compatível com o objeto e propósito da Convenção⁵³. Sendo esta uma questão eminentemente jurídica, regulada pelo próprio tratado ou convenção, presta-se perfeitamente a determinação judicial⁵⁴.

38. Reserva incompatível com o objeto e propósito da Convenção seria, por exemplo, uma reserva que pretendesse permitir a um Estado-parte a suspensão dos direitos fundamentais que não admitem derrogação (mas não a que visasse restringir alguns aspectos de um direito não-derrogável sem privar o direito em seu todo de seu propósito básico), – conforme indicado ela própria Corte Interamericana em seu recente Parecer sobre *Restrições à Pena de Morte* (de 8 de setembro de 1983). Neste último, advertiu a Corte que a questão do valor recíproco das reservas “não é plenamente aplicável no âmbito dos direitos humanos”, e reiterou que a interpretação das reservas deve dar-se à luz do objeto e fim da Convenção – a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos – não podendo ser o Estado o único árbitro do cumprimento de suas obrigações internacionais em todas as matérias vinculadas à reserva⁵⁵.

39. Até o presente, dos 22 Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre os quais os Estados Unidos⁵⁶, 19 a ratificaram: Argentina, Barbados, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

⁵³ Cf., nesse sentido, Th. Buergenthal. *Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention, Derechos Humanos en las Américas – Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 257.

⁵⁴ D. W. Bowett. *Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties*, 48 *British Year Book of International Law*. 1976-1977, p. 81.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-3/83 sobre Restricciones a la Pena de Muerte*, Série A, nº 3, 1983, p. 27-29.

⁵⁶ Poucos meses após os Estados Unidos terem assinado a Convenção (em 1º de junho de 1977). O Secretário de Estado interino, Warren Christopher, submeteu (em 17 de dezembro de 1977) ao Presidente o texto da Convenção com as reservas recomendadas pelo Departamento de Estado. O Presidente Carter encaminhou a matéria ao Congresso (em 23 de fevereiro de 1978) para o processo de *advice and consent* prévio à ratificação da Convenção. A matéria permanece pendente no Senado norte-americano. Para as razões dos Estados Unidos, cf.: MRE, telegrama 1865 da Embaixada do Brasil em Washington, de 25/07/1978, p. 2-5; MRE, Informação DEA/14,s/d, p. 1-4; OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos – Actas y Documentos* (San José, 1969), doc. OEA/Ser./XVI/12 – doc. 10, de 6/10/1969 p. 92-9 (observações e propostas de emenda à Convenção, dos Estados Unidos); *ibid.*, doc. OEA/Ser.K/XVI/1.1 –doc.10, de 6/10/1969, p. 1-12 (observações dos Estados Unidos ao projeto de Convenção).

Alguns formularam declarações ao assinar a Convenção (Chile, Equador, República Dominicana) e ao ratificá-la (El Salvador, Jamaica, Venezuela); Argentina e México formularam declarações interpretativas ao ratificá-la. Seis Estados formularam reservas a dispositivos específicos da Convenção: Uruguai, Argentina, Barbados, Guatemala, México e Venezuela; além desses, um Estado – El Salvador – formulou uma reserva de tipo geral, ao declarar que sua ratificação da Convenção Americana “*se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución Política de la República*”⁵⁷. Ora, nem sequer esta reserva, de tipo geral, foi considerada como incompatível com o objeto e propósito da Convenção Americana. Dificilmente se poderia, pois, sustentar que os interesses dos Estados-partes não estejam, ou possam não estar, salvaguardados no sistema da Convenção Americana.

e) *Mecanismos de Proteção e Salvaguardas dos Estados*

40. Como se não bastassem as vias acima vistoriadas, outros meios de salvaguarda dos interesses dos Estados-partes podem ser detectados de um exame do mecanismo de proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos, em comparação com o da Convenção Européia de Direitos Humanos. A Convenção Americana, por exemplo, distingue-se significativamente da Européia em que, enquanto sob a Convenção Européia o direito de petição individual é facultativo e o de petição interestatal obrigatório (artigos 24 e 25), sob a Convenção Americana passa-se o contrário, sendo obrigatório o direito de petição individual e facultativo o de queixa interestatal (artigos 44 e 45). Os redatores desta última procederam com prudência, aparentemente levando em conta a experiência do sistema regional europeu.

41. Naturalmente uma reclamação interestatal terá repercussões bem mais amplas e profundas nas relações internacionais na região do que muitas das petições individuais (não raro rejeitadas como inadmissíveis). Por outro lado, e talvez por isso mesmo, têm os Estados se mostrado recalcitrantes em “acionar” outros Estados, por receio de comprometerem

⁵⁷ OEA, documento B-32, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, doc. rev. de 19.4.1985, p. 6, e cf. p. 2-9.

suas relações amistosas. Assim, um levantamento de dados efetuado recentemente pelo Secretário da Comissão Europeia de Direitos Humanos revela que poucos foram os casos de reclamações interestatais ocorridos até hoje sob a Convenção Europeia: *Grécia versus Reino Unido* (a propósito de *Chipre*, 1956-1957); *Áustria versus Itália* (1961 – 1963); *Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda versus Grécia* (1967 – 1970); *Irlanda versus Reino Unido* (1971); *Chipre versus Turquia* (1974 – 1978)⁵⁸. Paralelamente, registraram-se, de 1955 até fins de 1978 8.448 reclamações individuais, das quais 190 foram declaradas admissíveis⁵⁹.

42. Assim, o registro de queixas interestatais, mesmo no sistema regional europeu onde constituem mecanismo obrigatório sob a Convenção Europeia, não deixa de ser modesto. Possivelmente ainda menos sob o experimento da Convenção Americana, *em que foi relegado a mecanismo facultativo, talvez sob a lembrança do princípio da não-intervenção de um Estado nos assuntos internos de outro*⁶⁰, arraigado na tradição e prática latino-americanas desde sua consagração definitiva na Conferência de Montevideu de 1933⁶¹, – muito embora no presente contexto equivalesse a um mecanismo de garantia coletiva acionável restritivamente sob uma Convenção internacional de direitos humanos devidamente ratificada⁶² e assim fundamentalmente distinto da intervenção discricionária no contencioso diplomático interestatal.

43. Infundado parece-me o argumento, atinente ainda aos mecanismos de proteção das duas Convenções regionais, de que, como a

⁵⁸ European Commission of Human Rights. *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights*, C. E. doc DH (79)1, Strasbourg: Council of Europe, 1979, p. 5-15. Para um estudo desses casos, cf. A. A. Caçado Trindade. *L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques: la procédure de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 14 *Cahiers de Droit Européen*. 1978, p. 139-157; A. A. Caçado Trindade. *Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the Practice under the European Convention on Human Rights*, 29 *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1978, p. 211-231.

⁵⁹ ECHR, *Stock-Taking...*, op. cit., p. 137.

⁶⁰ Nesse sentido, Thomas Buergenthal. *Las Convención y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias. La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Washington: Secretaria-Geral da OEA, 1980, p. 182.

⁶¹ J. J. Caicedo Castila. *El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre Soluciones Pacíficas*, 4 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 1948, p. 33; Ch.G. Fenwick. *El Sistema Regional Interamericano: Cien Años de Progreso, Anuario Jurídico Interamericano*. 1955-1957, p. 47.

⁶² Recorde-se, ademais, que, em contexto distinto, a própria Comissão Jurídica Interamericana proferiu, em setembro de 1965, Parecer sobre Diferenças entre Intervenção e Ação Coletiva; cf. Comitê Jurídico Interamericano, 9 *Recomendaciones e Informes – Documentos Oficiales*. 1965-1966, p. 111-127.

Convenção Européia, além de estabelecer a Comissão e a Corte, conta, distintamente da Convenção Americana, também com um órgão como o Comitê de Ministros, os interesses dos Estados-partes estariam ali melhor salvaguardados ou representados de que sob a Convenção Americana, que não prevê órgão congênere. Trata-se de uma ilusão. O Comitê de Ministros antecede na verdade a Convenção Européia de 1950, tendo sido criado pelo Estatuto do Conselho da Europa em 1949. É o órgão executivo do Conselho da Europa, não voltado especificamente à proteção dos direitos humanos. Foi, no entanto, “incorporado” pela Convenção Européia; órgão eminentemente *político* – composto pelos Ministros das Relações Exteriores dos Estados-membros, – foi-lhe confiada, além de funções administrativas e de supervisão, função *judicial* ao decidir se houve ou não violação da Convenção⁶³.

44. Ora, não surpreende que tenha o Comitê de Ministros se mostrado despreparado para o exercício dessa função judicial⁶⁴, limitando-se, em consequência, na prática a simplesmente seguir, endossar ou corroborar as decisões da Comissão Européia⁶⁵; assim, por exemplo, em um período de vinte anos, em *apenas um caso*, o chamado *caso grego* (1969-1970), decidiu o Comitê de Ministros que o Governo em questão era responsável por uma violação contínua da Convenção, mas àquela altura o Governo grego já denunciara a Convenção e anunciara sua intenção de retirar-se do Conselho da Europa⁶⁶... Até fins da década de 1970, enquanto 12.147 petições foram encaminhadas à Comissão Européia, das quais 8.448 foram registradas e geraram 8.072 decisões, apenas 32 casos foram levados ao Comitê de Ministros e 28 perante a Corte Européia⁶⁷. Assim, embora tenha o Comitê de Ministros funções a exercer sob a Convenção Européia, à luz de sua própria prática *não há como atribuir-lhe uma dimensão que ele efetivamente não tem*. Assim, foram sábios os redatores da Convenção Americana em não copiar a Convenção Européia neste particular.

⁶³ F.G. Jacobs. *The European Convention on Human Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1975, p.267, e cf. in p. 268 e 270.

⁶⁴ Karel Vasak. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paus: LGDJ, 1964, p. 218.

⁶⁵ Cf. F.G. Jacobs. op. cit., supra nº (63), p. 268; G.L. Weil, *The European Convention on Human Rights – Background, Development and Prospects*. Leyden: Sijthoff, 1963, p. 204.

⁶⁶ A. H. Robertson. *Human Rights in Europe*. Manchester: University Press, 1977, p. 258, e cf. p. 259-265 para a função do Comitê de Ministros de supervisionar a execução dos julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos.

⁶⁷ European Commission on Human Rights, Stock-Taking..., op. cit., supra nº 58, p. 137 e 142-143.

f) *Diversidade de Conteúdo e Efeitos Jurídicos dos Instrumentos de Proteção*

45. Da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 até nossos dias os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos formam um *corpus* de regras bastante complexo, *de origens diversas* (Nações Unidas, agências especializadas, organizações regionais), *de diferentes âmbitos de aplicação* (universal e regional), *distintos também quanto a seus destinatários ou beneficiários*, e, significativamente, *de conteúdo, força e efeitos jurídicos desiguais ou variáveis* (desde simples declarações até Convenções devidamente ratificadas) e *de órgãos exercendo funções também distintas* (e.g., informação, instrução, conciliação e tomada de decisão)⁶⁸. São igualmente distintas as técnicas de controle e supervisão (e.g., relatórios periódicos, reclamações ou petições de diversas modalidades)⁶⁹.

46. Desde seus primórdios, mesmo antes da Declaração Americana de Direitos Humanos de abril de 1948 (que precedeu a Declaração Universal de Direitos Humanos de dezembro de 1948), o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos caracterizou-se pela evolução, em coexistência, de instrumentos de *conteúdo e efeitos jurídicos variáveis*, geralmente voltados a determinadas situações ou categorias de direitos (e.g., Convenções sobre direitos de estrangeiros e cidadãos naturalizados, sobre asilo, sobre direitos da mulher; Carta Americana de Garantias Sociais, também de abril de 1948; resoluções e declarações adotadas nas Conferências Internacionais Americanas sobre aspectos distintos da temática e proteção dos direitos humanos)⁷⁰. O próprio *mecanismo* regional de proteção dos direitos humanos no continente americano tem suas origens em instrumentos outros que tratados: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e.g., resultou originalmente de uma *resolução*, a Resolução nº VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959). Assim

⁶⁸ Karel Vasak. Le droit international des droits de l'homme, 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1974, p. 348-349 e 361, e cf. também p. 366 e 411-412.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 366-371 e 411-413; L.B Sohn. Procedures Developed by International Organizations for Checking Compliance, *The Effectiveness of International Decisions* (Ed. S. Schwebel), Leiden: Sijthoff/Oceana, 1971, p. 51-57.

⁷⁰ Cf. fontes e detalhes in A. A. Caçado Trindade. A Evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Avaliação Crítica, 19 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. 1982, nº 73, p. 107-10.

Direitos Humanos: Proteção Internacional. Noção de Soberania. Tratados: Interpretação, Reservas, Cláusulas de Exceção. Direito Internacional e Direito Interno. Jurisdições Internacional e Nacional; Salvaguardas dos Estados. Instrumentos de Proteção: Conteúdo e Efeitos Jurídicos. Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias. Tradição e Prática do Brasil.

PARECER

*O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos:
Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil*

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Fundamentos Jurídicos da Nova Tomada de Posição do Brasil. 1. A Acepção Correta da Soberania no Plano das Relações Internacionais. 2. A Interpretação dos Tratados Relativos à Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 3. A Prevenção de Conflito entre as Jurisdições Internacional e Nacional. a) A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno. b) Derrogações ou Cláusulas da Exceção. c) Compatibilização entre Dispositivos Convencionais e de Direito Interno. d) Formulação e Caracterização de Reservas. e) Mecanismos de Proteção e Salvaguardas dos Estados. f) Diversidade do Conteúdo e Efeitos Jurídicos dos Instrumentos de Proteção. g)

criada, a Comissão cedo pôs-se a tentar ampliar sua competência, o que conseguiu pela Resolução nº XXII da II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), que outorgou-lhe o poder adicional de, além de realizar estudos, receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos.

47. Por ocasião do *caso da República Dominicana* (1965-1966), a Comissão foi mais além, como órgão já de *proteção* dos direitos humanos, verdadeiro órgão de *ação*, operando continuamente naquele país por mais de um ano, ultrapassando em muito suas atribuições de órgão de observação e recomendação; tal ação, sem precedentes, ampliou ainda mais sua competência, mediante um processo de interpretação liberal e extensiva de seus poderes. Quatro anos após, durante o conflito armado entre Honduras e El Salvador em 1969, membros da Comissão permaneceram naqueles países por um período de aproximadamente quatro meses. Nesse estágio, não mais restava dúvida de que a Comissão se consolidara como órgão não apenas de estudos e observação, mas também de ação, na proteção dos direitos humanos.

48. Com o Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967), que entrou em vigor em 1970, foi a Comissão enfim erigida em um dos órgãos principais da Organização, tendo seu *status* jurídico assim consideravelmente fortalecido; a Comissão passava desse modo a ser dotada, finalmente, de base *convencional*, com um mandato não mais apenas de promoção, mas também de controle e supervisão da proteção de direitos humanos. A partir daí pôde a Comissão atuar de modo distinto de seus primeiros anos, com amplas possibilidades de ação decorrentes de sua competência de órgão da OEA de proteção dos direitos humanos⁷¹. O próprio tratamento das petições pela Comissão passou por significativa evolução mediante um *processo de interpretação* liberal das normas processuais; a gradual ampliação de seus poderes deu-se já bem antes da entrada em vigor, em 1978, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁷².

49. O desenvolvimento histórico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos aponta, assim, no sentido de facilitar gradualmente o acesso dos particulares lesados às instâncias internacionais e,

⁷¹ Cf. *ibid.*, p. 108-110, também para exemplos.

⁷² Cf. *ibid.*, p. 111-112. Para a questão da “transição” entre a “antiga” Comissão Interamericana e a “nova” Comissão a operar sob a Convenção Americana, cf. *ibid.*, p. 113-115.

desse modo, fortalecer sua posição no plano internacional, em experimentos providos *seja de base convencional, seja de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não-obrigatórios* (resoluções internacionais), mas que nem por isso deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados-membros⁷³. Não surpreende, assim, que o Brasil, sem aderir à Convenção Americana e antes da entrada em vigor desta, tenha participado efetivamente de procedimentos perante a Comissão Interamericana (e.g., Caso nº 1.684)⁷⁴ na década de 1970. A simples não-ratificação ou não-adesão da Convenção Americana não impede, assim, que um Estado se dirija à Comissão no decorrer da tramitação de casos que lhe digam respeito.

50. A questão da proteção dos direitos humanos no continente americano está naturalmente vinculada ao próprio exercício efetivo da democracia representativa como princípio consagrado na Carta da OEA⁷⁵. É certo que persiste uma brecha ou distância entre o progresso normativo alcançado pelo sistema interamericano na proteção dos direitos humanos e a realidade dos direitos humanos no continente, mas como já bem se ressaltou, “sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa”⁷⁶. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, tem sido certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 comunicações sobre direitos humanos⁷⁷, obra considerável para um órgão até então operando sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 e 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros

⁷³ *Ibid.*, p. 113; A. A. Cançado Trindade. O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina, 19 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, 1982, nº 74 p. 12.

⁷⁴ Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Diez Años de Actividades 1971-1981*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1982, p. 106-129.

⁷⁵ Cf., nesse sentido, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1978*. OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.47 – doc. 13 rev. 1, 1979, p. 22.

⁷⁶ Hector Gros Espiell. Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l’homme, 145 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. 1975, p. 52-53, e cf. também p. 48. Cf. igualmente E. Vargas Carreño. La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho International*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1979, p. 365.

⁷⁷ H. Gros Espiell. Le système Interaméricain... op. cit., supra nº 76, p. 29-31.

15 anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos no período de cinco anos, entre 1973 e 1978⁷⁸.

g) *Inadequação de Analogia entre a Proteção Internacional dos Direitos Humanos e os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais*

51. Com a experiência acumulada nas quatro últimas décadas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é hoje dotado de especificidade própria; a nível de implementação, os mecanismos de proteção internacional distinguem-se, claramente, dos procedimentos tradicionais de solução pacífica de controvérsias internacionais aplicáveis no plano das relações puramente interestatais. No presente contexto, o exame de petições e relatórios (e demais procedimentos) se desenvolve no contexto da interpretação ou aplicação de tratados e instrumentos voltados à *proteção* (internacional) dos direitos humanos. A própria terminologia dos tratados humanitários fornece clara indicação a respeito.

52. A Convenção Americana de Direitos Humanos, e.g., refere-se a *solución amistosa* (artigo 48 (1) (f)), a exemplo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que também fala de *règlement amiable* (artigo 28 (b)); e o Pacto das Nações Unidas de Direitos Cíveis e Políticos, ao tratar das petições interestatais (artigo 41), refere-se a uma *friendly solution of the matter*. Tem-se aqui vislumbrado uma certa distinção entre a conciliação, meio de solução de controvérsia entre sujeitos de direito público, e o *règlement amiable*, mais apropriado – ainda que sob formas variadas – à solução de controvérsia opondo um indivíduo (ou grupo de indivíduos) a um Estado⁷⁹.

53. Na pertinente advertência de Karel Vasak sobre a questão,

le domaine des droits de l'homme est probablement celui auquel la notion classique de différend est la plus étrangère dans la mesure où les intérêts en cause sont en réalité des valeurs communes à l'ensemble

⁷⁸ E. Vargas Carreño. (Derechos Humanos:) el Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la Luz de su Experiencia, *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales*. Ed. W. Sanchez G., Santiago: Instituto de Estudios Internacionales, 1979, p. 227.

⁷⁹ Karel Vasak. Le droit international des droits de l'homme, 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1974, p. 409-410 e 381-383, e cf. p. 384-385.

*des États parties à l'instrument international des droits de l'homme en question. A la limite, on pourrait même douter de l'existence de différends, au sens classique du terme, en droit international des droits de l'homme: les affaires, qu'elles soient étatiques ou individuelles, ont toutes un certain caractère d'ordre public, et dépassent par conséquent le cadre limité de la procédure opposant deux États, ou un individu et un État, au sujet du respect des droits de l'homme*⁸⁰.

54. A rigor, o capítulo do direito internacional relativo à solução pacífica das controvérsias internacionais não deveria ser relacionado ao tema, fundamentalmente distinto, da proteção internacional dos direitos humanos. No entanto, chegou-se a alegar que, como o Brasil não firmou a chamada cláusula facultativa da jurisdição obrigatória da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional nos anos seguintes à elaboração de seu Estatuto não se justificaria *a fortiori* a adesão do Brasil à Convenção Americana dos Direitos Humanos e o reconhecimento de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim sendo, detenhamo-nos neste ponto. Deixando à parte a reconhecida contribuição do Brasil aos meios diplomáticos de solução pacífica das controvérsias internacionais e, em particular, à arbitragem⁸¹, é de se ressaltar que, nos anos que se seguiram à elaboração do Estatuto da antiga Corte de Haia (década de 1920), se a cultura jurídica brasileira foi reverenciada internacionalmente – conforme demonstrado pelo Embaixador Gilberto Amado em minucioso depoimento com indicação de fontes⁸², – o fato se deve ao impecável desempenho do representante do Brasil, Raul Fernandes, no patrocínio e na consagração da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória quando da redação do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. As intervenções de Raul Fernandes nos debates da Comissão de Juristas encarregada pela Sociedade das Nações de preparar a organização da Corte Permanente de Justiça Internacional encontram-se reproduzidas no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*⁸³ e não cabe aqui repeti-las.

⁸⁰ Ibid., p. 383-384.

⁸¹ Cf., e.g., Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª ed., vol. III, Rio de Janeiro: IBGE, 1957, p. 12-16, 18-19, 23, 31-32, 47, 49 e 53-72; Dunshee de Abranches. *Rio Branco e a Política Exterior do Brasil. (1902-1912)*, vol. II, Rio de Janeiro: JB, 1945, p. 7-32; Dunshee de Abranches. *O Brasil e o Arbitramento*. Rio de Janeiro: Leuzinger, 1911, p. 3-52.

⁸² Gilberto Amado. Raul Fernandes (Traços...)..., op. cit., supra nº 11, p. 9-43.

⁸³ Cf. A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1919-1940)*. Brasília: Funag, MRE, p. 135-137, e cf. também p. 236.

55. O Brasil prestou efetivamente apoio aos trabalhos da Corte Permanente de Justiça Internacional, tanto que, em Parecer de 21 de junho de 1928, o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Clovis Bevilaqua, ao abordar a saída do Brasil da Sociedade das Nações – por razões de cunho político, muito bem descritas, e.g., no livro de Macedo Soares⁸⁴, – comentou que com aquela saída

nos devemos retirar, também, do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, que é um dos órgãos dela. É certo que, nesse Tribunal, os juízes não representam os Estados de que são nacionais; todavia, a permanência de um juiz brasileiro numa dependência da Sociedade das Nações, neste momento, seria de mau efeito para o Brasil e de constrangimento para o juiz⁸⁵.

Mesmo ao retirar-se da Sociedade das Nações, o Brasil pretendeu “*to maintain unchanged her adhesion to the Permanent Court of International Justice*”, ponto sobre o qual “*no question could arise. The Statute of the Permanent Court was open to League members and non-members alike*”⁸⁶. Em 1929, já efetivada sua retirada da Sociedade das Nações, o Brasil não obstante solicitou que sua situação vis-à-vis a Corte “*fût réglée ‘de façon claire et précise’. Le Brésil désirait continuer à contribuer aux dépenses de la Cour et en même temps à participer, ‘sur le même pied d’égalité que les autres Etats signataires’, à l’élection des juges*”⁸⁷.

56. Em 26 de janeiro de 1937, o Brasil efetivamente firmou a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória da Corte de Haia, aceitando-a por um período de dez anos; o instrumento de aceitação, assinado por A. dos Guimarães Bastos, *chargé d’affaires* do Brasil em Berna, está reproduzido no *Recueil des Traités* da Sociedade das Nações⁸⁸. Até o final da Segunda Guerra Mundial a declaração permaneceu em vigor, inalterada⁸⁹, e sempre que outros

⁸⁴ J. C. de Macedo Soares. *O Brasil e a Sociedade das Nações*. Paris: Pédonem 1927, p.111 a 143, e cf. p. 297 a 341.

⁸⁵ MRE, *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)*, MRE/Seção de Publicações, 1962, p. 343-344.

⁸⁶ F. P. Walters. *A History of the League of Nations*. Oxford: University Press, 1969 (reprint), p. 389.

⁸⁷ M. O. Hudson. *La Cour Permanente de Justice Internationale* (edição Francesa), Paris: Pedone, 1936, p. 220-221 e 246, e cf. p. 245.

⁸⁸ Société des Nations. *Recueil des Traités*, vol. 177, 1937, p. 382-282.

⁸⁹ M. O. Hudson. *International Tribunals – Past and Future*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, p. 139.

Estados tentaram denunciar suas declarações de aceitação (como o Paraguai em 1938) ou modificá-las (como os países do *Commonwealth* britânico e a França, no início da Segunda Grande Guerra), o Brasil reagiu, formulando reservas⁹⁰. Tão logo criada, em 1945, a nova Corte Internacional de Justiça (à qual não têm acesso os indivíduos⁹¹ – cf. *infra*), o Brasil tornou-se parte em seu Estatuto (em 21 de setembro de 1945),⁹² e, em 12 de fevereiro de 1948, o Brasil novamente firmou a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça (artigo 36 (2) de seu Estatuto), aceitando-a por um prazo de cinco anos; a declaração de aceitação, assinada pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, Raul Fernandes, encontra-se reproduzida na *United Nations Treaty Series*⁹³. Em meados dos anos 50, Accioly lamentou o declínio das declarações de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte (qualificou-o de “desanimador”), e ponderou ter sido uma “pena” que o novo Estatuto não tivesse tornado obrigatória para todos os membros da ONU a jurisdição da Corte de Haia⁹⁴. Accioly lembrou que na Conferência de *San Francisco* vários Estados advogaram essa obrigatoriedade, mas “infelizmente a injustificada pouca fé nas soluções da justiça internacional e a preocupação do resguardo da intangibilidade do falso dogma da soberania dos Estados prevaleceram”⁹⁵.

57. Conforme já observei, a rigor não se justificaria a consideração desta matéria no tratamento do tema da proteção internacional dos direitos humanos (*supra*), pelas razões acima apontadas. A sua simplista invocação, para tentar justificar a não-adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, que não resiste a um exame de rigor científico da questão, constitui lamentável distorção da posição do Brasil na matéria, e me dá o ensejo de, neste Parecer, procurar corrigir as impropriedades e desvios que nortearam a atitude do Governo brasileiro sobre proteção internacional dos direitos humanos nos últimos anos.

58. O dispositivo da atual Constituição Brasileira sobre a solução pacífica dos conflitos internacionais (artigo 7) não se afigura, pelas razões

⁹⁰ S. Rosenne. *The Law and Practice of the International Court*. vol. I, Leyden: Sijthoff, 1965, p. 415-416.

⁹¹ Artigo 34 (1) do Estatuto da Corte. “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte”.

⁹² S. Rosenne, op. cit., supra nº 90, vol. II, p. 864.

⁹³ *United Nations Treaty Series*, vol. 15, 1948, p. 222-223; e cf. S. Rosenne, op. cit., supra nº 90, vol. II, p. 883-884.

⁹⁴ H. Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2 ed., vol. II, IBGE, 1956, p. 25 nº2.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 25 nº 2.

acima expostas, pertinente à proteção internacional dos direitos humanos. Tampouco se aplica, neste contexto, o dispositivo constitucional relativo à indelegabilidade de atribuições (artigo 6 § único), que se refere às relações entre os três poderes da União, conforme estabelecido na atual Constituição brasileira (artigo 6) e esclarecido na boa doutrina,⁹⁶ – que não autorizam atribuir aos dispositivos acima um alcance maior do que o que realmente têm. O contrário levaria a sugerir que, perante um órgão internacional, uma petição ou reclamação de um cidadão contra seu próprio Estado equivaleria a uma pendência “externa”, o que seria manifestamente uma incongruência, se não um absurdo. Até mesmo as petições interestatais sob as Convenções Americana (artigo 45) e Européia (artigo 24) de Direitos Humanos, inspiradas no ideal de garantia coletiva e regulamentadas pelos referidos tratados, sob a supervisão de órgãos internacionais por eles criados, afiguram-se fundamentalmente distintas do procedimento tradicional de intervenção diplomática discricionária no plano das relações puramente interestatais. Não me parece haver, em verdade, dificuldades ou óbices de ordem constitucional que possam ser invocadas para tentar impedir ou protelar a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos.

III. *Posições do Brasil em Matéria de Proteção Internacional dos Direitos Humanos: o Reencontro do Brasil com sua Verdadeira Tradição*

59. Já me referi ao fato de que a boa doutrina brasileira, exposta na obra de ilustres internacionalistas pátrios como Clovis Bevilacqua, Hildebrando Accioly e Raul Fernandes, repudia a noção absoluta de soberania como inadequada ao plano das relações internacionais e incompatível com o desenvolvimento do direito internacional (cf. *supra*). Na mesma linha de pensamento, foi precisamente outro eminente internacionalista brasileiro, Levi Carneiro, que se tornou Consultor Jurídico do Itamaraty e Juiz da Corte Internacional de Justiça quem, em resposta a um questionário da Unesco circulado a personalidades, em 1947, como subsídio aos *travaux*

⁹⁶ E. g., Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1*. 1969, vol. 1, 2. ed. Ver., São Paulo: Edit. Rev. Tribs., 1970, p. 543-586; Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição Brasileira* (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), vol. I, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66-72; Paulino Jacques. *A Constituição Explicada* (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, e Atos Institucionais Básicos...), 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 29; dentre outros.

préparatoires da Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948), defendeu o estabelecimento de um *órgão judicial internacional* “autônomo, específico, perante o qual os indivíduos possam recorrer contra os Estados para a garantia de seus direitos”⁹⁷. Levi Carneiro foi um dos primeiros Juízes da Corte de Haia a admitir que as decisões dos órgãos judiciais internos pudessem influir na formação do costume internacional, e, como magistrado atuando em sua capacidade individual, rejeitou exceções levantadas pelos Estados demandados com base no chamado domínio reservado dos Estados e no não-esgotamento de recursos internos⁹⁸.

60. A melhor – a verdadeira – tradição brasileira tem-se manifestado no campo doutrinário assim como na *própria prática do Brasil*. Na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948), por exemplo, *foi precisamente a Delegação do Brasil que propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos*. A proposta do Brasil, aprovada e adotada como Resolução nº XXI da Conferência de Bogotá, ressaltava a necessidade da criação de um órgão judicial internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁹⁹. A proposta do Brasil fez-se acompanhar de uma clara e elucidativa Exposição de Motivos, que merece ser aqui reproduzida na íntegra:

– *La Novena Conferencia Internacional Americana va a aprobar una Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre. No basta, sin embargo, proclamarlos: es necesario, además, que esos derechos sean respetados.*

En lo que concierne a los deberes, cada Estado, en la esfera de su jurisdicción, dispone de elementos para hacerlos cumplir. En lo tocante, sin embargo, a los derechos, la cuestión es más difícil. No obstante, cumple dar a los individuos a quienes les sean reconocidos, la posibilidad de que los sancione cualquier jurisdicción que sea adecuada.

⁹⁷ *Los Derechos de Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal reunidos por la Unesco*. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 163.

⁹⁸ A. A. Cançado Trindade. Aspectos da Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, através dos Votos dos Juízes Philadelpho Azevedo e Levi Carneiro, 2 *Relações Internacionais* – Brasília, 1979, nº 4, 34-39.

⁹⁹ *IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá – 1948) – Actas y Documentos*. Vol. V Bogotá: Ministério de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953, p. 464 (projeto de resolução do Brasil, documento CB-125/C/VI-6); e vol. VI, op.cit., p. 353 (Resolução XXXI da Conferência).

Sin duda, en cada Estado existen ya tribunales organizados de acuerdo con el respectivo sistema jurídico, los cuales tienen la facultad, por lo menos teórica, de dirigirse a los individuos a quienes no se les reconozcan o se les violen sus derechos o libertades. Sabemos, con todo, que muchas veces esos recursos de orden interno son insuficientes, no sólo porque con frecuencia no han sido previstas todas las hipótesis, sino porque además, en ciertos casos, el individuo es víctima de arbitrariedades insuperables por parte de las propias autoridades gubernamentales. Algunas veces, los propios tribunales, estrechamente subordinados a un poder ejecutivo opresor, cometen injusticias evidentes; o bien, el individuo se ve privado de acceso a los tribunales locales. En tales casos, si se trata realmente de derechos fundamentales, se impone la posibilidad de recurrir a una jurisdicción internacional.

Esa posibilidad será menos imperiosa en el caso de un extranjero, porque éste debe encontrar la protección de su propio Estado, que lo representará hasta que eventualmente recurra a una jurisdicción internacional. Si se trata, sin embargo, de un apátrida o de un nacional del próprio Estado, no hay duda de que sus derechos esenciales, reconocidos internacionalmente, necesitan de semejante garantía.

No obstante, conviene observar que no será fácil admitir el principio de la facultad de acceso directo de los individuos a un proceso de jurisdicción internacional. En efecto, de acuerdo con la doctrina tradicional, sólo los Estados poseen la facultad de comparecer ante una corte internacional, aunque se trate de la defensa de los derechos de sus ciudadanos. A los simples particulares no les está todavía generalmente reconocido el derecho de acceso directo a una jurisdicción de esa naturaleza. El dogma de la soberanía absoluta de los Estados se opone a esto y, todavía con mayor fuerza, a la idea de que un individuo pueda recurrir ante un tribunal internacional contra su propio Estado. A pesar de que ese dogma está ya muy anticuado, habrá seguramente fuerte oposición a una evolución en ese sentido.

En la Comisión de Juristas que elaboró el primer Estatuto de la Corte Permanente (de Justicia) Internacional, y en la cual el Brasil tuvo la honra de ser representado por su actual Ministro de Estado, doctor Raul Fernandes, la idea del reconocimiento del derecho de acceso directo de los individuos a la Corte fué sustentada por uno de

los miembros de la Comisión, mas no encontró acogida favorable en la mayoría y fué considerada inadmisibile o prematura.

Entretanto, los tribunales mixtos, creados aproximadamente en la misma época por los tratados de paz, permitieron tal acceso contra un Estado extranjero sin intervención alguna del Estado nacional del demandante.

Pero la evolución se paralizó, y cuando se elaboró en San Francisco el Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia, no se admitió el recurso directo de los individuos a su jurisdicción.

Hoy, la situación há cambiado. Se trata de establecer una Carta internacional de los derechos del hombre, y no se puede negar que esa Carta sólo podrá tener eficacia real si se asegura a los titulares de tales derechos, el libre acceso a un tribunal internacional¹⁰⁰.

61. Em discurso pronunciado na Conferência de Bogotá, de 1948, o Presidente da Delegação do Brasil, João Neves da Fontoura, ponderou que, quando a Declaração de Direitos for completada pela criação da referida Corte Internacional

não só os cidadãos, como as nações, estarão virtualmente mais protegidos contra a violência, porque esse fundamento da vida democrática poderá ter a virtude de influir como resguardo contra as tentações do cesarismo, pois que vai tutelar desde o direito à vida até o direito de objeção, de informação e de crítica¹⁰¹.

A personalidade jurídica do indivíduo na ordem internacional foi igualmente sustentada pelo Representante do Brasil, Vicente Ráo, na X Conferência Interamericana (OEA – Caracas, 1954)¹⁰².

62. No mesmo ano, na VI Comissão da Assembléia Geral da ONU, o Representante do Brasil, Gilberto Amado, admitia (a propósito do Projeto de Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade) que estava superado “definitivamente o conceito tradicional segundo o qual

¹⁰⁰ Documento CB-125/c.VI-6, in *ibid.*, vol. V, p. 464-465.

¹⁰¹ João Neves da Fontoura. *A Serviço do Itamaraty*. Ministério das Relações Exteriores, s/d, p. 213-214 e 217.

¹⁰² OEA. *X Conferencia Interamericana – Acta de la II Sesión Plenaria*. 1954, doc. 81/Ver./SP-18 Ver., Caracas, 1954, p. 8-9.

somente os Estados são sujeitos do direito internacional”¹⁰³. As posições do Brasil em favor da proteção internacional dos direitos humanos não se restringiram assim ao plano regional: também no âmbito global (Nações Unidas) multiplicaram-se intervenções dos representantes do Brasil em favor da proteção internacional dos direitos humanos – reproduzidas no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (período 1941-1960)*¹⁰⁴ – durante a *participação ativa do Brasil nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos* (intervenções em 1948), e dos *Pactos das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (discursos em 1950 e 1953).

63. Na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (OEA – Santiago, 1959), o Representante do Brasil apresentou projeto de resolução sobre o fortalecimento da democracia no continente americano, sustentando *inter alia a superioridade da lei sobre os governos* e a incorporação da Declaração Americana de Direitos Humanos ao direito positivo dos Estados americanos; ponderou o Representante do Brasil que “as situações provenientes das condições sociais e econômicas em que vivemos são desvios ocasionais, transitórios, que serão, tarde ou cedo, superados”¹⁰⁵. Paralelamente àquela incorporação, o Delegado do Brasil manifestou-se ademais a favor da celebração de uma *Convenção obrigatória* de proteção internacional dos direitos humanos no continente americano¹⁰⁶.

64. Poucos anos depois, na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), *foi precisamente a Delegação do Brasil que apresentou um projeto* (redigido por Carlos Alberto Dunshee de Abranches) *que serviu de base à Resolução nº XXIV da Conferência* relativa ao Projeto de Convenção Americana de Direitos Humanos;¹⁰⁷ dois anos depois, na III Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967), o Brasil votou pelo artigo 112 do Protocolo de Reformas da Carta da OEA,

¹⁰³ MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à VI Comissão da Assembléia Geral da ONU*. IX Sessão, 1954, doc. DEL/BRAS/ONU/62/1955 Anexo Único, p.7-8 (circulação interna).

¹⁰⁴ A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1941-1960)*. Brasília, Funag, 1984, p. 228-232, e cf. p. 229, para a rejeição do argumento da soberania.

¹⁰⁵ OEA. *V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*. Doc. 64, Santiago/Chile, 1959, p. 2-4.

¹⁰⁶ OEA. *V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores*. Doc. 71, Santiago/Chile, 1959, p. 6.

¹⁰⁷ Karel Vasak. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'homme*. Paris: LGDJ, 1968, p. 192-193.

que reafirmou a necessidade da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰⁸.

65. Nessa ocasião (1967), em torno de resposta do Brasil a uma consulta do Conselho da OEA aos Governos dos Estados Americanos, travou-se uma polêmica – com repercussões na própria Consultoria Jurídica do Itamaraty¹⁰⁹ – entre os que defendiam a necessidade de uma Convenção (regional) Americana e os que se opunham à “duplicação” de experimentos (lembrando a existência dos Pactos das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966). O Consultor Jurídico do MRE, Haroldo Valladão, em Parecer de 31 de outubro de 1968, endossou as idéias de Dunshee de Abranches em favor de necessidade da Convenção Americana, ponderando com acerto que “textos universais de direito internacional não suprimem, nem impedem, a existência de textos regionais sobre o mesmo assunto”¹¹⁰. Entendo que não pode pairar qualquer dúvida sobre a matéria, quando mais por contarmos hoje com amplos estudos relativos aos problemas práticos e processuais de “coexistência” entre os experimentos universais e regionais de proteção dos direitos humanos¹¹¹, que refletem a *generalização* da proteção do ser humano no plano internacional¹¹².

¹⁰⁸ Carta do Professor Carlos Alberto Dunshee de Abranches ao Ministro das Relações Exteriores, José de Magalhães Pinto de 15.10.1969, p. 2 (Arquivos da DEA/MRE).

¹⁰⁹ Comparar os Pareceres CJ/156 (Consultoria Jurídica do MRE), para pontos de vista antagônicos (circulação interna).

¹¹⁰ MRE – CJ/1889, p. 1-3 (circulação interna).

¹¹¹ M. Tardu. Quelques questions relatives à la coexistence des procédures universelles et régionales de plainte individuelle dans le domaine des droits de l’homme, 4 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal*. 1971, p. 589-625; M. A. Eissen. Convention européenne des droits de l’homme et Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques: problèmes de “coexistence”. 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1970, p. 237-262; M. Tardu. The Protocol to the U.N. Covenant on Civil and Political Rights and the Inter-American System: a Study of Co-Existing Petition Procedures, 70 *American Journal of International Law*. 1976, p. 778-800; Conseil de l’Europe, doc. H (70) 7, *Problems Arising from the Co-Existence of the U.N. Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: 1970, p. 1-93; Rodolfo Piza, La Coordinación de los Mecanismos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o “Pacto de San José”) con Respecto a los Establecidos por el Sistema de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1980, p. 191-212. E sobre a “integração do sistema regional com o universal” de proteção, cf., recentemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24/09/1982, sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte, Série A, nº 1, 1982, p.18.

¹¹² Conforme advogada por Scelle já em 1933-1934; G. Scelle. *Précis de droit des gens – principes et systématique*. Parte II, Paris: Rec. Sirey, 1934, p. 252-255; G. Scelle. *Règles générales du droit de la paix*, 46 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. 1933, p. 656-661.

66. Em Exposição de Motivos (de 7 de agosto de 1969) à Presidência da República sobre a convocação da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em *San José* de Costa Rica, o Ministro das Relações Exteriores (José de Magalhães Pinto) enumerou as seguintes considerações que “justificariam *participação ativa brasileira na elaboração da Convenção Americana*”:

I – O Brasil se coloca entre os países que tradicionalmente apoiam a regulamentação e defesa internacional dos direitos humanos, sendo parte de sete Convenções específicas e três declarações internacionais adotadas nesse campo no âmbito das Nações Unidas; a opinião pública internacional é muito sensível a tal orientação;

II – eventual reticência brasileira ante o instrumento que se pretende elaborar poderia significar nosso isolamento em relação ao sistema regional, com possibilidade de provocar incontroláveis explorações jornalísticas no exterior, afetando a imagem do Brasil;

III – prevalece indiscutivelmente entre os Governos e opinião pública das Américas ponto-de-vista favorável à particularização do Sistema Interamericano no campo jurídico, especialmente nos direitos humanos, com manutenção de uma identidade à parte, em princípio mais avançada que a mundial;

IV – a compatibilidade e coexistência entre as Convenções mundiais e a interamericana são evidentemente possíveis, exprimindo realidade política atual; a tese da suficiência dos Pactos das Nações Unidas perde força ante a limitada adesão aos referidos instrumentos, que contavam no ano passado com somente 18 assinaturas, das 25 necessárias a sua entrada em vigor;

V – o objetivo de integração latino-americana, apoiado pelo Brasil, seria mais favorecido por medidas tendentes a desenvolver a identidade americana que pela adesão individual dos países do continente a um sistema mundial, pois certos aspectos da integração são propiciados por relativa uniformização de legislações nacionais no campo dos direitos humanos¹¹³.

¹¹³ MRE, documento DEA/158/602.20(20)/1969, p. 3-4 (circulação interna).

67. A Exposição de Motivos do Itamaraty foi mais além, ao ponderar, antecipando-se a possíveis resistências:

É importante salientar que o projeto de Convenção em exame contém cláusulas que salvagam a liberdade de ação do Estado em situações políticas de fato, prevendo reserva no caso de incompatibilidade com texto constitucional e a adoção de disposições temporárias em situações de emergência.

Nessas condições, é lícito supor que a Convenção, em sua parte substantiva, não deverá causar dificuldades políticas aos Estados signatários, dada a mencionada possibilidade de reservas, exceções previstas nas leis nacionais e outras cláusulas escapatórias. O que houver de objetável no projeto poderá ser eliminado ou emendado através da participação ativa dos países interessados, cuja eventual ausência ou passividade pode, por outro lado, resultar no risco de aprovação de texto pouco político¹¹⁴.

Mas já então a referida Exposição de Motivos considerava “inconveniente” e de não comprovada utilidade a criação de uma Corte Americana de Direitos Humanos¹¹⁵; não obstante, enfatizou que “a participação ativa do Brasil nos trabalhos, além de contribuir para a imagem favorável do país no exterior, representaria contribuição de valor para seu êxito e, ao encontrar nossa posição apoio de outros países, permitiria introdução de todas as emendas e salvaguardas que tornassem o texto aceitável”¹¹⁶.

68. Poucos dias depois (21 de agosto de 1969), no entanto, despacho da Presidência da República (Costa e Silva) na referida Exposição de Motivos do Itamaraty (*supra*) dispôs que “o Brasil deve manter-se fiel às Convenções específicas e declarações internacionais adotadas no campo da ONU”¹¹⁷. A participação do Brasil na Conferência de *San José* foi assim posta em dúvida¹¹⁸. O Representante do Brasil junto ao Conselho da OEA (Embaixador Ilmar Penna Marinho), que em 8 de novembro de 1967 havia

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁵ Cf. *ibid.*, p. 4-5.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 5-6.

¹¹⁷ Presidência da República, doc. CGC-2723, Of. nº 870, de 21.8.1969, p. 1 (circulação interna).

¹¹⁸ Cf. MRE, documento DEA/144 (*Memorandum*), de 25.8.1969, p. 1-3 (circulação interna).

comunicado ao Secretário-Geral da OEA a preferência do Brasil por regulamentação universal e única dos direitos humanos (Pactos das Nações Unidas)¹¹⁹, meses depois, em 9 de dezembro de 1968, em telegrama enviado à Secretaria de Estado das Relações Exteriores, recomendou um retorno

à nossa tradicional posição na matéria que foi sempre a de favorecer uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.(...) Preocupa-me sobretudo a possibilidade de o Brasil isolar-se na oposição à assinatura desse instrumento. (...) O principal, no meu entender, é que não neguemos o nosso apoio ao referido documento e muito menos à convocação, para examiná-lo e aprová-lo, de uma Conferência Especializada (...). Graves inconvenientes (...) poderiam advir da não-participação do Brasil na elaboração e firma de um documento de tão grande transcendência continental e mundial. Seria difícil explicar à opinião pública do hemisfério e até mesmo à opinião pública brasileira *uma atitude que tanto se afasta de nossa tradição jurídica*, sempre pioneira e destemida na defesa dos direitos do homem, que se tornou a base, o centro de gravidade e a fonte de inspiração do direito internacional moderno. (...) Deveríamos, sem hesitação, dar todo nosso apoio ao projeto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sem prejuízo de contribuir com a nossa grande experiência na matéria, para melhorar-lhe o texto naqueles pontos suscetíveis de aperfeiçoamento, quer quanto à forma quer quanto ao fundo dos princípios nele consagrados¹²⁰.

69. Prevaleceu a decisão do Brasil de participar da Conferência de *San José* de 1969. As instruções (de 5 de novembro de 1969) à Delegação do Brasil à Conferência Interamericana de Direitos Humanos ressaltaram a “natureza técnica de nossa participação”, sem implicar em compromisso de adesão à Convenção Americana; no entanto, acrescentaram as instruções da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, a Delegação do Brasil procuraria

¹¹⁹ MRE, doc. nº 7, de 8.11.1967, em resposta ao doc. OEA/Ser.G/IV/C-I-787/rev. 3, p/ 1 (Arquivos da DEA, circulação interna).

¹²⁰ MRE, doc. DEA/DJ/602.60(04), de 9.12.1968, pp. 1-3 (circulação interna).

adequar o projeto de Convenção “à Constituição e legislação brasileiras, de maneira a *tornar possível eventual adesão do Brasil*”¹²¹, caso viesse a ser decidido assim no futuro.

70. O Brasil encaminhou emendas (em 10 de novembro de 1969) ao projeto de Convenção Americana¹²², e *teve participação ativa* na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (*San José*, 7 a 22 de novembro de 1969), conforme consta de sua Ata Final¹²³. O Relatório da Delegação do Brasil descreve as emendas apresentadas (para o aperfeiçoamento do projeto de Convenção), algumas das quais incorporadas total ou parcialmente à Convenção, e a participação ativa do Chefe da Delegação (C. A. Dunshee de Abranches) nas sessões plenárias e na Comissão I da Conferência¹²⁴. Um ano depois, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça opinou pela assinatura pelo Brasil da Convenção Americana, já que as “regras mínimas” nesta estabelecidas se harmonizavam com o direito positivo brasileiro¹²⁵.

71. Desde então, durante a década de 1970 e os anos 80 até o presente, o Governo brasileiro se curvou ante argumentos (constantes dos arquivos da DEA, DNU, e DJ) que, se bem se adequaram às vicissitudes do ciclo de autoritarismo por que passamos, são, no meu entender, *desprovidos de fundamentação jurídica*. Revelam, ademais, desconhecimento da matéria, consoante o exposto neste Parecer, com a necessária clareza e a indispensável indicação das fontes.

¹²¹ MRE, doc. DEA/DJ/602.60(2), de 5.11.1969, pp. 1-2 (circulação interna). Como parte dos trabalhos preparatórios do Governo brasileiro, cf. as observações, preparadas pelo Professor Dunshee de Abranches, ao projeto de Convenção Americana, de 12.12.1968 encaminhadas ao Itamaraty em 26.12.1968 (Arquivos da DEA). O autor voltou a invocar a “nossa tradição jurídica” e “merecida reputação de que o Brasil goza internacionalmente em matéria de direitos humanos”.

¹²² Cf. OEA/Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos – Brasil*, doc. 31, de 10.11.1969, p. 1-8.

¹²³ Cf. OEA/Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *Ata Final*, doc. 70/Rev. 1, de 22.11.1969, p. 1, 4 e 7-8.

¹²⁴ MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos* (de 24.11.1969), p. 7-13 (circulação interna).

¹²⁵ M. J., Parecer de 22.12.1970, Processo MJ/61.518/70-CJ/907/70, p. 1-20, e cf. p. 5-8 para ressalvas aos artigos 7 (5) e (7), 13 (4), 17 (5), 22 (5) e 23 (circulação interna).

IV. *Considerações Finais e Conclusões*

72. Não há razões de cunho verdadeiramente jurídico que justifiquem a posição estática e mecânica de não-adesão aos tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos (a Convenção Americana e os dois Pactos das Nações Unidas, *supra* citados). A rigor, não haveria motivos tampouco para evitar a discussão sobre a viabilidade de adesão a eles, a exemplo da atitude imobilista que nos últimos anos e até o presente tem sido mantida pelo Brasil. Participou o Brasil ativamente dos trabalhos preparatórios dos referidos tratados, e eventual adesão a eles estaria inteiramente de acordo com: a) a evolução nas últimas décadas do Direito Internacional Público, o qual sempre foi devidamente levado em conta pelo Ministério das Relações Exteriores na formulação e execução da política externa brasileira; b) a melhor doutrina e verdadeira tradição jurídico-diplomáticas brasileiras; c) a evolução favorável do quadro político interno do país (particularmente com a proximidade da Assembléia Nacional Constituinte), assim como do continente.

73. Também no campo da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no exercício pleno de sua soberania. Esta, em sua acepção absoluta, mostra-se inadequada ao plano das relações internacionais, conforme advertiram internacionalistas como Bevilacqua, Accioly, Raul Fernandes. Dificilmente se poderia hoje sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o chamado domínio reservado dos Estados, a começar por não fornecer o Direito Internacional *critérios* para a determinação deste último. Tampouco se poderia invocar a soberania como elemento da interpretação de tratados; as Convenções relativas à proteção internacional dos direitos humanos não hão de ser interpretadas restritivamente à luz de concessões recíprocas, como nos tratados clássicos, dado que visam não estabelecer um equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim proteger os direitos fundamentais do ser humano.

74. Nem por isso, os tratados humanitários se mostram menos atentos em prevenir ou evitar conflito entre as jurisdições internacional e nacional. Sua adoção da regra do esgotamento dos recursos de direito interno, por exemplo, veio não só demonstrar que a implementação internacional dos direitos humanos depende em última análise do

funcionamento eficaz dos órgãos de proteção internos dos Estados, como também viabilizar a consagração do direito de petição individual perante os órgãos internacionais de proteção. À gradual emergência e ao fortalecimento da proteção do ser humano no plano internacional os tratados humanitários contrapuseram cláusulas de exceção ou derrogação como forma de acomodar as necessidades dos Estados no desempenho de seus deveres públicos para o bem comum. Na teoria e na prática os tratados humanitários têm buscado a compatibilização entre seus dispositivos e os de direito interno. As reservas por eles admitidas não hão de ser entendidas como passíveis de auto-interpretação pelos próprios Estados; ao contrário, é esta uma questão que se presta a determinação judicial, embora, na prática, o sistema de reservas tenha sido dos mais liberais e nem sequer reserva de tipo geral tenha sido considerada incompatível com o objeto e fim do tratado. Enfim, as salvaguardas dos Estados encontram-se presentes nos próprios mecanismos de proteção instituídos pelos referidos tratados, e os instrumentos de proteção têm se mostrado dotados de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis. O domínio da proteção internacional dos direitos humanos reveste-se hoje de especificidade própria, não se prestando a analogia com os mecanismos clássicos de solução pacífica das controvérsias internacionais no plano das relações puramente interestatais.

75. A melhor doutrina e tradição do Brasil militam em favor da proteção internacional dos direitos humanos. Em diversas ocasiões, a partir dos anos 40, manifestou-se o Brasil nesse sentido e tomou a iniciativa de apresentar projetos (acima relacionados e descritos – cf. *supra*). O Brasil teve participação ativa na fase legislativa de elaboração dos atuais instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos. Somente a partir dos anos 70 afastou-se o Brasil de sua tradição jurídico-diplomática, ao mudar a sua posição anterior e assumir atitude que se adequou às vicissitudes do ciclo de autoritarismo por que passamos. Os desvios da tradicional posição brasileira em matéria de direitos humanos recorrem a argumentos que não resistem a um exame de maior rigor científico, revelam desconhecimento da matéria e são carentes de fundamentação jurídica.

76. O Brasil já ratificou até o presente importantes tratados relativos a aspectos específicos da proteção dos direitos humanos, tais como:

Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 (ratificação em 15.4.1952); Convenção relativa ao *Status* dos Refugiados, de 1951 (depósito da ratificação em 16.11.1960); Convenção Internacional das Nações Unidas sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966 (ratificação em 27.3.1968); Convenção para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores (de 1933) e de Mulheres e Crianças (de 1921), emendadas por Protocolos de 1947 (ratificação dos Protocolos em 6.4.1950); Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 1950 (ratificação em 12.9.1958); Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher, de 1948 (ratificação em 19.3.1952); Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher, de 1948 (ratificação em 21.3.1950); dentre outros¹²⁶.

77. A par dos tratados acima, a adesão do Brasil também à Convenção Americana de Direitos Humanos assim como aos Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estaria na linha de nossa melhor doutrina e verdadeira tradição e de acordo com a evolução do Direito Internacional contemporâneo. No tocante ao Pacto de *San José*, em duas ocasiões já foi objeto de estudo comparativo, artigo por artigo, com o direito interno brasileiro: observações em dezembro de 1968, como parte dos *travaux préparatoires* da Conferência de *San José*¹²⁷, e parecer, de dezembro de 1970, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em favor da assinatura da Convenção pelo Brasil em razão – como já indicado – de se harmonizar ela com o direito positivo brasileiro (cf. *supra*). O exame poderia ser cuidadosamente retomado pelo Grupo de Trabalho a ser criado no Itamaraty para a consideração¹²⁸ e possível decisão final sobre a questão (eventual adesão do Brasil ao Pacto de *San José*), mesmo porque algumas das ressalvas formuladas em 1970 (e.g., quanto aos artigos 13 (4) e 23 –

¹²⁶ Convenção (emendada) sobre Abolição da Escravatura, de 1953 (adesão em 6.1.1966); Acordo relativo à Concessão de Título de Viagem para Refugiados que Estejam sob Jurisdição do Comitê Intergovernamental de Refugiados, de 1946 (ratificação em 6.5.1952; cf. dados nos fichários de Coordenadoria de Atos Internacionais (CAI) do Ministério das Relações Exteriores.

¹²⁷ Observações (constantes dos arquivos da DEA) preparadas em atenção à resolução de 2 de outubro de 1968 do Conselho da OEA, relativas a posições e iniciativas do Brasil, de autoria do Professor C. A. Dunshee de Abranches, 12.12.1968, p. 1-22.

¹²⁸ Merecem atenção especial, e.g., os artigos 4, 25, 45, e 62 da Convenção.

caput e itens – da Convenção Americana) encontram-se superadas pela revogação particularmente do Ato Institucional nº 5.

78. Se persistir alguma preocupação quanto à garantia da maneira adequada de execução de determinados dispositivos da Convenção Americana (e.g., artigos 17 (5) e 7 (7)), poderia o Brasil formular *declarações interpretativas*, como já o fizeram – em relação a distintos artigos da Convenção – a Argentina e o México. Se se preferir proceder por etapas, a possibilidade é indicada pela própria Convenção: poder-se-ia, em um primeiro momento, efetivar a adesão do Brasil à Convenção Americana, deixando porém para estágio subsequente a declaração de reconhecimento da competência da Comissão para receber e examinar petições ou comunicações *interestatais* (artigo 45) e a declaração de reconhecimento da competência da Corte nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção (artigo 62).

79. No tocante aos Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo), e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em também duas ocasiões já foram objeto de estudo quanto à conveniência de sua assinatura pelo Brasil: parecer, de junho de 1970, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, e parecer, de março de 1971, do Ministério do Trabalho e Previdência Social. O primeiro opinou pela “inexistência de inconvenientes” à assinatura dos Pactos, com certas ressalvas¹²⁹, e pela não-assinatura do Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos e não-declaração unilateral de reconhecimento da competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições interestatais (artigo 41 do Pacto de Direitos Civis e Políticos); ao assim se pronunciar, o Ministério da Justiça subscreveu opinião exposta em ofício do Ministério das Relações Exteriores¹³⁰. O segundo pronunciou-se contra a assinatura do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por entender que o artigo

¹²⁹ Artigo 4 (derrogações em situações de emergência) e 11 (proibição de prisão por não-cumprimento de obrigação contratual) do Pacto de Direitos Civis e Políticos, e artigo 8 (liberdades sindicais) do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a sugestão de que se ouvisse o Ministério do Trabalho a respeito deste último. Sugeriu ainda se consultasse o Ministério da Educação sobre os artigos 13 e 14 (política educacional) do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; cf. *loc. cit. infra* nº 129, p. 4-5.

¹³⁰ M. J. Parecer de 4.6.1970, Processo MJ/64.161/68 – CJ/100/70, S/1348/70. p. 1-6, esp. p. 3-4 e 5-6 (circulação interna).

8, sobre liberdades sindicais, não se “afinava” com as regras constitucionais (a reger a atividade sindical) e com a legislação ordinária brasileira¹³¹. O ponto, além de merecedor de reexame, não justificaria a simples não-assinatura do referido Pacto: nada impediria que se procedesse à assinatura do mesmo com reserva ao artigo 8, se assim se concluísse.

80. O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos conta hoje com oitenta Estados-partes e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com 82 instrumentos de ratificação ou adesão¹³². O Brasil figura entre os países que nem sequer assinaram os Pactos. Ao se considerar a eventual adesão do Brasil aos Pactos, poder-se-ia, se se preferir, proceder por etapas no tocante ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, possibilidade indicada pelo próprio Pacto e Protocolo Facultativo: poder-se-ia, em um primeiro momento, efetivar a adesão do Brasil ao referido Pacto, deixando porém para estágio ulterior a declaração de reconhecimento da competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações *interestatais* (artigo 41 do Pacto) e a adesão ao Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, que reconhece e regulamenta o direito de petição individual.

81. Constitui para mim motivo de grande satisfação poder colaborar, pela emissão deste Parecer, sobre tema a cujo estudo venho me dedicando há anos, para a eventual mudança da atitude brasileira em matéria de proteção internacional de direitos humanos, reorientando a posição brasileira de acordo com nossa real tradição jurídico-diplomática, baseada na melhor doutrina e evolução do Direito Internacional contemporâneo. Entendo tratar-se de matéria clara e não-polêmica, mesmo quando obscurecida por períodos de autoritarismo. A adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos Pactos das Nações Unidas de Direitos Cívicos e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, configura-se como fator fundamental para a projeção definitiva da imagem do Brasil como país respeitador e garantidor dos direitos humanos no plano internacional; mais significativamente, a adesão do Brasil àqueles tratados

¹³¹ MTPS, Parecer de 6.4.1970, classificação MRE-DNU/DAI/11/602.60 (04), de 1971, p. 1-8, esp. p. 4 e 8 (circulação interna).

¹³² Fichários da Coordenadoria de Atos Internacionais (CAI) do Ministério das Relações Exteriores.

humanitários constitui compromisso ou garantia adicional, no plano já não só nacional como também internacional, para as *gerações presentes e futuras de brasileiros* de efetiva proteção contra a violação dos direitos fundamentais do ser humano, a qual repugna a índole, a consciência e os mais caros valores dos brasileiros.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 16 de agosto de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Crise na América Central. Solução Pacífica de Controvérsias e Segurança Coletiva: Mecanismo, Competências. Ata (revista) de Contadora; Documento de Tegucigalpa; Outras Gestões e Proposta de Paz.

PARECER

Os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais e a Crise na América Central: Ata de Contadora, Documento de Tegucigalpa e Outras Gestões e Propostas de Paz

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Coordenação entre os Sistemas Global (ONU) e Regional (OEA) de Segurança Coletiva. III. Quadro Geral Atual da Solução de Controvérsias Internacionais no Continente Americano, Inclusive Mecanismos *ad hoc*. IV. Delimitação de Competências na Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais. V. A Questão de Constituição da Nicarágua: Dificuldades; Formulação Constitucional e Realidade Nacional. VI. As Propostas da Ata de Contadora e do Documento de Tegucigalpa e Outras Sugestões. VII. Conclusões.

I. *Delimitação de Objeto do Parecer*

Por ocasião da posse do novo Presidente da Bolívia, reuniram-se em *La Paz*, em 5-6 de agosto último, os Presidentes da Argentina, e

do Uruguai e da Colômbia, e os Ministros do Exterior do Brasil, do México e do Uruguai. No referido encontro de trabalho foi discutida a questão da situação da América Central. O Presidente colombiano e o Chanceler mexicano relataram a recente atuação do Grupo de Contadora (Colômbia, México, Panamá e Venezuela) com vistas à apresentação de um projeto final da Ata de Contadora. O Presidente argentino enfatizou a necessidade de ser alcançada uma solução *global* do problema, e para tal sugeriu um acompanhamento da discussão interna sobre a nova Constituição da Nicarágua (para ali manter uma sociedade pluralista, do ponto de vista político, e mista, do ponto de vista econômico, e convencer os Estados Unidos a aceitarem assim uma solução negociada), e um exame dos mecanismos jurídicos e de segurança (tanto no âmbito institucional dos organismos internacionais quanto em uma base *ad hoc*) na busca de uma solução pacífica da situação de crise na América Central. Mais recentemente, na Reunião de Cartagena dos Chanceleres do Grupo de Contadora e dos países do Grupo de Apoio (Argentina, Brasil, Peru e Uruguai), em 23-25 de agosto último, o Ministro do Exterior argentino voltou a insistir nas propostas de paz apresentadas no encontro de *La Paz* (*supra*), acrescidas de um estudo comparativo da Ata de Contadora (versão revista, aceita pela Nicarágua) e do chamado Documento de Tegucigalpa, de 1984 (que modifica a Ata, elaborado por Costa Rica, El Salvador e Honduras).

2. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores opinar sobre as referidas propostas de paz. Para isto, é mister examinar, um a um, os distintos problemas que levantam, ou a elas diretamente relacionados. No tocante, de início, aos aspectos jurídicos e de segurança, cabe distinguir ou singularizar as questões da coordenação entre os sistemas global (ONU) e regional (OEA) de segurança coletiva, do quadro geral atual da solução de controvérsias internacionais no continente americano (inclusive mecanismos *ad hoc*), e da delimitação de competências na solução pacífica de controvérsias internacionais. Após considerar a sugestão de acompanhamento dos trabalhos de elaboração da Constituição da Nicarágua, cumpre enfim percorrer as propostas da Ata de Contadora e do chamado Documento de Tegucigalpa, além de outras sugestões, concernentes à busca de uma solução pacífica da situação de crise na América Central.

II. *Coordenação entre os Sistemas Global (ONU) e Regional (OEA) de Segurança Coletiva*

3. No continente americano, a evolução e consagração dos princípios da solução pacífica das controvérsias internacionais e não-intervenção nos assuntos internos dos Estados deram-se *pari passu*: ambos se encontram profundamente arraigados na tradição e prática dos Estados latino-americanos. Na busca de uma solução para a crise centro-americana, importa ter em mente a interação entre os dois princípios.

4. A questão da coordenação entre os sistemas global (ONU) e regional (OEA) de segurança coletiva, responsável por extensa bibliografia¹, tornou-se clássica e apresenta problemas, incertezas e oscilações que persistem até nossos dias. Motivou a tese regionalista o receio de que o recurso direto ao Conselho de Segurança poderia sujeitar qualquer ação regional ao veto; a tese universalista floresceu face ao temor de uma possível debilitação de toda a estrutura da Carta da ONU. Na prática, algumas *causes célèbres* contribuíram para fortalecer a tese de que o mecanismo regional interamericano de segurança coletiva teria que ser utilizado antes do da ONU: no clássico *caso da Guatemala* (1954) foi esta a tese que prevaleceu, ao decidir o Conselho de Segurança que, antes de tomar medidas substantivas, aguardaria um relatório da OEA a respeito: no *caso da República Dominicana* (a partir das medidas contra esta adotadas em 1960), confirmou-se a tese de que o Conselho de Segurança só poderia considerar as medidas do organismo regional que

¹ Cf., e.g., E. Jiménez de Aréchaga. La coordination des systèmes de l'ONU et de l'Organisation des Etats Américains pour le règlement pacifique des différends et la sécurité collective, 111 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1964, p. 419-526; Antonio Gomez Robledo. *Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano*. México: Colégio de México. 1974, p. 1-123; A.L. Levin. *The OAS and the UN: Relations in the Peace and Security Field*, NY: Unitar. 1974, p. 1-112; C.W. Jenks. Coordination: A New Problem of International Organization, 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1950, p. 157-302; J.M. Yepes. Les accords régionaux et le droit international, 71 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1947, p. 235-341; M. Akehurst. Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States, 42 *British Yearbook of International Law*. 1967, p. 175-227; A. A. Cançado Trindade. *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 13-50; G. Pope Atkins. *América Latina en el Sistema Político Internacional*. México: Ed. Gernika, 1980, p. 388-392; E. Jiménez de Aréchaga. La Seguridad Colectiva en América Latina, *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1979, p. 181-203; J.C. Zelaya Coronado. La Coordinación entre los Sistemas Universal y Regional de Seguridad Colectiva y de Solución de las Contovérsias, *ibid.*, p. 237-242.

equivalesses a uma ação militar ou coercitiva; e no *caso de Cuba* (1962), pouco após a Conferência de *Punta del Este*, não logrou êxito a pretensão de levar perante o Conselho de Segurança as Resoluções da VIII Reunião de Consulta².

5. Uma nova tendência, no entanto, passou na prática a configurar-se em meados da década de 1970: a reforma do TIAR (artigo 2) de 1975, que ainda não entrou em vigor, veio lembrar os direitos e deveres dos Estados-Partes sob os artigos 34 e 35 da Carta da ONU, reconhecendo a competência do Conselho de Segurança e dando visivelmente maior participação ao sistema de segurança da ONU no âmbito dos mecanismos do próprio TIAR. Limitava-se, ainda mais, o sistema regional interamericano, porquanto só se poderiam aplicar medidas de legítima defesa até que intervesse o Conselho de Segurança da ONU. A nova tendência, refletida nas emendas ao TIAR, foi motivada pela crescente insatisfação com uma interpretação extensiva do TIAR, que favorecia a ação preponderante de um dos Estados-membros, a superpotência da região. Sob o novo enfoque, impunha-se uma aplicação de forma rigorosamente taxativa do Tratado, ao mesmo tempo em que nenhum Estado americano deveria atualmente julgar-se impedido de recorrer ao Conselho de Segurança ou à Assembléia Geral da ONU³.

6. É significativo que, em 1984, tenha a própria Comissão Jurídica Interamericana se inclinado em favor da tese universalista. Entendeu a

² J.J. Caicedo Castilla. Proyecto de Dictamen sobre el Tema de las Relaciones entre las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano en lo que se refiere a la aplicación de medidas coercitivas y a la solución de las controversias internacionales. Fevereiro de 1974, p. 2-3 (mimeografado, não-publicado, para circulação interna na Comissão Jurídica Interamericana da OEA). Sobre o *caso da Guatemala* cf. J.C. Dreier. *The Organization of American States and the Hemisphere Crisis*. NY: Council on Foreign Relations/Harper& Row, 1962, p. 55-57. Sobre o *caso da República Dominicana*, cf. Mario Amadeo, Competencia de los Organismos Internacionales en el Caso Dominicano. 3 *Justitia* – Buenos Aires: 1965, p. 1-15. Sobre o *caso de Cuba*, cf. Larman C. Wilson. The Settlement of Conflicts within the Framework of Relations between Regional Organizations and the United Nations: the Case of Cuba, 1962-1964, 22 *Netherlands International Law Review*. 1975, p. 282-318; L. Nizard. *La question cubaine devant le Conseil de Sécurité*, 66 *Revue Générale de Droit International Public* 1962, p. 486-585.

³ Rafael De la Colina. *El Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*. Tlatelolco/Mexico: Secretaria de Relaciones Exteriores, 1977, p. 49, 51, 53 e 55; F. Orrego Vicuña. El Sistema Interamericano de Seguridad Colectiva. *Antecedentes, Balance y Perspectivas del Sistema Interamericano*. (ed. R. Díaz Albónico), Santiago: Edit. Universitaria, 1977, p. 120; A. Gómez Robledo. El Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, *Tercer Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1976-1977, p. 135-137, e cf. p. 137-153 para diversas críticas a alguns dos dispositivos básicos do TIAR (como, e.g., os artigos 3 e 6); A. A. Cançado Trindade. O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina, *Octavo Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington: Secretaría General de la OEA, 1981-1982, p. 241.

Comissão que na busca dos meios de solução pacífica é conveniente oferecer às Partes o maior número de possibilidades; por conseguinte, a utilização dos mecanismos do sistema interamericano não poderá por em dúvida a prerrogativa dos Estados-membros da OEA, de recorrerem – se julgarem de seu interesse – a um meio de solução pacífica previsto na Carta da ONU⁴.

III. *Quadro Geral Atual da Solução de Controvérsias Internacionais no Continente Americano, Inclusive Mecanismos ad hoc*

7. A institucionalização do mecanismo de consultas recíprocas entre os Estados americanos remonta à década de 1930 (Declaração de Lima de 1938); já então se previa que o processo de consultas – para adoção de ação comum face a ameaças à paz dos Estados americanos – se faria através da Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores. Posteriormente, com a adoção do TIAR (1947) e da Carta da OEA (1948), possibilitou-se a convocação da Reunião de Consulta sob estes dois tratados multilaterais (no caso do TIAR, como Órgão de Consulta na aplicação de seus dispositivos). O Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá, 1948) prevê sua entrada em vigor de acordo com a ordem do depósito de seus instrumentos de ratificação: para os Estados que o ratificaram cessam os efeitos de tratados anteriores de solução de controvérsias, os quais continuam a prevalecer para os Estados que não o ratificaram. O quadro geral é, portanto, de *diversidade*. Pode-se atribuir sua ineficácia a fatores como: o caráter das reservas a ele formuladas, a falta de ratificação de alguns dos Estados signatários (Argentina, Bolívia, Cuba, Equador, Estados Unidos, Guatemala, Venezuela), a denúncia por um deles (El Salvador, em 1973), e a falta de adesão de novos Estados que hoje integram a OEA (Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trinidad e Tobago).

⁴ Justificativa recentemente avançada pela Comissão Jurídica Interamericana é a de que se as organizações regionais tivessem a faculdade de restringir os direitos atribuídos pela Carta da ONU aos Estados-membros isso acarretaria uma situação em que os Estados que fossem membros tanto da ONU quanto de organismos regionais poderiam encontrar-se em posição de inferioridade quanto aos demais membros (da ONU), o que contraria o princípio da igualdade jurídica dos Estados. – Cf. OEA/Comité Jurídico Interamericano, *Acta Final – Período Ordinario de Sesiones*. Julio/Agosto de 1984, p. 31 (não-publicado, circulação interna).

No presente, apenas 11 Estados encontram-se submetidos, de modo integral, em suas relações recíprocas, aos processos previstos no Pacto de Bogotá (na medida em que não se tenham restringido por reservas); assim, 18 Estados – significativa maioria – não estão obrigados pelos dispositivos do Pacto, sendo que 11 Estados do Caribe, admitidos após a assinatura da Carta, não estão obrigados pelos dispositivos do Pacto nem tampouco pelos dos instrumentos anteriores⁵. Só se pode, desse modo, concluir que o Pacto carece dos meios necessários para funcionar como instrumento eficaz de solução pacífica de controvérsias internacionais no continente. Acrescente-se que, desde 1954, se tem ventilado a possibilidade de revisão do Pacto, questão pendente ainda hoje; já em 1965, Brasil, Equador e Estados Unidos apresentaram projetos de revisão do Pacto. A matéria continua em exame na OEA (Comissão Jurídica Interamericana e Subsecretaria de Assuntos Jurídicos).

8. Exemplo de método mais prático e ágil de atuação é fornecido pela antiga Comissão Interamericana de Paz (criada por resolução da Reunião de Ministros das Relações Exteriores de Havana, 1940, e formalmente constituída em 1948). Coexistiu com os procedimentos do Pacto de Bogotá e do TIAR, assumindo função das mais relevantes na solução pacífica de controvérsias no continente, acionada que foi em inúmeras ocasiões. Pode-se atribuir seu sucesso à flexibilidade de ação (sem as dificuldades dos procedimentos do Pacto de Bogotá e do TIAR), à rapidez de atuação na ausência de obrigações derivando de tratados, podendo agir por iniciativa própria. A Comissão teve suas faculdades ampliadas em 1959, e, quando da reforma da Carta da OEA (Protocolo de Buenos Aires de 1967), foi substituída pela Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas, com poderes mais amplos, mas como órgão subsidiário do Conselho Permanente da OEA. Ocorre que no presente somente as Partes em uma controvérsia podem recorrer ao Conselho Permanente para obter seus bons ofícios.

9. Assim, poder-se-ia considerar a possibilidade de estabelecimento da antiga Comissão Interamericana de Paz, já que funcionava tão bem. Poder-

⁵ Secretaria General de la OEA, *La Solución Pacífica de Controvérsias dentro del Marco Jurídico-Institucional de la Organización de los Estados Americanos*, documento OEA/Ser.G/CP/CAPJ-541/84, de 30.7.1984, p. 83-84.

se-ia, ademais, considerar a possibilidade – como sugerido recentemente pela Comissão Jurídica Interamericana – de emenda ao artigo 84 da Carta da OEA no sentido de estabelecer que não apenas as partes em uma controvérsia mas, também, qualquer Estado que tenha interesse especial em sua solução possa recorrer ao Conselho Permanente; da mesma forma, poder-se-ia considerar a possibilidade de emenda ao artigo 118 da Carta no sentido de reconhecer faculdades ao Secretário-Geral da OEA para levar à atenção dos órgãos competentes qualquer assunto que em seu entender possa por em perigo a manutenção da paz regional⁶. Acrescente-se que já houve diversos casos – especialmente a partir dos anos 30 – resolvidos não pelos mecanismos dos tratados existentes, mas por Comissões *ad hoc* (particularmente litígios fronteiriços)⁷.

10. Recorde-se o estabelecimento de três Comissões *ad hoc* de Observadores, além de uma Comissão de Observadores Civis (no âmbito, porém, da OEA), que no biênio de 1977-1979 estiveram a cargo de verificar ou investigar os fatos (mediante visitas de inspeção, entrevistas, exame de elementos probatórios) do conflito fronteiriço entre Costa Rica e Nicarágua e relatá-los ao Conselho Permanente da OEA⁸. Igualmente no plano global, os recentes debates do Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização⁹ revelam a preferência corrente por soluções flexíveis e *ad hoc*, a exemplo da capacidade de *fact-finding* da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança (e órgãos subsidiários de ambos) e dos poderes do Secretário-Geral (sob o artigo 99 da Carta).

IV. *Delimitação de Competências na Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais*

11. É necessário que se venha a delimitar com maior clareza as competências, na solução pacífica de controvérsias, dos órgãos internacionais,

⁶ OEA/CJI, *Acta Final...*, cit. *supra* n° (4), p. 27 (não-publicado, circulação interna).

⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade. O Impacto de Tratados de Resoluções..., *op. cit.*, *supra* n° (3), p. 243.

⁸ Cf. Enrique Lagos. Los Nuevos Mecanismos Procesales para la Eficácia de la Solución Pacífica de las Controversias, con Particular Referencia a la Práctica de la OEA en los Últimos Años, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. Vol. II, Santiago: Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, p. 79-91.

⁹ Cf. os Relatórios, a partir de 1977, do *Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, série ONU, doc. A/32 em diante/33, supl. n° 33.

tanto de organizações distintas quanto de uma mesma organização (distribuição interna de competências)¹⁰. O ponto foi objeto de atenção no recente caso que opôs a Nicarágua aos Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça (1984). Esclareceu esta que o fato de estar uma determinada matéria perante o Conselho de Segurança da ONU não impede que também a Corte Internacional de Justiça possa examiná-la e que ambos os processos possam ter seqüência *pari passu*. A responsabilidade do Conselho de Segurança é primária, não exclusiva. Enquanto a Carta da ONU impede que a Assembléia Geral formule qualquer recomendação em relação a disputa ou situação pendente no Conselho de Segurança (artigo 12), a não ser que este assim o requeira, não há qualquer restrição desse tipo ao exercício das funções da Corte. Acrescentou a Corte que não considerava o processo de Contadora como um “acordo regional” (no sentido do capítulo VIII da Carta da ONU) e tampouco que a existência do processo de Contadora a impedia de examinar a reclamação nicaragüense e pronunciar-se sobre os argumentos apresentados pelas partes. Em diversos casos, negociações e recurso à solução judicial têm sido seguidos *pari passu*. Concluiu assim a Corte que Nicarágua e Estados Unidos estavam obrigados a aceitar sua “jurisdição obrigatória” no caso concreto¹¹.

12. Os procedimentos do Conselho de Segurança da ONU são suplementares aos métodos clássicos de solução de controvérsias (artigo 33 da Carta). Observe-se, porém, que o Conselho de Segurança pode ser movido não apenas pelas partes, como também por qualquer Estado-membro ou pelo Secretário-Geral da ONU. Um possível conflito interno de competências se depreende do artigo 12 (1) da Carta, que dispõe que a Assembléia Geral se absterá de formular recomendações enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo suas funções em relação a determinada situação ou controvérsia; ocorre que a Assembléia pode considerar que o Conselho não esteja exercendo suas funções, e julgar assim aquela limitação inaplicável à sua própria competência, como já ocorreu na prática. Em pareceres de 1964 e 1968, a Consultoria Jurídica (*Legal Counsel*) da ONU levou em conta a

¹⁰ Para um estudo detalhado sobre a matéria, cf. A. A. Cançado Trindade. Delimitação de Competências entre a Organização das Nações Unidas e os Estados-membros, e suas Implicações para os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. vol. II, Santiago: Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, p. 32/78.

¹¹ *ICJ Reports. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua versus Estados Unidos), Julgamento de 26 de novembro de 1984, p. 395-442.

prática da Assembléia Geral (a partir de 1960) de adotar recomendações sobre questões que estavam sendo também consideradas pelo Conselho de Segurança¹², sem que qualquer membro objetasse àquelas recomendações com base no artigo 12.

13. No plano regional, recorde-se, quanto aos mecanismos existentes, que o Conselho Permanente da OEA só pode ser movido pelas partes em uma controvérsia (artigos 84 e 86 da Carta); a Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores pode ser convocada por qualquer Estado-membro mediante aprovação por maioria absoluta (artigo 60 da Carta); o Órgão de Consulta do TIAR pode ser acionado a pedido do Estado atacado (artigo 3 do TIAR), ou pelas partes contratantes em conflitos entre Estados americanos (artigo 7). A questão da coordenação entre os mecanismos regionais e globais (ONU) já foi revista (*supra*).

V. *A Questão da Constituição da Nicarágua: Dificuldades; Formulação Constitucional e Realidade Nacional*

14. Segundo sugestão atribuída nos últimos dias ao Presidente da Argentina, a futura Constituição da Nicarágua deverá garantir naquele país uma sociedade pluralista do ponto de vista político, e mista do ponto de vista econômico, como condição para o apoio dos países latino-americanos à implementação da Ata de Contadora, e visando dar credibilidade à ação do Governo nicaraguense aos olhos do Governo norte-americano. O Documento Base para a Elaboração da Constituição Política, divulgado há pouco pela Assembléia Nacional da Nicarágua¹³, não fornece indicações precisas sobre o conteúdo da futura Constituição (exceto enumeração de pontos fundamentais como democracia, pluralismo político, economia mista, não-alinhamento, antiintervencionismo). Refere-se à legislação revolucionária sobre os Estatutos de Direitos e Garantias e da Assembléia Nacional, e às leis de Partidos Políticos, Eleitoral e de Nacionalidade. A consulta nacional a cargo da Comissão Especial Constitucional se desdobrará em duas fases: a primeira, com dirigentes de partidos políticos e entidades de classe (agosto-setembro de 1985), e a segunda (logo a seguir), uma vez elaborado

¹² Sydney D. Bailey. *The Procedure of the UN Security Council*. Oxford: Clarendon Press, 1975, p. 229, e cf. apêndice 5, p. 365-379 para o texto dos pareceres de 1964 e 1968 do *Legal Counsel* da ONU sobre a matéria.

¹³ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. *Documento Base para la Elaboración de la Constitución Política*. Manágua, 26.7.1985, p. 104 (circulação interna).

o projeto de Constituição, a ter a modalidade de *cabildos abiertos* com os distintos setores sociais da nação¹⁴.

15. A tomar como base os traços gerais das Constituições latino-americanas¹⁵, as bases constitucionais de um regime democrático

¹⁴ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. *Comisión Especial Constitucional: Consulta Nacional*. Manágua, 1985, p. 1-5 (circulação interna); e cf. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, *Primer Informe sobre el Trabajo Constitucional*, Managua: 20.8.1985, p. 1-8 (circulação interna).

¹⁵ São, inicialmente do tipo rígido (i.e., requerem procedimentos especiais para sua revisão e emenda), em contraposição às constituições do tipo flexível. A maioria segue o sistema unitário, mas há as que apresentam elementos do quase-federalismo. Quanto aos sistemas de governo, consagram o sistema republicano, democrático-representativo, politicamente secularizado e centralizado, predominando as repúblicas presidencialistas, inspiradas no modelo dos Estados Unidos. Mas a instauração do presidencialismo se deu com maiores poderes do que no sistema norte-americano, de modo particularmente reforçado. Consagram a divisão e equilíbrio de poderes, que coexistem com uma tendência ao predomínio do Executivo, não apenas por razões de ordem geral como pelo próprio uso direto e aplicação das faculdades constitucionais (e.g., participação do Executivo na legislação, intervenção federal e faculdades extraordinárias para situações de emergência, chefia da administração e das Forças Armadas, mecanismos de interferência no Judiciário – como a designação). Há, assim, forte tendência à centralização. O Judiciário tem-se organizado segundo o modelo norte-americano, ainda que aplicando institutos jurídicos de inspiração européia; exerce com cautela o controle constitucional, mas não raro tem deixado de invalidar leis e atos dos dois outros poderes, e se declarado incompetente em questões políticas, e tem aceito delegações de poder em favor do Executivo, as quais têm recebido interpretações extensivas. As Constituições latino-americanas consagram direitos e garantias individuais, tradicionalmente no domínio civil e político, e, mais recentemente, no campo econômico, social e cultural (a exemplo do marco que representou a Constituição do México de 1917). O sistema de partidos políticos apresenta variações (entre o bipartidarismo e multipartidarismo, também se registrando o unipartidarismo); a estrutura dos partidos nem sempre é clara, faltando por vezes programas de princípios e organização de base. No tocante ao Congresso, de modo geral – não apenas na América Latina – verifica-se um certo equilíbrio entre o unicameralismo e o bicameralismo, com preferência dos Estados unitários pelo unicameralismo e dos Estados federativos pelo bicameralismo, embora não se trate de relação obrigatória. Quanto ao sistema eleitoral, têm ocorrido restrições – às vezes pela própria lei – à implantação do direito de sufrágio universal. A escolha dos governantes – não só na América Latina como em outras regiões – tem seguido as formas de eleição direta e indireta, sendo, que, nesta última, a eleição pelo Congresso tem prevalecido sobre a eleição por colégio eleitoral (preponderância de 2/3). M. Kaplan, *Participación Política, Estatismo y Presidencialismo en la América Latina Contemporánea*, San José: IIDH/CAPEL, 1985, p. 1-20, 34, 39 e 55-57; L. Pasquel. *Las Constituciones de América*. Vol. I, México: 1943, p. III-XXXII; S. Alves de Souza, *op. cit.*, *infra* nº (18), p. 52-116; R. Machado Horta, *Constituição e Direitos Individuais*, 59 *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 1984, p. 48-69. – As constituições das chamadas democracias populares, dos Estados do Leste Europeu, a seu turno, baseiam-se na soberania popular professam que o poder emana do povo, e contém um catálogo de direitos. Consagram a existência de uma Assembléia única, eleita por sufrágio universal, erigida em fonte única do poder e soberania, dotada de poder legiferante e controle do Executivo. Um órgão especial da Assembléia (*Presidium*, na Bulgária; Conselho de Estado, na Polónia), composto de seu presidente, vice-presidentes e um determinado número de membros, atua como órgão tanto de governo quanto legislativo, e exerce o controle da constitucionalidade das leis. Estão igualmente consagrados os poderes locais, “conselhos ou comitês nacionais ou populares”, cuja origem se encontra na estrutura soviética. Sua composição nem sempre é claramente definida; seu âmbito de competência, como órgãos administrativos e de controle do Estado (também na área da justiça), compreende notadamente a supervisão política. O sistema eleitoral admite restrições, como a proibição do direito de voto aos “inimigos do povo” (Constituição húngara de 1949). No domínio econômico, é marcante o predomínio dos dois setores, o nacionalizado e o cooperativo, sobre o privado. B. Mirkine – Guetézvitch. *Les Constitutions européennes*. Vol. I, Paris: PUF, 1951, p. 83-98, esp. p. 89-92.

compreenderiam: garantia da existência de eleições periódicas para os cargos do Executivo e do Legislativo, e controle dos atos eleitorais para evitar a fraude eleitoral; garantia da existência de um regime multipartidário; consagração de direitos e garantias individuais, e da não-discriminação de direitos políticos em razão de ideologia e afiliação político-partidária. Talvez seja demasiado acrescentar a estas bases a existência de um sistema de controles. A própria Ata de Contadora refere-se *inter alia* à necessidade de adoção pelas partes de medidas que garantam a participação efetiva dos partidos políticos nos processos eleitorais e as liberdades de reunião e expressão.

16. A sugestão do Presidente da Argentina depara-se, no entanto, com dificuldades das mais graves: é difícil antever como poderia na prática implementar-se. Em primeiro lugar, há o princípio do *incondicionamento* do Poder Constituinte, pelo qual a nação não está sujeita a qualquer forma prefixada ou condicionamento para a manifestação de sua vontade; e não está sujeita a qualquer procedimento predeterminado para a realização de sua obra de constitucionalização¹⁶. Em segundo lugar, a consagração constitucional de certos princípios ou conceitos não constitui garantia real de que serão implementados na prática mediante um determinado tipo de interpretação.

17. Na América Latina, com algumas raras exceções¹⁷, as Constituições não têm tido vida longa¹⁸. Considerável distância tem persistido entre a formulação constitucional e a realidade interna da nação, entre os países latino-americanos. É este um fenômeno com raízes históricas, pois originalmente o constitucionalismo latino-americano não contava com as tradições políticas que se viu ou supôs na necessidade de professar e conservar. Desde cedo surgiram desajustes entre os dispositivos constitucionais e os costumes políticos e sociais; o cientificismo constitucional tem dado margem e desilusões na América Latina, por não responder adequadamente às forças

¹⁶ Cf., e.g., M. G. Ferreira Filho. *Direito Constitucional Comparado – O Poder Constituinte*. São Paulo: J. Bushatsky/Ed. USP, 1974, p. 16-17.

¹⁷ Como a Constituição argentina de 1853, revista em 1860; cf. S.V. Linares Quintana, Técnica de la Formulación de las Constituciones, 66 *Revista de Informação Legislativa*. 1980, p. 5-26.

¹⁸ Dados estatísticos revelam que, ao início da década de 1970, as Constituições latino-americanas apresentavam um tempo médio de vida de 10,5, pouco acima das africanas (9,8 anos), em contraste com as Constituições européias (cerca de 43,8 anos). S. Alves de Souza, *A Política nas Constituições Contemporâneas*, Belo Horizonte: Ed. RBEP, 1971, p. 36.

sociais que integram a nação¹⁹. A proposta do Presidente da Argentina (*supra*), ainda que alimentada pelo nobre propósito de manutenção da paz na América Central, mostra-se, por conseguinte, inócua e talvez temerária, e há de ser vista pelo Brasil com a maior cautela.

VI. *As Propostas da Ata de Contadora e do Documento de Tegucigalpa, e Outras Sugestões*

18. A recente Ata de Contadora prevê a criação de uma Comissão de Verificação e Controle em Matéria de Segurança, para contribuir para a solução da crise centro-americana. Seria composta por quatro membros, representantes de Estados de “reconhecida imparcialidade”, propostos pelo Grupo de Contadora e aceitos pelas partes. Também integrariam a referida Comissão um secretário-executivo latino-americano (nomeado pelo Grupo de Contadora de comum acordo com as partes), com direito a voz e voto, e um representante do Secretário-Geral da ONU e outro do Secretário-Geral da OEA (na qualidade de observadores). Suas funções, de verificação e controle em matéria de segurança, descritas na Ata de Contadora (p. 35-40), *não* compreendem a operação de forças de paz, diferentemente de proposta nesse sentido nos últimos dias atribuída ao Presidente da Argentina, secundada pelo Presidente do Uruguai.

19. A Proposta da Ata de Contadora, distinta, atribui à Comissão de Verificação e Controle em Matéria de Segurança poderes investigatórios, mediante inspeção *in situ* (p. 40). Recorde-se que, no âmbito das Nações Unidas, os métodos de determinação dos fatos têm recebido considerável atenção desde a decisão de compilar, em 1967, uma lista de peritos em *fact-finding*. Nos debates na ONU, tem-se ressaltado a importância crucial da determinação dos fatos (distinta de funções decisórias), antes do recurso a outros meios de solução pacífica (e.g., a conciliação), no entendimento de que importa de início sobretudo verificar se não persistem fatos controvertidos. Também se enfatizou o papel da investigação e *fact-finding* na *prevenção* de disputas ou de seu agravamento; distinguiu-se, enfim, o estabelecimento de Comissões por Estados e por organizações

¹⁹ L. Pasquel, *op. cit.*, *supra* nº (15), p. XIX e XXIX; S.V. Linares Quintana, *op. cit.*, *supra* nº (17), p. 13-14.

internacionais²⁰. Em suma, não se tem minimizado as potencialidades do método de investigação na atualidade.

20. Na prática internacional tem-se distinguido, de modo geral, dois tipos de operações de manutenção de paz: por um lado, as missões de observação, investigação ou controle; por outro lado, as chamadas forças de paz ou de emergência²¹. Uma e outras têm sempre uma base *consensual*, i.e., requerem o consentimento dos Estados que fornecem observadores, ou contingentes, assim como do Estado “anfitrião”. As funções da Comissão de Verificação e Controle em Matéria de Segurança, prevista na Ata de Contadora, se afiguram como próprias das missões de investigação, distintas das de forças de emergência. As primeiras têm sido utilizadas, como acima indicado, na *prevenção* de conflitos ou de seu agravamento. A Comissão proposta requer precisões, como, e.g., os critérios para a indicação dos comissários (por exemplo, se serão civis).

21. As bases “constitucionais” para o estabelecimento tanto de grupos de observadores, quanto de forças de paz ou emergência (estas, mesmo no âmbito jurídico-institucional das organizações internacionais), não têm sido claras. As missões de observação têm normalmente se constituído por arranjos *ad hoc*, e o rateio das despesas tem sido feito por acordo entre as partes; as funções têm variado na prática (e.g., controle de fronteira; supervisão de acordos de cessar-fogo, trégua e armistício; supervisão de retirada de forças)²². Os métodos de composição de forças de paz – por meio de acordos por troca de notas, ou simples correspondência com os Estados em questão (no caso da ONU, através do Secretário-Geral) – têm variado: contingentes nacionais fornecidos por Estados-membros (mediante a celebração de acordos *ad hoc*), mas sob o controle da organização internacional; força estabelecida como órgão permanente da organização internacional e sob seu controle: força composta, combinando um núcleo permanente com contingentes nacionais de apoio. Na prática, também têm variado os órgãos que autorizaram a criação de tais forças (e.g., Assembleia Geral ou Conselho de

²⁰ N. Bar-Yaacov. *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*. Oxford: University Press, 1974, p. 247-329.

²¹ Cf. M. Bedjaoui. L'inspection internationale dans le cadre des opérations des Nations Unies pour le maintien de la paix, in: G. Fischer e D. Vignes (ed.), *L'inspection internationale – quinze études de la pratique des Etats et des organisations internationales*. Bruxelles: Bruylant, 1976, p. 27-57.

²² Cf. D.W. Wainhouse, *International Peace Observation*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1966, p. 538-618.

Segurança, no plano global; Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, no sistema interamericano).

22. Dificuldades práticas têm surgido no rateio das despesas – a exemplo do *caso de Certas Despesas da ONU* perante a Corte Internacional de Justiça em 1962, – na ausência de um critério de aceitação geral²³. Vê-se que as operações de manutenção da paz têm se deparado com inúmeros problemas, desde suas bases “constitucionais” e métodos de composição até suas condições de operação²⁴. Recorde-se que, em 1970, no âmbito das Nações Unidas, chegou-se mesmo a cogitar de um novo capítulo a inserir-se na Carta (ou ao menos um novo artigo) sobre a matéria, entre os capítulos VI (sobre solução pacífica de controvérsias) e VII (sobre ação coercitiva do Conselho de Segurança)²⁵.

23. Neste quadro de incertezas, a proposta ou sugestão recentemente atribuída ao Presidente da Argentina, secundada pelo Presidente do Uruguai, gera preocupação e há de ser considerada com a maior cautela: se dúvidas e controvérsias têm surgido em relação aos arranjos *ad hoc* no seio das organizações internacionais, o que esperar então de missões ou forças instituídas fora da estrutura jurídico-institucional dos organismos internacionais existentes, particularmente em uma crise – como a centro-americana – em relação à qual os Estados latino-americanos têm reduzidas possibilidades de influência? Importa sobretudo verificar de início se há um interesse real das partes na solução pacífica da crise: somente então, face à constatação de vontade política nesse sentido, se poderá eleger um mecanismo jurídico de solução pacífica – que pareça adequado nas circunstâncias do caso – com razoável probabilidade de êxito.

24. A recente proposta da Argentina, que emergiu da reunião de Cartagena de 23-25 de agosto último, parte do pressuposto – de não fácil

²³ Os fundos têm tido fontes distintas: parcelas dos Estados participantes, contribuições voluntárias de outros Estados-membros, e – não sem controvérsias – de todos os Estados-membros como parte de uma “responsabilidade coletiva”. As forças possuem regulamento próprio; a elas se têm concedido privilégios e imunidades no desempenho de suas funções. Em suas relações com o Estado local ou “anfitrião”, vez por outra tem surgido o problema da ausência de um governo estável.

²⁴ Cf. D.W. Bowett. *United Nations Forces – A Legal Study of United Nations Practice*. London: Stevens, 1964, p. 61-89, 109-254 e 314-386; F. Seyersted. *United Nations Forces in the Law of Peace and War*. Leyden: Sijthoff, 1966, p. 399-406; Dag Hammarskjöld. *United Nations Emergency Force, The Strategy of World Order*. Vol. III: *The United Nations* (ed. R. A. Falk e S. H. Mendlovitz), NY: World Law Fund, 1966, p.559-573.

²⁵ M. Bedjaoui, *op. cit.*, nº (21), p. 34 nº.18.

demonstração – de que tal vontade política existe. É naturalmente o que deseja, face à urgência de uma solução pacífica para a crise centro-americana. Não obstante, não se completou ainda o processo de paz de Contadora, e não se deve perder de vista que, na busca de solução pacífica, a dilatação de tempo e o prolongamento de uma situação indefinida possam talvez interessar alguma das partes, até que surja o momento considerado mais adequado ou favorável a uma solução global definitiva.

25. O anexo I à última proposta argentina traça um paralelo entre a Ata de Contadora e o chamado Documento de Tegucigalpa (de outubro de 1984), que traz precisões à Ata. No tocante aos compromissos em matéria de segurança, enquanto a Ata de Contadora prevê a criação de uma Comissão de Verificação e Controle (*supra*), a começar a funcionar no máximo 30 dias após assinatura da Ata e a atuar durante todo o processo, o Documento de Tegucigalpa, a seu turno, prevê dois órgãos a atuarem sucessivamente (p. 7-10): um Grupo *ad hoc* de Desarmamento, a operar desde o momento de assinatura da Ata até sua entrada em vigor, momento a partir do qual começa a funcionar o mecanismo de verificação e controle (corpo internacional de inspetores e comissão permanente).

26. Diferentemente da Comissão de Verificação e Controle da Ata de Contadora (*supra*), o Grupo *ad hoc* de Desarmamento do Documento de Tegucigalpa seria integrado por representantes dos cinco países centro-americanos e de quatro Estados que não participam do processo de Contadora, de “reconhecida imparcialidade”, estes últimos propostos e eleitos pelo Grupo de Contadora e com o consenso dos governos centro-americanos; o Grupo *ad hoc* de Desarmamento não contaria com a atuação de um secretário-executivo latino-americano e tampouco com a presença de observadores (representantes dos Secretários-Gerais da ONU e da OEA). O Grupo *ad hoc* de Desarmamento, dotado de funções específicas, propiciaria a celebração de acordos sobre limites máximos de armamentos, efetivos e instalações militares, e calendários para sua redução e desmantelamento.

27. O outro órgão previsto pelo Documento de Tegucigalpa, o mecanismo de verificação e controle, se comporia de duas instâncias: a primeira, de caráter informativo, tarefa a ser executada pelo corpo internacional de inspetores; e a segunda, de avaliação dos dados e elaboração de recomendações, a cargo da comissão permanente. Como se vê, as presentes disposições são mais precisas e detalhadas do que as da Ata de Contadora.

28. Em ocasiões distintas o Brasil apresentou sugestões no tocante à solução pacífica de controvérsias internacionais. Em 1970, na Comissão Política da Assembléia Geral da ONU, sugeriu o Brasil que o Conselho de Segurança considerasse, em cada caso concreto, a conveniência de se estabelecer Comitês *ad hoc* para a Solução de Controvérsias. Não seria assim necessária qualquer revisão ou modificação nas regras e procedimentos do Conselho de Segurança. Quatro anos antes, na Assembléia Geral, o Brasil se manifestara a favor de um estudo mais aprofundado sobre os métodos de determinação dos fatos²⁶.

29. No âmbito regional, há pouco mais de duas décadas o Brasil preparou um projeto, que não chegou a ser discutido na OEA, em que propunha a criação de um Conselho Interamericano de Paz, para solucionar os problemas de natureza urgente afetando as relações pacíficas entre os Estados do continente²⁷. O Conselho seria integrado pelos Ministros das Relações Exteriores dos Estados americanos, e seria assessorado pela já mencionada Comissão Interamericana de Paz (*supra*); esta última se compunha de representantes de *cinco* Estados (originalmente, Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos e México), com a presidência exercida em sistema de rodízio, e podia ser acionada por qualquer Estado americano.

30. Mesmo em nossos dias, talvez não se tenha esgotado o potencial dos mecanismos existentes – ainda que em base *ad hoc* – de solução pacífica no âmbito jurídico-institucional dos organismos internacionais. Recorde-se, por exemplo, que, no âmbito da OEA, recorreu-se, como já mencionado acima, no biênio de 1977-1979, ao estabelecimento de comissões *ad hoc* de observadores – e *não* de forças de paz, – na fronteira de dois Estados centro-americanos (Costa Rica e Nicarágua). Em relação às gestões de paz na presente crise centro-americana, poder-se-ia, talvez, contemplar uma possível ampliação na composição da Comissão de Verificação e Controle prevista na Ata de Contadora, de quatro para oito membros, representantes de Estados, de modo a incluir também os dos Estados do Grupo de Apoio a Contadora

²⁶ A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*. Brasília: Funag, 1984, p. 286-290 e 306. – Recorde-se, apenas a título de registro – dadas as já apontadas dificuldades que circundam a matéria – que no passado o Brasil participou, no âmbito de mecanismos institucionais de organizações internacionais, de operações de forças de paz (UNEF, Suez, 1956, sob a égide da ONU; República Dominicana, 1965-1966, dentro do sistema interamericano).

²⁷ Sobre a questão, cf., e. g., Comité Jurídico Interamericano. *Recomendaciones e Informes – Documentos Oficiales*. Vol. IX (1965-1966), p. 319-322.

(Argentina, Brasil, Peru e Uruguai). Poder-se-ia, alternativamente, contemplar a possibilidade de que, sob o Documento de Tegucigalpa, mais preciso, os representantes dos quatro Estados que não participaram do processo de Contadora, de “reconhecida imparcialidade”, e que comporiam, juntamente com os representantes dos cinco países centro-americanos, o Grupo *ad hoc* de Desarmamento, fossem representantes dos Estados do Grupo de Apoio a Contadora.

31. Ainda assim, é de todo aconselhável e prudente que, ao contrário do que parecem pretender ou almejar a Argentina e o Uruguai, o Grupo de Apoio a Contadora mantenha doravante sua *identidade própria*, distinta da do Grupo de Contadora propriamente dita. Nem sempre as missões de observação da paz, ou de investigação (assim como as forças de emergência), encontram-se em “estado puro”, podendo apresentar variações ou alterações suscitadas pelo desenrolar dos conflitos. Desse modo, um comprometimento prematuro do Brasil, mesmo em relação tão-somente a mecanismos de verificação e controle (Ata de Contadora) e de desarmamento (Documento de Tegucigalpa), poderia apresentar o risco de se levantar posteriormente a questão da pretensa necessidade de “apoio logístico” àqueles mecanismos, o que poderia desfigurar o caráter de órgãos de verificação e controle (em matéria de segurança) e de desarmamento e aproximar suas funções às da operação de força de paz ou emergência.

VII. Conclusões

32. Em resumo e conclusão:

Na busca de solução para a crise centro-americana importa ter em mente a interação entre os princípios da solução pacífica das controvérsias internacionais e da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados. A questão da coordenação dos mecanismos de segurança coletiva, que tem apresentado oscilações entre os sistemas global e regional, nos últimos anos tem tendido a uma restrição dos mecanismos regionais em favor da ação em nível global, no entendimento de que é conveniente oferecer às partes o maior número de possibilidades de solução pacífica. O quadro geral atual, acima revisto, da solução de controvérsias internacionais no continente americano (inclusive mecanismos *ad hoc*), é o da *diversidade* de meios e ausência de um regime jurídico único, vez que o Pacto de Bogotá, pelas razões já apontadas,

carece dos meios necessários para funcionar como instrumento eficaz de solução pacífica (cf. *supra*). Não surpreende, pois, que houve casos resolvidos fora do âmbito jurídico-institucional dos tratados existentes. Persiste a necessidade de mais clara delimitação das competências, na solução pacífica das controvérsias, dos órgãos internacionais, tanto de organizações distintas quanto de uma mesma organização (distribuição interna de competências).

33. A sugestão de acompanhamento dos trabalhos correntes de elaboração da nova Constituição da Nicarágua, ainda que alimentada pelo nobre propósito de manutenção da paz na América Central, mostra-se inócua, dado que a consagração constitucional de certos princípios ou conceitos não constitui garantia real de que serão implementados na prática mediante um determinado tipo de interpretação. Mostra-se, ademais, temerária, face ao princípio do incondicionamento do Poder Constituinte. Há, assim, de ser vista pelo Brasil com a maior cautela. A outra proposta, de eventual criação de uma força de paz latino-americana, além de distinta dos mecanismos – basicamente de verificação e controle – previstos na Ata de Contadora e no Documento de Tegucigalpa (*supra*), gera preocupação e há de ser vista com extrema cautela pelo Brasil: se diversas incertezas têm circundado os arranjos *ad hoc* no seio das organizações internacionais, a começar por suas bases “constitucionais”, o que esperar então de missões ou forças instituídas fora do âmbito jurídico-institucional dos organismos internacionais existentes?

34. Talvez não se tenha esgotado o potencial dos mecanismos de solução pacífica – ainda que em base *ad hoc* – dentro da estrutura jurídico-institucional das organizações internacionais, a exemplo de sugestões não concretizadas até o presente, como: restabelecer a antiga Comissão Interamericana de Paz (que tão bem funcionou), possibilitar que não apenas os Estados-partes em uma controvérsia, mas, também, qualquer outro Estado interessado possam recorrer ao Conselho Permanente da OEA, estabelecer Comitês *ad hoc* do Conselho de Segurança da ONU para a Solução de Controvérsias, intensificar o uso dos métodos de determinação dos fatos (no âmbito da ONU e da OEA) na prevenção de disputas ou de seu agravamento, dentre outras. Em relação aos mecanismos previstos na Ata de Contadora e no Documento de Tegucigalpa, poderia o Brasil contemplar um apoio cauteloso à Comissão de Verificação e Controle e ao Grupo *ad hoc* de Desarmamento, respectivamente, no entendimento ou sob a condição de que o Grupo de Apoio a Contadora mantenha sua identidade própria

(distinta do Grupo de Contadora propriamente dito), vez que nem sempre as missões de investigação ou observação da paz se mantêm em “estado puro”: um comprometimento prematuro do Brasil nesse sentido poderia assim apresentar o risco de um ulterior e indesejável envolvimento em operações internacionais mais próximas às de forças de emergência.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 9 de setembro de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Sanções à África do Sul: Bases Constitucionais, Classificação e Implementação; Efeitos e Alcance. Sanções e Contratos. Diretrizes e Prática no Brasil.

PARECER

CONFIDENCIAL

Fundamentos Jurídicos, Natureza, Efeitos e Alcance das Sanções do Brasil à África do Sul: o Decreto nº 91.524 de 9 de Agosto de 1985 e as Medidas Contra o Apartheid

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Bases “Constitucionais” da Aplicação de Sanções no Plano Internacional. III. Classificação e Implementação de Sanções no Plano Internacional. IV. Medidas Contra o *Apartheid*: Diretrizes do Governo Brasileiro. V. Prática Brasileira de Aplicação de Medidas Contra o *Apartheid*. 1. Proibição da Realização da Regata Capetown-Rio de Janeiro, 1977. 2. Campeonatos de *Hobie Cat 14*, 1981: Denegação de Vistos. 3. *Rally* do Brasil, 1982: Denegação de Vistos. 4. Proibição de Participação de Clubes Brasileiros em Campeonato de Futebol em Bophuthatswana, 1985. 5. Cessação de Intercâmbio Esportivo com a África do Sul. 6. Correspondência Entre os Ministérios das Relações Exteriores e da Educação. 7. Supervisão e Listas do Comitê Especial (das Nações Unidas) Contra o *Apartheid* no Tocante ao

Brasil.8. Outras Restrições nas Relações com a África do Sul em Áreas Distintas. VI. Considerações Finais: Sanções e Contratos; Efeitos e Alcance da Implementação de Sanções Contra o *Apartheid*.

I. *Delimitação do Objeto do Parecer*

O recente Decreto nº 91.524, de 9 de agosto de 1985, após recordar, em sua parte preambular, a política seguida pelo Brasil de “restringir todos os contatos esportivos, culturais e artísticos com a África do Sul, conforme recomendado pelas Nações Unidas” (6º parágrafo), determina, em sua parte operativa, que “ficam proibidas quaisquer atividades que caracterizem intercâmbio cultural, artístico ou desportivo com a África do Sul” (artigo 1º). As restrições estabelecidas ao relacionamento com a África do Sul se devem à política de *apartheid* do Governo daquele país. Tendo em vista a programação do Grande Prêmio de Automobilismo (Fórmula I) da África do Sul (Kyalami) para futuro breve (19 de outubro próximo), surge a ocasião – conforme apontado pela Divisão da África-II – de examinar o problema da participação de pilotos brasileiros naquele Grande Prêmio, à luz do disposto no referido Decreto. Além disso, conforme relatado pela Divisão de Difusão Cultural, a “Suplies Promoções e Empreendimentos Ltda”, que agenciara contrato para a apresentação de músicos brasileiros em Bophuthatswana, África do Sul, comunicou há dias ao Itamaraty as despesas que efetuara e das quais não teria ressarcimento (deixando ademais de auferir lucros), em decorrência do cancelamento do contrato, assinado com empresários sul-africanos em 25.6.1985, antes, pois, do Decreto nº 91.524.

2. Tem em mente estes dois casos, solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores emitir Parecer sobre o grau de eficácia das medidas que estabelece contra o *apartheid* o referido ato presidencial. Para isto, cabe de início examinar as bases “constitucionais” da aplicação de sanções no plano internacional assim como sua classificação e métodos de implementação. Após considerar as diretrizes do Governo brasileiro sobre a matéria – mesmo anteriores ao Decreto nº 91.524, – cumpre verificar a prática brasileira de aplicação de medidas contra o *apartheid* nos últimos anos, além de outras restrições nas relações com a África do Sul em áreas distintas, para, enfim, precisar os efeitos e alcance da implementação de sanções

contra o *apartheid*, particularmente as previstas no Decreto de 9 de agosto de 1985 e no tocante aos dois casos em apreço.

II. Bases “Constitucionais” da Aplicação de Sanções no Plano Internacional

3. Não pode restar dúvida que, no direito internacional contemporâneo, são legítimas as medidas coercitivas decididas ou recomendadas pelos órgãos competentes das organizações internacionais¹. Cedo, porém, na era das Nações Unidas, deu-se conta das dificuldades de aplicação das chamadas “sanções coletivas”, a começar pela estrutura do próprio sistema de segurança coletiva das Nações Unidas (e.g., o exercício do veto no Conselho de Segurança)². Recorde-se que, originalmente, na Conferência de *San Francisco* de 1945, distinguiu-se claramente entre as questões relativas à solução pacífica de controvérsias internacionais (capítulo VI da Carta da ONU) e as medidas coercitivas (capítulo VII) em casos de ameaças à paz, ruptura da paz a atos de agressão, estas com maior grau de centralização; ora, o que se tem verificado até o presente é que as Nações Unidas têm na prática partido do pressuposto da conciliação e não da ação de “*enforcement*”³. Assim, não surpreende que, somente em 1966, no *caso da Rodésia*, foi acionado plenamente o mecanismo de sanções previsto na capítulo VII de Carta (cf. *infra*). E, na era anterior, da Sociedade ou Liga das Nações, permaneceu como experiência única daquela Organização, na área em apreço, a aplicação de sanções à Itália, em 1935, sob o artigo 16 do Pacto da Liga, por violação das obrigações constantes do artigo 12 do Pacto (no caso, a invasão da Etiópia)⁴.

¹ Jaroslav Zourek. *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*. Leiden/Genève: Sijthoff/Inst. H. Dunant, 1974, p. 11-112; e cf. D.W. Bowett. Economic Coercion and Reprisal by States, 13 *Virginia Journal of International Law*. 1972, p.6.

² J.L. Kunz. Sanctions in International Law, 54 *American Journal of International Law*. 1960, p. 329, 334 e 341-342.

³ V. Pechota. *Complementary Structures of Third-Party Settlement of International Disputes*. NY: UNITAR, 1971, p. 3; A. Herrero de la Fuente. *Seguridad Colectiva y Arreglo Pacífico de Controversias – Dos Sistemas en Presencia: ONU y OEA*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1973, p. 13; e cf. D.W. Bowett, The United Nations and Peaceful Settlement, *International Disputes: the Legal Aspects*. London: Europa Publs. 1972, p. 207.

⁴ Cf. M.P.Doxey. *Economic Sanctions and International Enforcement*. Oxford: University Press, 1971, p. 49, 92-93 e 100.

4. Na aplicação de sanções ou medidas coercitivas no âmbito jurídico-institucional das organizações internacionais, importa de início identificar com clareza as bases “constitucionais” – i.e., consagradas nas cartas constitutivas daquelas organizações – para a aplicação de tais medidas ou sanções. De outro modo, todo o procedimento poderá mostrar-se evadido de dificuldades não apenas de ordem prática como também – e sobretudo – de fundamentação jurídica. Dois exemplos servem de pertinente ilustração, se não advertência. Recorde-se que a suspensão do Governo cubano da OEA (VIII Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, *Punta del Este*, 1962) se dera por uma curiosa ampliação do âmbito de aplicação do TIAR, já que a Carta da OEA era lacônica quanto a tal exclusão e no caso se questionava a representatividade de um governo de um Estado-membro dentro da OEA. Passaram-se 13 anos até que se facultou aos Estados-partes no TIAR (XVI Reunião de Consulta, 1975) “liberdade de ação” no tocante às relações com Cuba, na linha de proposta de emenda ao TIAR (trabalhos da CEESI – Comissão Especial para Estudar o Sistema Interamericano e propor Medidas para sua Reestruturação – de 1974-1975) – não menos curiosa – no sentido de substituição da maioria qualificada (de 2/3) pela maioria simples (metade mais um) para o levantamento de sanções anteriormente adotadas sob o TIAR⁵. O outro exemplo é fornecido pelas sanções adotadas pela Comunidade Econômica Européia contra a Argentina, por ocasião do conflito anglo-argentino no Atlântico Sul em abril-maio de 1982. As referidas sanções buscaram respaldo nos artigos 224 e 113 do Tratado CEE, simultaneamente (no artigo 224, face à iniciativa britânica de aplicar sanções comerciais à Argentina, e no artigo 113, por estabelecer “princípios uniformes” quanto à “política comercial comum”⁶. Pode-se, no entanto, quanto à referência ao artigo 224, questionar se realmente se comprovara que as referidas sanções eram necessárias à garantia do *funcionamento* do Mercado Comum

⁵ A. A. Cançado Trindade. Evolução, Balanço e Perspectivas do Sistema Interamericano ao Início da Década de Oitenta, *IX Curso de Derecho Internacional* (1982), vol. II, Washington, Secretaria General de la OEA/Comité Jurídico Interamericano, 1983, p. 15-17.

⁶ Cf. a respeito o estudo N. Elkin. *La Actitud de las Comunidades Europeas ante el Conflicto de las Malvinas*. (2ª versão), Louvain-la-Neuve: 1982, p. 1-77 esp. p. 36-39 (ed. mimeografada, circulação interna); e cf. N. Elkin. La Tensión entre la Cooperación Política Europea y las Comunidades Europeas durante la Crisis del Atlántico Sur, 83, *Revista de Informação Legislativa* (1984) p. 58-62. – Sobre a questão, cf. também discussão in M. Panebianco, *Regulamenti Comunitari di Cooperazione Politica il Mantenimento della Pace e della Sicurezza Internazionale nel Conflicto Falkland – Malvinas*, 23 *Rivista di Diritto Europeo*. 1983, p. 289-324.

Europeu: e, no tocante à referência ao artigo 113, pode-se indagar se as referidas sanções representavam medidas antes de política geral do que propriamente de ordem “comercial”. Estes dois episódios – sanções da OEA contra Cuba e da CEE contra a Argentina – servem, pois, de alerta quanto à necessidade do estabelecimento, com clareza, das bases “constitucionais” para a aplicação de sanções por um organismo internacional contra um Estado.

5. Uma objeção desta natureza não poderia, no entanto, ser levantada pela África do Sul contra as Nações Unidas, pois as bases “constitucionais” para a aplicação de sanções (capítulo VII) encontram-se claramente consignadas na Carta da ONU. No sistema das Nações Unidas, é o artigo 39 da Carta que atribui ao Conselho de Segurança o poder de constatar a existência de uma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e formular recomendações ou tomar decisões que permitam manter ou restabelecer a paz e segurança internacionais; a este dispositivo se agregam os artigos 41 e 42, referentes às medidas que o Conselho de Segurança pode tomar. As chamadas “medidas provisórias” – que não prejudicam direitos ou pretensões, nem a situação das partes interessadas – estão previstas no artigo 40. Acrescenta o artigo 25 que os Estados-membros da ONU “concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança”, pelo que estabelece o caráter obrigatório das referidas decisões do Conselho sob este dispositivo. Contrastam tais *decisões* do Conselho de Segurança (artigo 25) com as *recomendações* da Assembléia Geral (artigos 10 a 14), uma vez que estas últimas, diferentemente das primeiras, não têm caráter mandatório, mas nem por isso estão desprovidas de efeitos jurídicos⁷.

6. A rigor, as únicas decisões realmente *mandatórias*, além das mencionadas decisões do Conselho de Segurança sob o artigo 25 da Carta da ONU, são as resoluções relativas à estrutura *interna* da Organização: aqui se tomam decisões *mandatórias* pela ação conjunta da Assembléia Geral com recomendação prévia positiva do Conselho de Segurança (em questões “internas” como admissão, suspensão e expulsão de membros, e nomeação

⁷ L. Cavaré. Les sanctions dans le cadre de l'ONU, 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1952, p. 243-288; F. A. Vallat. The Competence of the United Nations General Assembly, 97 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1959, p. 207-287.

do Secretário-Geral)⁸. Em seu Parecer de 1971 no *caso da Namíbia*, a Corte Internacional de Justiça esclareceu que a aplicação do artigo 25 da Carta não se limitava às medidas coercitivas adotadas sob o capítulo VII; o artigo 25, assim, foi colocado não no capítulo VII, mas seguindo-se ao artigo 24. Para a Corte, os capítulos VI, VII, VIII e XII constituíam *lex specialis* e o artigo 24 (sobre funções e poderes do Conselho de Segurança) continha a *lex generalis*, e as resoluções adotadas sob este último eram obrigatórias para todos os membros da ONU⁹.

7. A esse respeito, o *caso da África do Sul* serve aqui de pertinente ilustração. A questão do *apartheid*, pela primeira vez discutida nas Nações Unidas em 1952, permaneceu, juntamente com a questão do *status* internacional da África do Sudoeste, na agenda dos órgãos políticos da ONU por diversos anos; em 1960, não apenas a Assembléia Geral, mas também o Conselho de Segurança passou a discuti-la. Já então ficou claro que a ação do Conselho no caso não decorria dos poderes concretos estatuídos nos capítulos VI e VII da Carta, mas baseava-se antes nos poderes gerais do Conselho de acordo com os artigos 1, 24 e 25 da Carta. O Conselho reconheceu sua própria competência para agir em prol da manutenção da paz por meio de decisões tidas como obrigatórias mesmo fora dos procedimentos especificados no capítulo VII da Carta¹⁰. A partir de então (1961 em diante), o campo estava aberto para a imposição de sanções à África do Sul (ruptura de relações diplomáticas, restrições às comunicações por via marítima e aérea, boicote econômico e embargo de armas), aumentando a pressão (de alguns delegados africanos e asiáticos) para a aplicação de sanções sob o capítulo VII da Carta com base no argumento de que o *apartheid* constituía uma ameaça à paz mundial¹¹.

8. No celebrado Parecer de 1971 no *caso da Namíbia*, a Corte Internacional de Justiça foi enfática ao afirmar que a terminação do mandato

⁸ Jorge Castañeda. *Legal Effects of United Nations Resolutions*. NY: Columbia University Press, 1969, p. 22-116.

⁹ Rosalyn Higgins. The Advisory Opinion on Namibia: Which U.N. Resolutions Are Binding under Article 25 of the Charter?, 21 *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, p. 270-286.

¹⁰ Ademais, a determinação pela Assembléia Geral – em relação à questão da África do Sudoeste – de que a África do Sudoeste não cumpriria as obrigações do mandato levou à revogação deste, e à gradual realização do objetivo do auto-governo ou independência da Namíbia. J. Castañeda, *op. cit. supra* n° (8), p. 75-76 e 128.

¹¹ O.Y. Asamoah. *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*. The Hague: M. Nijhoff, 1966, p. 206-208.

e a declaração da ilegalidade da presença sul-africana na Namíbia se impunham *erga omnes*, a todos os Estados, e requeriam a ação dos Estados-membro da ONU, pois tal determinação obrigatória por um órgão competente da ONU (Resolução nº 276 (1970) do Conselho de Segurança) da ilegalidade de uma situação não poderia “ficar sem consequência”¹². Sobre a questão do *apartheid*, sucederam-se diversas resoluções, tanto do Conselho de Segurança quanto da Assembléia Geral, que levaram a África do Sul ao isolamento diplomático e evidenciaram sua posição juridicamente indefensável de resistência aos reclamos das Nações Unidas. A recente Resolução nº 566 (1985) do Conselho de Segurança, referente à questão na Namíbia e mencionando também a questão do *apartheid*, considera a adoção de medidas coercitivas, inclusive as do capítulo VII, contra a África do Sul¹³. Tal referência explícita às sanções mandatórias do capítulo VII não tem sido freqüente, mas constou também da Resolução nº 418 (1977) do Conselho, que determinou o embargo mandatório de venda de armas (e material militar relacionado) à África do Sul. A estas se somam outras resoluções recentes do Conselho¹⁴, a mais recente das quais, até o presente, a Resolução nº 569 (1985), condena com veemência o sistema do *apartheid* (ante o agravamento da situação na África do Sul) e conclama uma vez mais os Estados-membros da ONU e aplicarem, além de medidas coercitivas voluntárias já adotadas, novas sanções contra a África do Sul (e.g., suspensão de novos investimentos, proibição de vendas de certos equipamentos e de novos contratos no campo nuclear, restrições no campo das relações esportivas e culturais)¹⁵.

¹² CIJ. Parecer sobre a *Namíbia*, de 21.6.1971, *ICJ Reports* (1971) p. 40-42 e 44.

¹³ A Resolução nº 566 (1985) do Conselho de Segurança relembra suas resoluções anteriores, 269 (1969), 276 (1970), 301 (1971), 385 (1976), 431 (1978), 432 (1978), 435 (1978), 439 (1978), 532 (1983) e 539 (1983); relembra, ademais as Resoluções nº 1514 (XV) de 1960, e nº 2145 (XXI) da Assembléia Geral; ONU. Doc. S/RES/566 (1985), p. 1-3.

¹⁴ A Resolução nº 567 (1985) condena a agressão a instalações petrolíferas na província de Cabinda, Angola, e determina o direito angolano de reparação de danos; relembra suas resoluções anteriores, 387 (1976), 418 (1977), 428 (1978), 447 (1979), 454(1979), 475 (1980), 545 (1983) e 546 (1984); ONU, doc. S/RES/567(1985), p. 1-2. A Resolução nº 568 (1985) condena o ataque militar à capital de Botswana e estabelece o direito desta de reparação de danos; reafirma, ademais, o direito de Botswana de abrigar as vítimas do regime de *apartheid* que para lá afluem; ONU, doc. S/RES/568(1985), p. 1-2.

¹⁵ ONU, doc. S/RES/569 (1985), de 14.8.1985, p. 1-2.

III. *Classificação e Implementação de Sanções no Plano Internacional*

9. As sanções no plano internacional têm sido examinadas à luz de distintos métodos de classificação. Exemplo de sanção direta ou imediatamente aplicada é fornecido pela suspensão geral de um Estado-membro de uma organização internacional (e.g., suspensão de Cuba da OEA, 1962; suspensão da Grécia do Conselho da Europa, 1969). Têm-se distinguido as sanções econômicas seletivas e globais (ambas aplicadas à antiga Rodésia, em 1966 e 1968-1970, respectivamente), e, mais amplamente, as sanções *voluntárias* (recomendadas por órgãos internacionais) e *mandatórias* (a exemplo das ditadas pelo Conselho de Segurança da ONU sob o capítulo VII da Carta para lidar com uma ameaça à paz)¹⁶. Quaisquer que sejam, porém, a função e o grau de intensidade de atuação de uma organização internacional, as sanções não são *self-executing*, e sua aplicação ou implementação – como o demonstram claramente, e.g., as sanções sob o capítulo VII da Carta da ONU – conta em última análise com o indispensável concurso dos Estados¹⁷; surgem aqui prontamente dificuldades práticas, dados os distintos graus de resposta ou disposição em cumprir as sanções por parte dos Estados individualmente, a possibilidade de tentarem evitar ou adiar decisões quanto à implementação face aos riscos e custos envolvidos e possíveis desacordos quanto aos próprios métodos de implementação das decisões¹⁸.

10. Já na era na Liga das Nações, quando da aplicação de sanções à Itália em 1935, os Estados tomaram “medidas de ordem legislativa ou regulamentar” naquele propósito¹⁹. Na atualidade, medidas do gênero

¹⁶ D. Ruzié, *Organisations internationales et sanctions internationales*. Paris: Libr. A. Colin, 1971, p. 27-38 e 78-85; M.P. Doxey, *op. cit.*, *supra* nº (4), p.66; L.T. Kapungu, *The United Nations and Economic Sanctions against Rhodesia*. Lexington/Mass.: Lexington Books, 1973, p. 48-54; J. W. Halderman, Some Legal Aspects of Sanctions in the Rhodesian Case, 17 *International and Comparative Law Quarterly*. 1968, p. 686-688, 693 e 696. Para a distinção entre sanções *imediatas* (que produzem efeitos em virtude da própria resolução, no seio da organização internacional) e sanções *mediatas* (que passam pela ação de agentes de execução, cf. J. Combacau, *op. cit.*, *infra* nº (17), p. 353-354.

¹⁷ Jean Combacau. *Le pouvoir de sanction de l'ONU – Étude théorique de la coercition non-militaire*. Paris: Pedone, 1974, p. 192-202; D.Ruzie, *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 125.

¹⁸ C. Lloyd Brown-John. *Multilateral Sanctions in International Law – A Comparative Analysis*. NY: Praeger, 1975, p. 362 e 378-381; M.P. Doxey, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 91.

¹⁹ D. Ruzié, *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 125.

permanecem necessárias, pois nem mesmo as resoluções mandatórias do Conselho de Segurança, sob o artigo 25 da Carta da ONU, são *self-executing*:

*They depend for their implementation on the legislative and executive instruments of States and for their enforcement on the administrative and judicial machinery of the States*²⁰.

O direito interno de alguns Estados faculta ao Executivo promulgar *executive orders* para implementar sanções mandatórias decididas pelo Conselho de Segurança da ONU. Também se aventou a possibilidade de utilização pelos Estados de suas leis comerciais para a implementação de medidas coercitivas. Em maio de 1969, exatamente um ano após a adoção pelo Conselho de Segurança da Resolução nº 253 (1968), o Parlamento sueco, mediante aprovação da legislação nº SFS 1969:232, possibilitou a implementação integral da referida resolução do Conselho de Segurança (sanções mandatórias globais contra a Rodésia). Na França, foi o Decreto nº 68-759, de 23.8.1968, que tornou aplicáveis naquele país as sanções generalizadas contra a Rodésia previstas na Resolução nº 253 (1968) do Conselho de Segurança; anteriormente, a implementação das disposições da Resolução nº 232 (1966) do Conselho de Segurança (também sanções contra a Rodésia) se efetuara por meio de um simples aviso, aos importadores e exportadores, publicado no *Journal Officiel* de 27.2.1967 (p. 1999)²¹ (cf. também *infra*).

11. A estas medidas, de incorporação do ato de sanção ao ordenamento interno dos Estados, se soma o indispensável sistema de controle ou supervisão internacional de aplicação do programa de sanções; no *caso da Rodésia*, coube a tarefa ao Comitê de Sanções do Conselho de Segurança da ONU, que lidava com os casos de supostas violações de sanções de preferência a nível diplomático, sem excluir a publicidade de casos de evasão de sanções²². No caso da *apartheid* na África do Sul, às diversas resoluções, a respeito, da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança, dispondo sobre sanções, agregam-se as medidas, semelhantes, de incorporação, adotadas pelos Estados, além do trabalho de supervisão internacional a cargo

²⁰ L.T. Kapungu, *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 83.

²¹ L. T. Kapungu. *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 50-51; D. Ruzié, *op. cit.*, *supra* nº (16), p.126, também para a promulgação de *textes législatifs ou réglementaires* naquele propósito.

²² L. T. Kapungu, *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 131, 134 e 136.

do Comitê Especial (das Nações Unidas) contra o *Apartheid* (cf. *infra*), e da existência de tratados como as Convenções Internacionais sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965 – na qual o Brasil é Parte) e sobre a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid* (1973), e o Projeto de Convenção Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes.

IV. *Medidas Contra o Apartheid: Diretrizes do Governo Brasileiro*

12. No Brasil, o recente Decreto presidencial nº 91.524, de 9.8.1985, publicado no *Diário Oficial* de 13.9.85, dispõe sobre a imposição de sanções à África do Sul. Em sua parte preambular, *inter alia* caracteriza o *apartheid* como uma ameaça à paz internacional; refere-se a resoluções da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança, particularmente as Resoluções nº 473 (1980), nº 558 (1984), nº 566 (1985) e nº 569 (1985) do Conselho, singularizando a Resolução nº 418 (1977) sobre embargo mandatório sobre a venda de armas para a África do Sul, que o Brasil vem respeitando; recorda, ainda, apolítica que o Brasil vem seguindo – como recomendado pela ONU – de restringir “todos os contatos esportivos, culturais e artísticos com a África do Sul”. Em sua parte operativa, o referido decreto *proíbe* “quaisquer atividades que caracterizem intercâmbio cultural, artístico ou desportivo com a África do Sul”, assim como a exportação de petróleo e combustíveis derivados, e o fornecimento de armas (e material correlato de qualquer tipo) à África do Sul.

13. As diretrizes do Governo brasileiro, no mesmo sentido, em muito antecedem, no entanto, o recente decreto presidencial, como o demonstra a documentação constante dos arquivos da Divisão das Nações Unidas (DNU) e da Divisão da África-II (DAF-II) do Itamaraty (*infra*). A cessação do intercâmbio esportivo do Brasil com a África do Sul, em particular, forma objeto de correspondência entre o MRE e o MEC (cf. *infra*) que também antecede o referido ato presidencial. Passemos em revista os principais antecedentes.

14. Há precisamente uma década, quando da visita a Brasília da missão especial do Comitê contra o *Apartheid*, anunciou o Governo brasileiro uma contribuição de 10 mil dólares para o fundo de informação sobre o *apartheid*, ao mesmo tempo em que, na XXIX Assembléia Geral da ONU, votava favoravelmente todas as resoluções contra o *apartheid*. Em meados

dos anos 70 o Brasil já reconhecera os movimentos de libertação nacional tidos como tais pela Organização da Unidade Africana (Swapo, ANC, *Pan-African Congress* e Frente Patriótica do Zimbábue). Em 1977, dentre as medidas adotadas pelo Brasil contra o *apartheid*, figuravam a proibição da realização no futuro da regata Capetown-Rio de Janeiro, a decisão de não vender quaisquer equipamentos militares ou para-militares à África do Sul (consoante a Resolução nº 418 (1977) do Conselho de Segurança da ONU), o não-reconhecimento do Transkei e o repúdio à política de bantustões promovida pela África do Sul. Até o início da década de 1980, e desde então até o presente, o Brasil continuou obedecendo o embargo de venda de armas para a África do Sul e evitando contatos de natureza cultural ou esportiva e qualquer cooperação técnica, consoante resoluções da Nações Unidas votadas favoravelmente pelo Brasil. A solidariedade brasileira à condenação internacional ao *apartheid* refletia uma reafirmação dos valores próprios ao Brasil, vez que o *apartheid* constitui a negação dos princípios em que se baseia a nacionalidade brasileira.

15. Durante o primeiro meado de década de 1980 o quadro não se alterou. O Brasil condenou a presença ilegal da África do Sul na Namíbia (recordando a Resolução nº 435 (1978 do Conselho de Segurança), votando a favor da resoluções das Nações Unidas que expressavam esta condenação, e, em comunicados conjuntos assinados no biênio 1983-1984, sobretudo com países africanos, voltou a caracterizar o *apartheid* como uma ameaça à paz. Manteve o Brasil as medidas (supracitadas) que adotara contra o *apartheid*: no tocante ao desestímulo de relacionamento cultural e esportivo com a África do Sul, foi, e.g., efetivamente proibida a realização da regata Capetown-Rio de Janeiro; foi, ademais, proibido o ingresso de artistas e esportistas sul-africanos no Brasil; o repúdio à política dos bantustões promovida pela África do Sul foi reiterado, e ao não-reconhecimento do Transkei se somou o não-reconhecimento do Bophuthatswana e do Venda. Na aplicação destas medidas contra o *apartheid*, cumpre destacar alguns episódios.

V. *Prática Brasileira de Aplicação de Medidas Contra o Apartheid*

1. *Proibição da Realização da Regata Capetown-Rio de Janeiro, 1977*

16. Quando dos preparativos para a regata Capetown-Rio de Janeiro (1975-1977), informou o Itamaraty ao Chefe do Estado-Maior da

Armada que “do ponto de vista da política externa brasileira, conforme decisão superior, deve ser evitada a participação indireta de navio de guerra sul-africano na competição, como também que a regata tenha seu término em porto brasileiro e mesmo que barcos brasileiros dela participem” (Ofício SG/51, de 3.10.1975). Em telegrama (nº 77, de 18.7.1977) à Embaixada do Brasil em Pretória, a Secretaria de Estado comunicou que “ a decisão do Governo brasileiro continua sendo de não permitir que o Rio de Janeiro, ou qualquer outro porto nacional, venha a ser utilizado como escala pelos participantes da competição; de desestimular a inclusão, *mesmo a título particular*²³, de iatistas brasileiros na regata internacional; e de proibir qualquer representação brasileira de caráter oficial nesse certame”. Enfim, em novo telegrama (nº 128, de 27.10.1977), a Secretaria de Estado informou à Embaixada do Brasil em Pretória a proibição da realização da regata Capetown-Rio de Janeiro e de “*todos os tipos* de intercâmbio esportivo com a África do Sul”²⁴; instruiu, ademais, que não deveria ser concedido qualquer tipo de visto a cidadãos sul-africanos que pretendessem participar da regata Buenos Aires-Rio de Janeiro. A proibição foi, pois, peremptória.

2. *Campeonatos de Hobie Cat 14, 1981: Denegação de Vistos*

17. Em 1981, em resposta a solicitação da Federação de Vela e Motor do Ceará, o Itamaraty se opôs a participação sul-africana em campeonatos de *Hobie Cat 14*: na ocasião, a Divisão de Difusão Cultural (DDC) do MRE opinou que não estava claro que se tratava de evento de iniciativa de entidade internacional, e que o assunto devia ser tramitado através do Conselho Nacional dos Desportos (CND) do MEC. Já a DAF-II do MRE opinou pela proibição da participação de sul-africanos no evento, lembrando precedente em que haviam sido denegados vistos a dois sul-africanos que pretendiam participar de campeonato de *Hobie Cat* em Fortaleza (também em 1981); nessa época, o secretário de Cultura e Desporto do Ceará prontificou-se a alertar os organizadores do campeonato para que não aceitassem inscrições de cidadãos da África do Sul.

²³ Ênfase acrescentada.

²⁴ Ênfase acrescentada.

3. *Rally do Brasil, 1982: Denegação de Vistos*

18. Em 1982, os organizadores brasileiros das provas do *Rally* do Brasil contactaram o Itamaraty (DAF-II), insistindo na presença de sul-africanos para “reforçar a importância da prova”. Muito embora os vistos não tivessem sido ainda concedidos aos pilotos sul-africanos, os organizadores da prova argumentaram com base em uma pretensa situação consumada: o automóvel sul-africano fora embarcado por via aérea e já se encontrava no Rio de Janeiro, e os pilotos daquela nacionalidade já haviam sido inscritos. Contudo, a África do Sul não participara de nenhuma das sete provas do campeonato mundial daquela modalidade anteriormente realizadas. Apesar da insistência dos organizadores das provas, foram os vistos denegados aos cidadãos sul-africanos, em virtude de “obediência pelo Brasil ao boicote esportivo internacional contra a África do Sul”; foi providenciado o transporte do automóvel da equipe de volta a Joanesburgo (Telegrama 193, de 30.7.1982, da Embaixada do Brasil em Pretória para a Secretaria de Estado).

4. *Proibição da Participação de Clubes Brasileiros em Campeonato de Futebol em Bophuthatswana, 1985*

19. Em fins de abril de 1985 foi anunciado na imprensa que as equipes de futebol do São Paulo e do Santos estariam planejando realizar jogos na África do Sul em dezembro, e dirigentes e jornalistas esportivos fariam uma visita prévia em julho. Os jogos se realizariam em Bophuthatswana, em comemoração dos “seis anos de independência daquele país”. A programação foi anunciada como fato consumado, vez que “já estaria assinado contrato com representante do Presidente do Bophuthatswana”. A reação do Itamaraty foi imediata. Por sugestão da Divisão das Nações Unidas (DNU) do MRE, foi encaminhado Aviso ao ministro da Educação (em 23.5.1985) em que o Ministério das Relações Exteriores reiterou repúdio à política bantustões na África do Sul²⁵ – locais de fixação forçada da população

²⁵ Em Informação ao Presidente da República de 26.11.1979, o Itamaraty já alertava para a condenação internacional da política de bantustões, pela qual se concedia uma “independência” fictícia às antigas reservas tribais (que constituíam 13% do território do país), em terras geralmente de escassa fertilidade; desse modo, grande parte da população negra passaria a ser nacional dessas reservas ou bantustões e se tornaria estrangeira em território sul-africano propriamente dito. Para um estudo recente, cf. R.J. Southall, “Independence for the Transkei: Mystification and Diversion in the Model Bantustan”, *Southern Africa since the Portuguese Coup*. (ed. J. Seiler), Boulder/Colorado: Westview, 1980, p. 137-154.

negra daquele país, – enfaticamente condenada pelas Nações Unidas. Dado o não-reconhecimento dos banstustâes como Estado, seus territórios continuam a ser considerados para todos os efeitos como território sul-africano²⁶. Sendo assim, a atuação dos futebolistas brasileiros no Bophuthatswana seria vista com se tendo realizado na África do Sul, em oposição às reiteradas resoluções das Nações Unidas apoiadas pelo Brasil para a cessação de todos os contatos esportivos com aquele país²⁷, e provocaria reações negativas em países com os quais o Brasil mantém relações de amizade, além de interpelações em órgãos multilaterais. Conseqüentemente, concluiu o Aviso do Itamaraty ao ministro de Educação que seria “aconselhável *proibir*”²⁸ tanto a programada excursão dos clubes de futebol brasileiros àquele bantustão quanto a visita prévia de dirigentes e jornalistas esportivos. Deveriam, ademais, ser alertados preventivamente, através do Conselho Nacional de Desportos, os organismos esportivos de São Paulo, assim como as federações e confederações esportivas de todo o país, sobre “a posição firmemente contrária do Governo brasileiro na matéria, em vista da nossa posição nas Nações Unidas sobre o assunto”. No caso, a proibição contou, a seu favor, com o mecanismo previsto no Decreto nº 80.228, de 28.8.1977, que estabelece (artigo 91) a necessidade de autorização prévia do Conselho Nacional de Desportos para qualquer participação de clubes (entidades desportivas) brasileiros em torneios internacionais (cf. também *infra*).

5. *Cessação do Intercâmbio Esportivo com a África do Sul: Correspondência entre os Ministérios das Relações Exteriores e da Educação*

20. Com efeito, houve outras ocasiões em que a cessação do intercâmbio esportivo do Brasil com a África do Sul foi objeto de correspondência oficial entre os ministérios das Relações Exteriores e da Educação e Cultura. Já em 10 de abril de 1979, informação do Itamaraty para o Presidente da República sobre a posição do Brasil de “evitar contatos esportivos de toda ordem” com a África do Sul em razão do regime de

²⁶ A política de banstustâes tem ademais servido à África do Sul de artifício para negar à população negra a cidadania sul-africana. Tem sido enfaticamente condenada a partir da XXVI Assembléia Geral das Nações Unidas (1971), Resolução nº 2775E. Não há registro de que qualquer país haja reconhecido os bantustâes como Estado.

²⁷ Consolidadas na Resolução nº 32/105M, da XXXII Assembléia Geral (1977), adotada com o voto favorável do Brasil.

²⁸ Ênfase acrescentada.

apartheid, destacava, no plano nacional, a legislação brasileira que prevê penas para a prática de atos de discriminação racial, e, no plano internacional, o apoio do Brasil às resoluções das Nações Unidas que visam à eliminação da política de *apartheid*²⁹. Em aviso (nº 96) de 8 de maio de 1980 ao Ministério da Educação e Cultura, o Ministério das Relações Exteriores relatou que às vésperas do início do torneio internacional de tênis *II Grand Smash Cup*, organizado pela empresa Koch-Tavares com a colaboração da Confederação Brasileira de Tênis e da Federação Paulista de Tênis, foram solicitados vistos para três desportistas, participantes do evento, de nacionalidade sul-africana, insistindo-se que “já haviam sido aqueles profissionais contratados e sua presença no torneio divulgada pela empresa organizadora que apresentava, assim, uma situação consumada”. No caso, foi a concessão de vistos “autorizada a título excepcional”, para evitar o cancelamento do torneio; não obstante, recordou o MRE que a “cessação completa de todas as formas de intercâmbio esportivo com a África do Sul” era umas das medidas previstas em resoluções da Assembléia Geral da ONU adotadas com voto favorável do Brasil. Assim, o MRE contava com a assistência do MEC no sentido de estabelecer junto às entidades responsáveis por assuntos esportivos um prazo mínimo para solicitação de realização de eventos ao Conselho Nacional de Desportos, delas requerendo

o estrito cumprimento das diretrizes governamentais referentes à cessação de qualquer intercâmbio esportivo com a África do Sul.

Dessa maneira, seriam alertados autoridades e empresários desportivos para a necessidade de evitar o surgimento de futuras ocasiões em que se torne inevitável recorrer à denegação de vistos à última hora para impedir o descumprimento das diretrizes do Governo sobre a matéria.

21. Em novo Aviso (nº 91), de 25 de junho de 1981, ao Ministério da Educação e Cultura, o Ministério das Relações Exteriores, ao recordar que “um dos meio de pressão” sobre o regime sul-africano era o de cessação de contatos na área de esportes, voltou a insistir na necessidade – em

²⁹ Com relevo para a Resolução nº 32/105 M(1977) da Assembléia Geral da ONU, proclamando a Declaração Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes (cf. *infra*), adotada com voto favorável do Brasil.

conseqüência das posições assumidas pelo Governo brasileiro – de envidar todos os esforços para dissuadir os desportistas nacionais de manter contatos com desportistas sul-africanos, para tal contando necessariamente com a colaboração do Conselho Nacional de Desportos, assim como das confederações especializadas existentes no país. Em sua resposta (Aviso nº 537), de 6 de agosto de 1981, o Ministro da Educação e Cultura comunicou ao MRE que solicitara que a Secretaria de Educação Física e Desportos do MEC “alertasse as federações e confederações esportivas para a observância da posição do Governo brasileiro na matéria.”

6. *Supervisão e Listas do Comitê Especial (das Nações Unidas) Contra o Apartheid no Tocante ao Brasil*

22. No já mencionado episódio do *Rally do Brasil*, 1982 (cf. *supra*), ao tomar conhecimento da decisão do Governo brasileiro de denegar vistos aos desportivos sul-africanos, o Comitê Especial (das Nações Unidas) contra o *Apartheid* agradeceu ao Governo brasileiro por esta ação de “firme apoio” na luta contra o *apartheid*. Em outras ocasiões, no entanto, desportistas brasileiros que participaram de eventos na África do Sul figuraram nas listas do referido Comitê. Por ocasião da Conferência Internacional de Sanções contra a África do Sul (Paris, maio de 1981), organizada pela OUA junto com a ONU, relembrou o Brasil as medidas que vinha dotando, a saber: não-concessão de vistos de entrada no Brasil a autoridades civis e militares sul-africanas, embargo de armas consoante a Resolução nº 418 (1977) do Conselho de Segurança (pelo que era “inconcebível” qualquer forma de vinculação militar ao Governo sul-africano), proibição da entrada de desportistas e da realização da regata Capetown – Rio de Janeiro, acompanhamento “com interesse” do trabalho inicial de redação do projeto de Convenção Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes, contribuição regular – em cerca de 50 mil dólares – para os diversos fundos existentes (dentre os quais o Fundo de Publicidade contra o *Apartheid*, o Fundo para a Namíbia). Mesmo assim, foi publicado relatório de contatos com a África do Sul, em que, na área de esportes, o Brasil foi citado pela participação, *ainda que de caráter privado*, dos automobilistas Nelson Piquet e Francisco Serra em corrida de automóveis em Kyalami (fevereiro de 1981), e também pela participação, *ainda que a título pessoal*, dos tenistas Marcos Hocevar e

Thomas Koch no torneio *Standard Bank*, em Johannesburgo (dezembro de 1980) (cf. Aviso nº 91, de 25.6.1981, do MRE ao MEC).

23. Em junho de 1984, o Comitê Especial contra o *Apartheid*, repetindo prática adotada nos últimos anos, divulgou nova lista consolidada de esportistas e equipes que participaram de eventos na África do Sul, citados por país de origem. O Brasil voltou a figurar na lista, tendo sido citados (períodos de 1.9.1982 a 31.12.1983): Raul Boesel, Nelson Piquet e Francisco Serra (automobilismo); Marcos Hocevar, Carlos Kirmayr, Thomas Koch e Cassio Mota (tênis); Pepe Lopes (asa delta) (cf. Telegrama nº 817, de 7.6.1984, da Delbrasonu para Exteriores). Em 1983, sob os auspícios do Comitê Especial contra o *Apartheid*, realizou-se em Londres a Conferência Internacional sobre Boicote de Esportes contra a África do Sul (em que o Brasil se fez representar por observador); este foi um dos muitos passos do Comitê, no exame constante que efetua da implementação da Declaração Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes, contida na Resolução nº 32/105 M (1977) da Assembléia Geral das Nações Unidas, adotada com o voto favorável do Brasil.

24. Esta Declaração, que tem sido a base da implementação de muitas das sanções aplicadas à África do Sul na área de esportes, prevê medidas como o não-patrocínio oficial e a “cessação total” de contatos esportivos com qualquer país que pratique o *apartheid* (artigo 2), a exclusão ou expulsão de qualquer país que pratique o *apartheid* de órgãos esportivos regionais e internacionais (artigo 3) assim como o “boicote total” de equipes ou esportistas (artigo 4), a denegação de vistos de entrada a equipes ou esportistas de países que pratiquem o *apartheid* (artigo 6), a cooperação com organizações e movimentos contra o *apartheid* (artigo 8). A Declaração dispõe ainda sobre a adoção pelos Estados de regulamentos e diretrizes nacionais contra participação em eventos esportivos em qualquer país que pratique o *apartheid* e de medidas executivas para garantir o cumprimento de tais diretrizes (artigo 7), assim como sobre a adoção de medidas contra suas equipes ou esportistas que participarem – coletiva ou individualmente – em eventos esportivos em qualquer país que pratique o *apartheid* (artigo 5).

7. Outras Restrições nas Relações com a África do Sul em Áreas Distintas

25. Com efeito, não se têm restringido à área de esportes as restrições impostas pelo Brasil nas relações com a África do Sul. Em março de 1981,

em resposta a solicitação do Comitê Nacional brasileiro do Cigré (Conferência Internacional de Grandes Circuitos Elétricos de Alta Tensão) de vistos para a delegação sul-africana à XXXIII Reunião da Comissão de Estudos do Cigré, a realizar-se no Brasil, o Itamaraty adiantou que não encorajava a participação sul-africana em reuniões de organizações, “*ainda que não-governamentais*”³⁰, celebradas no Brasil, consoante resoluções das Nações Unidas seguidas pelo Brasil nos últimos anos. No caso, considerava o MRE que a concessão de vistos à delegação sul-africana à referida reunião “não era recomendável” e aconselhável, em função da posição do Brasil na matéria, dos interesses brasileiros no plano internacional e dos reflexos internacionais negativos (que acarretaria a concessão dos vistos).

26. Em julho de 1980, ante a possibilidade de apresentação ou representação de propostas sul-africanas de cooperação ou intercâmbio com o Brasil em matéria energética ou de mineração (em áreas como a do aproveitamento do carvão), o MRE solicitou ao Ministério das Minas e Energia (Aviso de 28.7.1980) que alertasse as entidades e empresas a ele subordinadas para que “não iniciem negociações nem reajam positivamente a iniciativas que possam ter o respaldo do Governo de Pretória”. Em telegrama de 27 de abril de 1981 à Embaixada do Brasil em Pretória, a Secretaria de Estado esclareceu que a venda de aeronaves à África do Sul, ainda que classificadas estas como civis, seria “contrária ao espírito e à letra das resoluções da ONU sobre embargo de fornecimento de equipamento militar àquele país”³¹, vez que tais aeronaves poderiam “facilmente ser transformadas em meios de transporte militar”. Mais recentemente, em 12 de junho de 1985, comunicou o Itamaraty (Departamento da África) à Embrapa (Assessoria de Cooperação Internacional) que considerava “inconveniente” que o Brasil se fizesse representar (pelo Centro de Pesquisa Agropecuária do Cerrado da Embrapa) no Simpósio Internacional de Engenharia Agrícola, a realizar-se em Pretória em janeiro de 1986, dado que, em cumprimento a resoluções das Nações Unidas – apoiadas pelo Brasil – de condenação ao sistema do *apartheid*, “o Governo brasileiro

³⁰ Ênfase acrescentada; cf. Informação do MRE para o Presidente da República, de 27.5.1981.

³¹ Resolução nº 418 (1977) do Conselho de Segurança, sobre proibição de venda de material militar (inclusive veículos de transporte); Resolução nº 35/206B (1980) da Assembléia Geral, recomendando embargo sobre aeronaves.

tem-se absterido de estimular iniciativas sul-africanas na área da cooperação técnica, tecnológica, científica ou cultural”³².

VI. *Considerações Finais: Sanções e Contratos; Efeitos e Alcance da Implementação de Sanções Contra o Apartheid*

27. Conforme já indicado, na implementação de sanções têm os Estados tomado medidas visando sua incorporação ao ordenamento interno, por não serem as sanções *self-executing* (cf. *supra*). No caso da Rodésia (1966-1970), em resposta a uma solicitação em 1968 do Secretário-Geral da ONU, 60 países encaminharam informações acerca das medidas tomadas para assegurar a eficácia das sanções previstas em resoluções do Conselho de Segurança (tais como decretos e medidas legislativas, no Brasil – Decreto nº 62.980 de 12.6.1968 – Chile, Dinamarca, Equador, Finlândia, Quênia, Madagascar, Estados Unidos, Malásia)³³. No ano anterior (1967), 72 Estados encaminharam respostas a solicitação semelhante do Secretário-Geral da ONU, alguns dos quais relatando que não mantinham relações comerciais – ou de outra natureza – com a Rodésia, e a maioria dos quais indicando que haviam tomado ou estavam iniciando as medidas legislativas necessárias para assegurar o “cumprimento pleno” das resoluções do Conselho de Segurança (baseadas nos artigos 39, 41 e 25 da Carta das Nações Unidas).³⁴

28. No caso, uma das maiores dificuldades encontradas pelo Comitê de Sanções do Conselho de Segurança foi precisamente a de garantir o alcance da aplicação das sanções também às relações entre particulares (comerciais e outras); constatou o Comitê, por exemplo, que continuava a imigração de europeus à Rodésia, e que muitos Estados não lograram impedir que seus nacionais mantivessem relações comerciais com a Rodésia ou utilizassem seus navios ou aviões para este fim³⁵.

³² Acrescentou a correspondência do MRE que “qualquer flexibilidade nessa posição exporia o Brasil a críticas do Comitê Especial contra o *Apartheid*, que acompanha de perto todos os eventos dessa natureza realizados na África do Sul”.

³³ Cf. ONU, docs. S/8786 e Add. 1, in: 23 *Security Council Official Records* (1968) Suppl. (julho/set. 1968), p. 153-231; cf. também ONU, docs. S/8786/Add. 2-4, in: *ibid.*, Suppl. (out.-dez.1968), p. 33-48.

³⁴ ONU, doc. S/7781 e Add. 1-2, in: 22 *Security Council Official Records* (1967) Suppl. (jan.março 1967), p. 74-178.

³⁵ D. Ruzié, *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 150.

Viu-se, assim, o Comitê, diante do

*serious problem of sanctions evasion carried on by firms and individuals in States which are officially committed to participation in the sanctions policy. The Sanctions Committee is powerless to do more than publicize cases of non-participation, and it has limited capability to detect and follow up instances of sanctions-breaking*³⁶.

29. Tais dificuldades têm-se estendido igualmente aos pedidos de indenização por supostos prejuízos sofridos em decorrência da aplicação de sanções. Recorde-se, por exemplo, que Portugal reclamou, em vão até 1970, de prejuízos sofridos em Moçambique devido às sanções, e particularmente ao bloqueio de Beira; chegou a solicitar às Nações Unidas uma indenização inicialmente calculada em 10 milhões de libras esterlinas, depois elevada para 28,5 milhões de libras esterlinas³⁷, – mas tais pretensões naturalmente só poderiam ser satisfeitas com base em novas resoluções do Conselho de Segurança nesse sentido. No presente caso das sanções contra o *apartheid* na África do Sul, não é de se surpreender que também tenham surgido queixas de quem se julgue por elas adversamente afetado. Assim, no Brasil, a “Supplies Promoções e Empreendimentos Ltda.”, que agenciara contrato para a apresentação de músicos brasileiros em Bophuthatswana, África do Sul, queixou-se há dias de prejuízos que tivera com o cancelamento do contrato assinado com empresários sul-africanos (*Latin American Promotions Ltda.*, em Joanesburgo), face às medidas do Decreto nº 91.524 de agosto de 1985 (*supra*).

30. A argumentação da “Supplies” segue a mesma linha de reclamações em casos anteriores, sempre pretendendo apresentar uma situação consumada ou *fait accompli* (e.g., *inter alia*, no episódio do Campeonato de Futebol em Bophuthatswana, a mesma alegação da existência de um contrato já assinado prevendo a participação de clubes brasileiros – *supra*). Se naquelas ocasiões o Itamaraty não se sensibilizou com alegações do gênero e não hesitou em aplicar as medidas contra o *apartheid*, com muito mais razão agora, face

³⁶ M. P. Doxey, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 117, e cf. p. 129 e 139.

³⁷ D. Ruzié, *op. cit.*, *supra* nº (16), p. 133; M.P. Doxey, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 104, e cf. p. 108-109; ONU, doc. S/7781 e Add. 1-2, *cit. supra* nº (32), p. 78-79.

ao Decreto nº 91.524 de 9 de agosto último. Ademais, as diretrizes do Governo brasileiro no presente contexto sempre foram muito claras, e em muito antecedem o referido decreto (cf. *supra*); em mais de uma ocasião se esclareceu que as restrições se impunham a eventos ou contatos *mesmo a título particular* (caso do cancelamento da regata Capetown – Rio de Janeiro, 1977 – *supra*), e as reuniões de organizações *ainda que não-governamentais* (resposta do MRE ao Comitê Nacional brasileiro do Cigré, 1981 – *supra*).

31. Assim, no presente caso, não há como pretender quaisquer tipos de indenizações junto ao Itamaraty; quem embarcou nesse último empreendimento em Bophuthatswana, aparentemente ignorando as claras diretrizes do Governo brasileiro nos últimos anos, o fez por seu próprio risco. Caso a “Supplies” pretenda obter indenizações da União, não haverá de passar despercebido a esta que o eventual levantamento da responsabilidade de Estado no caso – para fins de reparação de danos – só poderia voltar-se ao Estado que por sua conduta faltosa gerou uma situação que vem merecendo a repulsa e o opróbrio internacionais, e jamais ao Estado que fez uso de sanções *legítimas* decididas ou recomendadas pelos órgãos competentes das Nações Unidas.

32. Qualquer tipo de composição – e.g., no caso mediante a promoção de evento da *Supplies* em outros países africanos – seria puramente *à titre gracieux*, o que, além de não refletir qualquer obrigatoriedade de indenizações, se afastaria de sugestão já avançada³⁸ de penalização de tentativas de evasão de sanções nos países que as tenham aplicado. Quanto ao ponto levantado pela “Supplies” de que o contrato com empresários sul-africanos teria sido assinado em data anterior ao Decreto nº 91.524, a prática dos Estados registra exemplos de aplicação de resoluções de sanções que admitem “a nulidade dos contratos anteriores ao texto de direito interno, passando assim da aplicação imediata à retroatividade pura e simples”³⁹. É o que já ocorreu na Dinamarca (Lei de 13 de junho de 1967, seis meses após a Resolução nº 232 (1966) do Conselho de Segurança da ONU), nos Estados Unidos (*executive order* de 5 de janeiro de 1967, visando os contratos

³⁸ Cf., e.g., M.P. Doxey, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 107-108.

³⁹ J. Combacau, *op. cit.*, *supra* nº (17), p. 324 (sem especificar os tipos de contratos), e cf. também p. 350-351.

assinados mesmo antes da Resolução nº 232 do Conselho de Segurança), e na Finlândia (decreto de 26 de julho de 1968, em aplicação da Resolução nº 253 (1968) do Conselho de Segurança)⁴⁰.

33. Cabe, ademais, aqui recordar que, por meio do Decreto nº 1, de 27 de setembro de 1974, o Conselho das Nações Unidas para a Namíbia proibiu a exploração e exportação de recursos naturais da Namíbia sem sua autorização. Em consequência, diversas companhias se retiraram da Namíbia, face aos riscos criados pelo decreto. Contou este com o pronto apoio de duas resoluções da Assembléia Geral da ONU, que impediram que um ou outro Estado declarasse o referido decreto contrário a sua *ordre public*. O decreto do Conselho para a Namíbia foi tido como obrigatório, por ser um ato da “única autoridade” que podia “legislar legitimamente” em nome do território da Namíbia⁴¹. Assim, já se tem contemplado a apreensão de recursos naturais namibianos em portos mesmo fora da Namíbia, à luz do decreto (emanado de uma autoridade não inteiramente estrangeira) e com base nas resoluções das Nações Unidas requerendo o cumprimento do mesmo, e.g., com base no direito internacional *público* e não-privado⁴². Já se tem também considerado a possibilidade de fazer uso dos sistemas jurídicos nacionais de distintos países para assegurar o cumprimento de resoluções do Conselho de Segurança da ONU⁴³.

34. A primeira questão que um tribunal nacional, perante o qual se venha a invocar uma resolução das Nações Unidas, pode ter que levantar é

whether specific measures of incorporation are necessary, before it can take notice of decisions of UN organs. A comparative look at national

⁴⁰ *Ibid.*, p. 324 nº 44.

⁴¹ A posição do Conselho para a Namíbia, por ter sido criado pelas Nações Unidas e obtido apoio de quase todos os Estados, é “consideravelmente mais forte do que a de um governo no exílio”. H.G. Schermers. The Namibia Decree in National Courts, 26 *International and Comparative Law Quarterly*. 1977, p. 86-94.

⁴² *Ibid.*, p. 87 e 95-96.

⁴³ Cf. E. Lauterpacht. Implementation of Decisions of International Organizations through National Courts, in: S.M. Schwebel (ed.), *The Effectiveness of International Decisions*, The Hague: Sijthoff/Oceana, 1971, p. 57-65. E, para um estudo geral, cf. L. B. Sohn. Procedures Developed by International Organizations for Checking Compliance, in: *ibid.*, p. 51-56; W. Friedmann. *De l'efficacité des institutions internationales*. Paris: Libr. A. Colin, 1970, p. 20-143. Para a dificuldade de se assegurar, distintamente, o cumprimento de regras “emergentes” do direito internacional costumeiro, cf. J. H. McNeill. Regional Enforcement Action under the United Nations Charter and Constraints upon States Not Members, 9 *Cornell International Law Journal*. 1975, p. 10-11.

*constitutions shows that while they occasionally contain general references to international organizations, there is usually nothing that could be considered as incorporating their decisions into the domestic law in the same way as many constitutions do with treaties and international custom*⁴⁴.

Tendo em mente as exigências constitucionais dos Estados,

*le procédé apparemment le plus satisfaisant pour assurer la conformité de la décision interne à celle du Conseil de Sécurité est celui qui consiste à intégrer purement et simplement l'acte de sanction dans l'ordre interne, soit en reprenant ses termes dans un acte législatif ou réglementaire, soit, si la constitution le permet, en portant simplement à la connaissance du public cette résolution immédiatement exécutoire*⁴⁵.

35. No Chile, por exemplo, o Decreto nº 740, de 14 de junho de 1967, retomou o parágrafo 2º da Resolução nº 232 (1966) do Conselho de Segurança; a Venezuela optou por um aviso publicado no *Jornal Oficial* de 18 de fevereiro de 1967⁴⁶; a França, como já visto, utilizou tanto um decreto, de 23 de agosto de 1968, quanto um aviso no *Journal Officiel*, de 27 de fevereiro de 1967, (cit. *supra*). No Brasil, o Decreto nº 60.172, de 1º de fevereiro de 1967 (sobre a aplicação de sanções econômicas seletivas à Rodésia), estabeleceu a *obrigação* para as autoridades brasileiras de cumprir estritamente, no âmbito de suas respectivas atribuições, o disposto no parágrafo 2º da Resolução nº 232 (1966) do Conselho de Segurança da ONU. Este dispositivo *in fine* determinou que as sanções impostas à Rodésia se aplicavam “a despeito de quaisquer contratos firmados ou licenças concedidas antes da data da presente resolução”⁴⁷.

36. Talvez possamos lamentar que as teorias dualistas acerca da relação entre o direito internacional e o direito interno, crescentemente

⁴⁴ Ch. H. Schreuer. The Relevance of United Nations Decisions in Domestic Litigation, 27 *International and Comparative Law Quarterly*. 1978, p. 9-10.

⁴⁵ J. Combacau, *op. cit.*, *supra* nº (17), p. 311.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 311 nº 5-6.

⁴⁷ Conselho de Segurança, Resolução nº 232 (1966), parágrafo 2º (f).

abandonadas nos círculos acadêmicos nos últimos anos, parecem ter logrado manter um certo grau de persuasão nos tribunais nacionais de distintos Estados. Já bem se advertiu que, uma aplicação rigorosa de sua lógica simplista, tornada anacrônica pelo volume de interação transnacional de nossos dias, levaria os Executivos e Legislativos a terem constantemente que “adaptar” o direito a ser aplicado pelos tribunais nacionais a todo (novo) desenvolvimento no direito internacional⁴⁸. Há, porém, também que se observar que as sanções em nada perderão em eficácia se um país se mostrar disposto a prontamente acatá-las, ainda que nele prevaleça o sistema dualista. As sanções à Rodésia aplicadas pelos países da CEE fornecem pertinente ilustração: por que na Itália foram implementadas rapidamente, ao passo que na Holanda mais de cinco anos se passaram até que o direito holandês dispusesse enfim a respeito? Na Itália, “com seu sistema estritamente dualista, as resoluções foram convertidas como um todo em direito interno por decreto-lei, ao passo que na Holanda tiveram que ser transplantadas ao sistema de legislação comercial existente” (procedimento este que se mostrou impossível em relação a sanções financeiras, gerando a necessidade de uma lei inteiramente nova a respeito); o mesmo, de certo modo, ocorreu na Bélgica, em que como as sanções não podiam em parte ser implementadas por decreto real (*royal decree*) baseado na legislação em vigor, tiveram que ser incluídas em um novo projeto de lei, encaminhado ao Senado (e ali pendente por muito tempo)⁴⁹.

37. Em 1972, a *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema da República Federal da Alemanha) recusou-se a estender proteção a um contrato que violava uma lei nigeriana que proibia a exportação de tesouros artísticos⁵⁰; da mesma forma – tem-se argumentado – estaria a *Bundesgerichtshof* em posição de recusar-se a conceder proteção a um contrato que transferisse a propriedade de recursos naturais namibianos em violação do Decreto nº 1, de 27 de setembro de 1974, do Conselho das Nações Unidas para a

⁴⁸ Ch. H. Schreuer. The Authority of International Judicial Practice in Domestic Courts, 23 *International and Comparative Law Quarterly*. 1974, p. 684-685.

⁴⁹ P. J. Kuyper. Sanctions against Rhodesia: The EEC and the Implementation of General International Legal Rules, 12 *Common Market Law Review*. 1975, p. 234.

⁵⁰ Muito embora a República Federal da Alemanha não tivesse na época ratificado a Convenção da UNESCO relativa às Medidas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais, de 1970.

Namíbia (*supra*); longe de uma ótica privatista, a não-observância desse decreto seria contrária à *ordre public* internacional⁵¹. No Brasil, conforme já visto, o Decreto nº 91.524 de 9 de agosto último, ao impor sanções à África do Sul, refere-se a resoluções dos órgãos competentes das Nações Unidas (*supra*); a Resolução nº 418 (1977) do Conselho de Segurança, expressamente mencionada no Decreto nº 91.524, determina aos Estados (parágrafo 3º) que *terminem todos os arranjos contratuais existentes* (no caso, sobre manufatura e manutenção de armas e outros equipamentos). E dentre as “demais resoluções pertinentes da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança das Nações Unidas (...) que instam os Estados-membros a impor sanções voluntárias à África do Sul em razão da política de *apartheid* do Governo daquele país”, a que faz referência geral o Decreto nº 91.524, há uma, a Resolução nº 301(1971) do Conselho de Segurança, que, após condenar a política do Governo sul-africano de estabelecimento de bantustões (parágrafo 3º) – como o de Bophuthatswana, – dispõe que os contratos entre a África do Sul e indivíduos ou companhias, relativos à Namíbia, após a adoção da Resolução nº 2145 (XXI) de 1966 da Assembléia Geral – período, pois, anterior em cinco anos à presente Resolução nº 301, – “não estão sujeitos a proteção ou patrocínio por parte de seus Estados contra reclamações de um futuro Governo legítimo da Namíbia” (parágrafo 12).

38. Além do Brasil, diversos outros países – e.g., a Dinamarca⁵² – vêm adotando medidas concretas com vistas à cessação dos contatos culturais e esportivos com a África do Sul em razão do *apartheid* ali praticado. Contudo, foi o Canadá que recentemente divulgou texto declaratório dos mais detalhados acerca de sua política de boicote contra a África do Sul nos esportes. As medidas tomadas pelo Governo canadense, em meados deste ano, compreendem, em síntese: denegação de vistos de entrada no Canadá a esportistas sul-africanos, proibição de qualquer tipo de apoio federal a equipes ou esportistas canadenses que pretendam participar de eventos na África do Sul, proibição de contatos de equipes canadenses com sul-africanas em

⁵¹ H. G. Schermers, *op. cit., supra* nº 39, p. 91-92 e 96.

⁵² Cf. os documentos legais aprovados pelo Parlamento dinamarquês, reproduzidos no telegrama nº 272, de 7 de agosto de 1985, da Delegação do Brasil junto às Nações Unidas (Delbrasonu) à Secretaria de Estado.

competições esportivas em países terceiros (prevendo-se inclusive penalidades, não-participação e retirada de competição, protesto formal). No caso de indivíduos que desobedeçam suas diretrizes, e viajem à África do Sul por conta própria para lá participar de eventos esportivos, sugeriu o Governo canadense que a entidade esportiva nacional correspondente, após tentar em vão dissuadi-los, tomasse “medidas apropriadas”, como, e.g., a suspensão daqueles indivíduos ou equipes de competições internacionais por um determinado período de tempo⁵³.

39. No tocante ao Grande Prêmio de Automobilismo (Fórmula I) da África do Sul (Kyalami), programado para 19 de outubro próximo, poder-se-ia de início indagar se e até que ponto configuraria “intercâmbio desportivo” no sentido do Decreto nº 91.524 de 9 de agosto último (i.e., no plano do relacionamento do Brasil com a África do Sul). A prática brasileira relativa à cessação do intercâmbio esportivo com a África do Sul – acima revista – revela eficácia das medidas tomadas contra o *apartheid* quando os eventos esportivos em questão recaíam no âmbito de competência do Conselho Nacional de Desportos (CND); nestes casos, em que era necessária a autorização prévia do CND, foi possível evitar os contatos esportivos entre brasileiros e sul-africanos (cf. exemplos *supra*). Em ocasiões futuras, não poderá pairar qualquer dúvida sobre a matéria, particularmente após o Ofício-Circular nº 12/85, de maio de 1985, do CND às confederações e associações desportivas brasileira: o ofício-circular, “ratificando e reiterando as determinações constantes de documentos anteriormente expedidos por esse Conselho”, acrescenta, em termo categóricos, que

estão terminantemente proibidas quaisquer atividades de intercâmbio desportivo quer com a África do Sul quer com os bantustões, locais de fixação forçada da população negra daquele país, que não têm qualquer reconhecimento da comunidade internacional como a ‘República do Bophuthatswana’.

Em conseqüência, estão expressamente vedadas as participações em competições, visitas ou quaisquer outras atividades que impliquem em violação da Resolução nº 32/105 M, da XXXII

⁵³ Government of Canada. *Canadian Government Policy regarding Sporting Contacts between Canada and South Africa*, doc. 85/103, de 8 de julho de 1985, p. 1-4.

Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovada com o voto favorável do Brasil.

40. A dificuldade que se poderia levantar em relação ao anunciado Grande Prêmio de Automobilismo da África do Sul é que se trata de um evento esportivo internacional a cargo da *Fédération Internationale du Sport Automobile* (FISA), que a cada ano estabelece a regulamentação e o calendário esportivo internacional do ano seguinte. Compõem a FISA as Associações Automobilísticas Nacionais tendo uma atividade esportiva internacional (no Brasil, a Confederação Brasileira de Automobilismo – CBA). São estas que emitem as licenças aos pilotos (Código Esportivo Internacional de 1985, artigos 47 e 110-111), que defendem equipes distintas, inclusive estrangeiras; para as corridas de Fórmula I os pilotos e as equipes necessitam ademais de uma licença especial da FISA (Regulamento de 1985, artigo 8). No caso dos pilotos brasileiros, a CBA emite as *licenças* (não para cada prova, mas para o período a expirar no dia 31 de dezembro de cada ano, segundo o artigo 114 do Código Esportivo Internacional de 1985), mas a *inscrição* é feita pelas equipes (estrangeiras, no caso dos pilotos brasileiros), que celebram um contrato com o Comitê Organizador da competição; o contrato prevê a participação das equipes no campeonato, excetuado caso de *força maior* devidamente constatado (artigo 68 do Código Esportivo de 1985). Os contratos de inscrição indicam os nomes dos pilotos e os números de suas licenças (artigo 70). Assim, os pilotos brasileiros Nelson Piquet e Ayrton Senna, competem pelas equipes a que estão por contrato vinculados (Brabham e Lotus, respectivamente, ambas inglesas), e tecnicamente não representam oficialmente o Brasil. Por outro lado, são cidadãos brasileiros, e as diretrizes do Governo brasileiro (cf. *supra*) têm desestimulado os contatos esportivos de brasileiros com a África do Sul *mesmo a título particular*.

41. Proposta de cassação de suas licenças (artigo 118) pela CBA poderia talvez ser considerada drástica, por não ter necessariamente seu alcance restringido apenas ao Grande Prêmio da África do Sul (cf. *supra*); poderia, ademais, ser considerada de eficácia questionável, pois o Código Esportivo Internacional de 1985 prevê, e.g., a possibilidade de obtenção de licença da Associação Automobilística Nacional do país estrangeiro de comprovada residência permanente (artigo 110 (2) (b)). Não obstante, tratando-se de

final de temporada, os Governos da Finlândia e da Suécia anunciaram (em 10 de setembro último) sua intenção de impedir que seus pilotos, Keke Rosberg (equipe Williams) e Stefan Johansson (equipe Ferrari), participem do Grande Prêmio da África do Sul, admitindo inclusive a cassação das licenças pelas autoridades automobilísticas nacionais competentes, para, na explicação da Ministra da Educação finlandesa, afastar a possibilidade de que o hino nacional de seu país seja executado em um país que pratica o *apartheid*. Poderiam as pressões dos Governos voltar-se diretamente às equipes respectivas, além de aos pilotos; quanto à participação destes últimos, aventou-se recentemente a possibilidade de *ação concertada* de vários governos no sentido de proibir pilotos que participarem do Grande Prêmio da África do Sul de correrem posteriormente em Grandes Prêmios nos respectivos países. Recordou-se, a este respeito, que

Esta forma de sanção já é adotada em relação a outros esportes; por exemplo, tanto os países do Caribe anglófono como a Austrália determinam que jogadores de críquet seus nacionais que aceitam participar de jogos na África do Sul ficam proibidos de jogar profissionalmente em seus respectivos países, no caso caribenho, para o resto da vida, e, no caso australiano, por período de dez anos⁵⁴.

42. Assim, face a estas dificuldades, o Itamaraty solicitou a interferência da CBA junto à FISA, em 10 de setembro último, no sentido de transferir a prova automobilística em questão para outro país; além disso, por sugestão da Divisão da África-II, solicitou – com toda propriedade, – em 18 de setembro último, à FISA, o cancelamento do Grande Prêmio da África do Sul e a transferência da competição para outro país, invocando para tal o Decreto de 9 de agosto de 1985. Poder-se-ia, ademais, dar conhecimento aos dois pilotos brasileiros do conteúdo do recente ato presidencial, e alertá-los para as repercussões negativas – nos planos nacional e internacional – de eventual participação no Grande Prêmio da África do Sul, a exemplo da inevitável inclusão de seus nomes nas listas do Comitê Especial (das Nações Unidas) contra o *Apartheid*.

⁵⁴ Telegrama nº 443, de 16.9.1985, da Embaixada do Brasil em Pretória para a Secretaria de Estado.

43. No tocante à ação do Estado na aplicação de sanções no plano internacional, há que se ter em mente que, se certas medidas ou providências, como as atinentes às relações diplomáticas, se voltam “diretamente aos órgãos políticos do Estado”, outras se dirigem a seus órgãos administrativos, como em sua maior parte as proibições relativas às relações econômicas e comerciais e aos transportes com o Estado sancionado, ou se destinam

*même aux particuliers, et l’insertion de la résolution dans l’ordre interne met beaucoup plus à la charge de l’État une obligation de prendre des dispositions tendant à rendre effectives les interdictions qu’elle pose qu’elle ne les rend elle-même effectives*⁵⁵.

Ora, a transformação da resolução internacional em norma de direito interno *per se*

*n’assure pas l’efficacité des interdictions qu’elle comporte, en particulier en ce que la norme ne comporte pas de sanctions applicables aux individus qui la violent; il importe au moins d’ajouter aux dispositions de fond celles qui assurent la garantie de leur application (...)*⁵⁶.

É significativo, a propósito, que em pronunciamento perante a *House of Commons* em 13 de setembro último, o Secretário de Estado de Relações Exteriores do Canadá anunciou *inter alia* que, além de todas as medidas adotadas pelo Governo, a “register has been opened for the voluntary measures which Canadian provinces and municipalities, as well as private institutions, organizations and firms have taken against apartheid”⁵⁷. Talvez se pudesse cogitar de semelhante *register* no plano internacional, a acrescentar-se à atuação dos órgãos e grupos anti-*apartheid* até o presente.

44. No tocante à possibilidade de pressão direta dos Governos sobre as Associações Automobilísticas Nacionais que compõem a FISA (cf. *supra*), noticiário de 11 de setembro último dá conta de que associação nacional sueca, por exemplo, mostrou-se disposta a acatar as diretrizes do

⁵⁵ J. Combacau, *op. cit.*, *supra* nº (17), p. 311.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 312.

⁵⁷ SSEA, *Statement by the Secretary of State for External Affairs concerning South Africa*. Ottawa: 13.9.85. p. 11-12 (mimeografado, circulação interna).

Governo sueco no sentido de não autorizar o piloto Stefan Johansson (equipe Ferrari) a correr no Grande Prêmio da África do Sul com licença sueca. E a Ministra da Educação da Finlândia, que declarou em 10 de setembro último que nenhum piloto finlandês – ainda que obrigado por contrato – deve competir na África do Sul com licença de seu país, advertiu as autoridades automobilísticas do país que, caso seja mantida a licença para Keke Rosberg (equipe Williams) correr como piloto finlandês na África do Sul, o Governo finlandês poderá rever a distribuição de verbas oficiais destinadas ao automobilismo.

45. Face a declaração recente da CBA de que solicitaria na próxima reunião da FISA (marcada para 10 de outubro vindouro) que o Grande Prêmio da África do Sul fosse excluído do calendário da Fórmula-I dos próximos anos enquanto aquele país praticar a política do *apartheid*, é de se indagar por que tal exclusão ainda não se efetuou, tendo em vista as medidas contra o *apartheid* adotadas por diversos Estados, nos últimos anos, em aplicação das resoluções dos órgãos competentes das Nações Unidas. A asserção, também nos últimos dias divulgada, de que os pilotos que se recusassem a participar do Grande Prêmio da África do Sul estariam sujeitos a punições e “pesadas multas”, não há de passar sem réplica.

46. São as próprias Associações Automobilísticas Nacionais, que, conforme já visto, emitem as licenças aos pilotos (cf. *supra*), que também podem cassá-las por um período determinado (artigo 118, cit. *supra*); o capítulo IX do Código Esportivo Internacional de 1985, referente a penalidades, prevê ainda a suspensão *nacional* ou *internacional* do concorrente ou piloto, também determinada pelas respectivas Associações Automobilísticas Nacionais (artigo 160(a) e (b) respectivamente). Na hipótese de suspensão *nacional*, a licença, devolvida à Associação Automobilística Nacional, trará um carimbo com a menção: – “*Not valid for...* (nome do país)”. No presente caso, no entanto, o que se estuda é a possibilidade antes de uma medida preventiva (em relação ao Grande Prêmio da África do Sul) do que uma penalidade propriamente dita. Em relação às multas, sua imposição aos concorrentes e pilotos resulta de decisão de uma das Associações Automobilísticas Nacionais ou dos organizadores do evento (artigos 154 e 141), cabendo ao concorrente inscrito a responsabilidade pelo pagamento das multas impostas a ele e a seus pilotos (artigo 156).

47. Ora, o Regulamento Esportivo para 1985 do Campeonato Mundial de Fórmula I prevê, no artigo 7, que, durante o torneio, uma equipe concorrente

pode designar para cada um de seus carros um piloto de reserva que pode substituir o titular. Todas as substituições devem ser anunciadas antes do fim das verificações técnicas, à véspera do primeiro dia dos treinamentos. Os pilotos reservas podem marcar pontos⁵⁸.

Desse modo, se os dois pilotos brasileiros, por decisão pessoal, se recusassem a participar do Grande Prêmio da África do Sul, poderiam ser substituídos por pilotos reservas de suas equipes. Pela Resolução nº 32/105 M (1977) da Assembléia Geral das Nações Unidas, adotada com o voto favorável do Brasil, contendo a Declaração Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes, devem a CBA como as demais Associações Automobilísticas Nacionais (*national sports bodies*) “tomar medidas apropriadas para persuadir sua federação internacional” – a FISA – a *excluir* de suas atividades (artigo 15) órgãos esportivos coniventes com o *apartheid*. Significativamente, órgãos esportivos internacionais – como a FISA, – na determinação do artigo 14 da referida Resolução nº 32/105 M,

shall not impose financial or other penalties on affiliated bodies which, in accordance with United Nations resolutions and the spirit of the Olympic Charter, refuse to participate in sports contact with any country practising apartheid.

48. Agir ou argumentar de outra forma seria pretender que regulamentos esportivos internacionais poderiam prevalecer sobre dispositivos de resoluções adotadas pelos órgãos competentes das Nações Unidas, o que, longe de uma ótica privatista, seria inconcebível. A simples programação do Grande Prêmio da África do Sul no calendário automobilístico (de Fórmula I) para 1985 é um desafio às decisões e recomendações das Nações Unidas

⁵⁸ O Regulamento Esportivo para 1985 do Campeonato Mundial de Fórmula I, assim como o Código Esportivo Internacional de 1985, e outros dados pertinentes, encontram-se convenientemente reunidos na publicação: Fédération Internationale de l'Automobile, *Annuaire du Sport Automobile 1985* (18ª edição).

de medidas contra o *apartheid*, incorporadas ao ordenamento jurídico interno de um número cada vez maior de Estados-membros.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 30 de setembro de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Projeto de Acordo Brasil/PMA; Outros Acordos. Cláusulas Sobre Solução Pacífica de Controvérsias; Recurso à Arbitragem. Prática do Brasil.

PARECER

*Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Internacionais
(Com Atenção Especial à Prática do Brasil)*

*Sumário:*I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Dever Geral de Solução Pacífica e Livre Escolha dos Meios. III. Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Internacionais: o Quadro Geral. IV. Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Tratados Multilaterais. V. Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Bilaterais: A Prática do Brasil. VI. A Questão da Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos entre o Brasil e o Programa Mundial de Alimentos. VII. Conclusões.

I. Delimitação do Objeto do Parecer

Encontra-se em exame no Itamaraty o Projeto de Acordo Básico entre o Brasil e o Programa Mundial de Alimentos (PMA – vinculado às Nações Unidas e à Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO)) referente a Ajuda do PMA. O Projeto de Acordo, que recebera Parecer favorável por parte do Departamento Econômico e

do Cerimonial do MRE quanto a seu conteúdo, sofreu alguns ajustes recentes de caráter redacional; ao rever os seus termos, a Divisão de Organismos Internacionais Especializados (DIE) do MRE indaga acerca da propriedade ou não da inclusão, no referido Projeto de Acordo (artigo VII, *infra*), de cláusula sobre solução de controvérsias que prevê, além da negociação ou outro modo de entendimento, o recurso à arbitragem. Solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores opinar a respeito.

2. O artigo VII do Projeto de Acordo entre o Brasil e o PMA, supracitado, dispõe que qualquer controvérsia entre as partes, resultante ou relacionada ao presente Acordo ou a um plano de operações, “que não possa ser solucionada por negociação ou outro modo de entendimento”, será submetida, a pedido de uma das partes, a arbitragem (a realizar-se em lugar fora do país beneficiário, estabelecido entre as partes). Cada parte nomeará e instruirá um árbitro (e notificará a outra parte do nome de seu árbitro). Se não chegarem os árbitros a um acordo sobre um laudo, nomearão prontamente um desempatador; se, dentro de trinta dias após o pedido de arbitragem, cada parte não nomear um árbitro, ou se os árbitros nomeados não chegarem a um acordo sobre o laudo ou sobre a nomeação de um desempatador, conforme “cada parte poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça a nomeação de um árbitro ou desempatador, conforme o caso”. Enfim, determina o artigo VII que as despesas com a arbitragem “correrão a cargo das partes, conforme estabelecido no laudo de arbitragem. O laudo de arbitragem será aceito pelas partes como adjudicação final da controvérsia”.

3. Para um exame da propriedade ou não de inserção da cláusula acima, sobre solução de controvérsias, no presente Projeto de Acordo Básico entre o Brasil e o PMA, cabe, de início, após registrar o paralelismo entre o dever geral de solução pacífica e a livre escolha dos meios pelas partes, traçar o quadro geral das cláusulas sobre solução pacífica de controvérsias em acordos internacionais. Cumpre, a seguir, percorrer as referidas cláusulas, tanto em tratados multilaterais, quanto em acordos bilaterais (estes últimos, na prática do Brasil); após examinar, enfim, a questão da solução pacífica de controvérsias em acordos celebrados entre o Brasil e o PMA, o campo estará aberto para a apresentação das conclusões quanto ao presente caso.

II. *Dever Geral de Solução Pacífica e Livre Escolha dos Meios*

4. O problema fundamental subjacente a todo o capítulo do direito internacional relativo à solução pacífica de controvérsias internacionais permanece a *vexata quaestio* da jurisdição compulsória, i.e., o consentimento das partes litigantes em adotar um dos procedimentos a sua disposição; pois, se por um lado consagra a ONU o dever geral dos Estados-membros de solução pacífica de controvérsias que possam por em risco a paz internacional¹, por outro lado os mecanismos de solução pacífica de controvérsias, dentro e fora da ONU, são acionados se as partes litigantes (membros ou não da ONU) concordam ou se dispõem a fazer uso deles². Assim, não há em princípio um dever especial de utilização de determinado método de solução pacífica, facultando-se às partes interessadas a livre escolha dos métodos no cumprimento do dever geral acima referido.

5. Na ausência de uma obrigação estrita de submeter disputas pendentes a jurisdição obrigatória – sem prejuízo do princípio geral de solução pacífica – persiste o problema central da matéria: “há uma obrigação clara de não resolver disputas pela força, mas a opção deixada às partes de escolher, dentre os possíveis meios de solução, métodos freqüentemente indecisos como negociação, investigação ou mediação resulta no impasse e não na solução de uma proporção substancial de casos”³. Entretanto, feita esta ressalva quanto à ausência de uma garantia de solução, é de se observar

¹ Dever este incorporado tanto na Carta da ONU – artigo 2 (3) – quanto na celebrada Resolução nº 2.625 (XXV) de 1970 da Assembléia Geral englobando os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados; cf. A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 63-64; Report (of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies), *International Disputes: the Legal Aspects*. London: Europa Publs., 1972, p. 8-14. Tal dever geral está consagrado independentemente do capítulo VI da Carta e das funções do Conselho de Segurança.

² F.S. Northedge e M.D. Donelan. *International Disputes: the Political Aspects*. London: Europa Publs., 1971, p. 241; Lord McNair. *The Expansion of International Law*. Jerusalém: The Hebrew University, 1962, p. 65; R.Y. Jennings. General Course on Principles of International Law, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1967-II, p. 587.

³ C.W. Jenks. *The World beyond the Charter*. London: Allen&Unwin, 1969, p. 165, e cf. p. 166. – Similarmente, adverte Witenberg que *seuls sont justiciables les États qui auront accepté de l'être. L'Etat ne sera justiciable que dans la mesure où il aura accepté de l'être*; J.C. Witenberg. *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales – traité pratique*. Paris: Pedone, 1937, p.3.

que nem por isso está o campo inteiramente aberto ao voluntarismo estatal⁴, a exemplo do poder de *iniciativa* hoje reconhecido a certos órgãos internacionais⁵.

III. *Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordo Internacionais: o Quadro Geral*

6. Um levantamento de tratados efetuado pelo Secretariado da antiga Liga das Nações e divulgado em 1927, revelou a existência de 85 tratados, referentes ao período de 1919-1927, celebrados com o “propósito exclusivo” de estabelecer mecanismos para a solução pacífica de controvérsias internacionais. A atualização daquele levantamento, levada a cabo pelo Secretariado das Nações Unidas para o período 1928-1948, e dada a público em 1949, revelou a existência de 207 tratados abordando “somente” a questão da solução pacífica de controvérsias internacionais, e 27 outros tratados, sobre matérias distintas, contendo, porém, cláusulas que dispunham sobre a obrigação geral de solução de disputas internacionais. Enfim, o *Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputes 1949-1962*, editado pelas Nações Unidas em 1966, revelou que os tratados de solução pacífica, em sua “vasta maioria”, foram celebrados entre 1924 e o início da Segunda Guerra Mundial; desde então, o número de tratados concluídos “exclusivamente para a solução pacífica de disputas internacionais declinou nitidamente”, verificando-se, no período de 1949-1962, apenas oito tratados do gênero⁶.

7. Por outro lado, os dispositivos sobre solução pacífica de controvérsias internacionais se encontram hoje não apenas nas cartas constitutivas de organizações internacionais, mas também em numerosos tratados, bilaterais e multilaterais, sobre os mais variados assuntos. Registre-

⁴ Para uma crítica à concepção voluntarista positivista 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*. 1981, p. 201-240.

⁵ Para um estudo geral recente da matéria, cf. A. A. Cançado Trindade. *Os Métodos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais: Tendências Recentes*, 82 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. 1984, p. 5-32 (1. ed.); e in: 17 *Estudos Jurídicos* – RGS: Rev. da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 1984, p. 89-126 (2. Ed.).

⁶ United Nations. *A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputes 1949-1962*. New York: UN, 1966, p. 1-2.

se, a título exemplificativo, que o *Survey* das Nações Unidas supracitado, referente ao período 1949-1962, contém numerosos tratados, comportando cláusulas sobre solução de controvérsias, ainda que voltados a áreas distintas (e.g., cooperação regional, comunicações e transporte, questões econômicas e comerciais, questões sociais e humanitárias, questões fronteiriças, tratamento de nacionais, acordos de amizade, comércio e navegação, dentre outras)⁷. Traço especial dos tratados de aliança, segurança e assistência recíprocas reside nos dispositivos sobre a obrigação geral de solução pacífica não apenas de quaisquer disputas “entre” as partes mas, também de disputas em que as partes “possam estar envolvidas”⁸. Enfim, de 46 tratados prevendo a obrigação geral de solução de “quaisquer disputas que possam surgir entre as partes”, apenas oito tratados lidaram “exclusivamente com a solução pacífica de controvérsias”, no período coberto pelo referido *Survey*⁹.

IV. *Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Tratados Multilaterais*

8. Em nossos dias, mesmo as chamadas “convenções de codificação”¹⁰ contêm dispositivos sobre solução pacífica de controvérsias internacionais, cabendo lembrar o exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), que prevê a operação de distintos métodos de solução de controvérsias em matéria de direito do mar, como a conciliação e a solução judicial e arbitral (artigos 186-191, 279-299 e Anexos V a VIII). A este podem se acrescentar outros exemplos pertinentes. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), e.g., prevê recurso a conciliação (artigo 66, e Anexo) em caso de controvérsias quanto a nulidade, terminação e suspensão de tratados; procedimento análogo está previsto na Convenção de Viena sobre Representação dos Estados em suas Relações com as Organizações Internacionais de Caráter Universal, de 1975 (artigo 85) e na

⁷ Cf. *ibid.*, p. 166-901.

⁸ Cf., *ibid.*, p. 85-165.

⁹ Cf. *ibid.*, p. 5-84.

¹⁰ Expressão usada por C. Th. Eustathiades, *Unratified Codification Conventions* (Gilberto Amado Memorial Lecture 1973), Geneva: UN, 1973, p. 1-21; para o autor, são “convenções de codificação” *lato sensu* as que codificam e “desenvolvem progressivamente” o direito internacional (*ibid.*, p. 13).

Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados, de 1978 (parte VI, artigo 42), ambos consagrando a conciliação¹¹.

9. O Tratado da Antártica (1959) prevê consultas entre as partes contratantes para que qualquer dissídio quanto a sua interpretação ou aplicação se resolva por negociação, investigação, mediação, conciliação, arbitramento, decisão judicial (recuso à Corte Internacional de Justiça) ou qualquer outro meio pacífico de sua escolha (artigo XI). Similarmente, o Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina (ou Tratado de Tlatelolco, 1967) dispõe que qualquer questão ou controvérsia quanto a sua interpretação ou aplicação poderá ser submetida à Corte Internacional de Justiça, a não ser que às partes interessadas convenha algum outro meio de solução pacífica (artigo 24).

10. No plano regional latino-americano, a obra de codificação dos métodos de solução pacífica de controvérsias que foi o Pacto de Bogotá (1948) representou a um tempo o ponto culminante de uma evolução marcada por uma sucessão de diversos tratados multilaterais sobre a matéria, como, por exemplo, o Tratado Gondra (1923, de prevenção de conflitos entre os Estados Americanos), as duas Convenções Gerais de Washington de Conciliação e Arbitragem Interamericanas (1928-1929), o Tratado Antibélico de Não-Agressão e Conciliação (1933, também conhecido como Tratado Saavedra Lamas), a Convenção sobre Manutenção, Preservação e Restabelecimento da Paz (1936, estabelecendo o sistema de consultas recíprocas), e os Tratados sobre Prevenção de Controvérsias e sobre Bons Ofícios e Mediação (ambos de 1936).

11. Dos exemplos acima desponta a interação ou complementaridade dos distintos meios de solução pacífica de controvérsias, em termos tanto de formulação quanto de aplicação prática. Assim, por exemplo, não raro se têm combinado os métodos de investigação e conciliação em diversos tratados dispendo sobre o estabelecimento de “comissões de investigação e conciliação”. Do mesmo modo, vários acordos internacionais têm estipulado que somente após recurso em vão a uma comissão de conciliação proceder-se-á ao recurso a um tribunal arbitral (vinculados assim os dois

¹¹ Hugo Caminos. Nuevos Mecanismos Procesales para la Eficacia de la Solución Pacífica de Controversias, con Particular Referencia a la Solución No Judicial en el Ámbito de las Naciones Unidas, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. II, Santiago: Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, p. 21-23.

procedimentos)¹². Conforme bem observou o Delegado do Brasil, Embaixador J. Sette Câmara, na Conferência das Nações Unidas sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados (Viena, intervenção em 4.8.1978), em matéria de solução de controvérsias não havia lugar para muita inovação, mas sim “um número limitado de soluções, e o problema era combiná-las de acordo com uma determinada ordem de prioridades”¹³. Os distintos meios de solução pacífica de controvérsias internacionais, ao invés de mutuamente excludentes, são complementares e não raro têm na prática interagido.

V. *Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Bilaterais: a Prática do Brasil*

12. Dito isto, passemos a um breve exame da questão da inclusão ou não de dispositivos sobre solução pacífica de controvérsias em acordos bilaterais – com outros Estados ou com organismos internacionais – em que o Brasil é parte. Os exemplos que seguem não pretendem, e não poderiam, ser exaustivos: são avançados tão-somente a título de ilustração, mesmo porque os acordos que compõem a *Coleção de Atos Internacionais* do Itamaraty se multiplicam e já atingem hoje a casa das centenas.

13. Na prática brasileira, a inclusão ou não de cláusulas de solução pacífica de controvérsias internacionais em acordos em que o Brasil é parte, e, em caso afirmativo, os termos de tais cláusulas, têm apresentado certas variações em razão da própria natureza das matérias tratadas. Diversos acordos básicos de *cooperação técnica, ou científica e tecnológica*, entre o Brasil e outros países, não têm comportado a inclusão de cláusula de solução pacífica de controvérsias¹⁴, presumivelmente considerada desnecessária; chegou-se, no

¹² L.B.Sohn, “The Function of International Arbitration Today”, 108 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. 1963, p. 18-19.

¹³ ONU, *United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties – Resumed Session, Official Records* (Viena, 1978), vol. II, p. 84-85.

¹⁴ Cf., nessa linha: Acordo Básico de Cooperação Técnica Brasil/República Federal da Alemanha de 30.11.1963; Acordo Básico de Cooperação Técnica Brasil/Estados Unidos de 19.12.1950; Acordo de Cooperação nos Campos da Ciência e Tecnologia Brasil/Índia de 22.7.1985; Acordo de Cooperação Técnica e Científica Brasil/França de 16.1.1967; Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica Brasil/Argentina de 17.5.1980; Acordo Básico de Cooperação Científica e Tecnológica Brasil/União Soviética de 16.4.1981; Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica Brasil/República Popular da China de 25.3.1982; Acordo Básico de Cooperação Técnica Brasil/Portugal de 7.9.1966.

máximo, em um acordo do gênero, a prever consultas entre as partes para a implementação do acordo, sem referência expressa à solução de controvérsias¹⁵.

14. A prática do Brasil em relação a acordos bilaterais, sobre a matéria em apreço, com outros Estados, tem sido, pois, clara. Em não menos de oito acordos¹⁶ as partes aparentemente entenderam não ter sido necessária a previsão de mecanismo de solução de controvérsias. No caso, porém, de um acordo de cooperação científico-tecnológica entre Brasil e Alemanha, estipulou-se – em contraste com os demais acordos do gênero – que as divergências surgidas quanto à interpretação ou aplicação do acordo seriam dirimidas sempre que possível pelas partes e, caso não se resolvessem por negociação direta, poderia cada parte “exigir” que a divergência fosse submetida “à decisão da Corte Permanente de Arbitragem”¹⁷.

15. Em área distinta, a de *transporte aéreo*, meios de solução pacífica de controvérsias são previstos em uma série de acordos bilaterais sobre a matéria celebrados pelo Brasil com outros Estados. Tais acordos têm se referido a consultas e arbitragem¹⁸ ou conjuntamente a consulta, negociação e arbitragem¹⁹; um desses acordos prevê negociações diretas, primeiro entre as autoridades aeronáuticas das partes, a seguir por via diplomática, além de consultas²⁰. Tais acordos seguem, pois, um claro e definido padrão de regulamentação da questão da solução pacífica de controvérsias no contexto da matéria de que tratam. Recorre-se, de início, a negociações diretas e consultas; a arbitragem aqui contemplada²¹, caso não frutifiquem as negociações, é efetuada por um tribunal de três árbitros, um nomeado por cada parte e o terceiro pelos dois assim nomeados, ou, se assim não ocorrer, nomeado(s) pelo Presidente do Conselho de Organização de Aviação Civil Internacional (OACI)²².

¹⁵ Acordo Básico de Cooperação Técnica Brasil/Japão de 22.9.1970, artigo X.

¹⁶ Cf. relação in: nota (14), *supra*.

¹⁷ Acordo Geral de Cooperação nos Setores da Pesquisa Científica e do Desenvolvimento Tecnológico Brasil/República Federal da Alemanha de 9.6.1969, artigo 12.

¹⁸ Acordo sobre Transporte Aéreo Regular Brasil/Bélgica de 19.9.1980, artigos VII e VIII.

¹⁹ Acordo sobre Transporte Aéreo Brasil/Iraque de 21.1.1977, artigos 8 e 9; Acordo sobre Transportes Aéreos Brasil/Suriname de 18.1.1980; artigos VIII e IX.

²⁰ Acordo de Transporte Aéreo Brasil/Angola de 16.12.1983, artigos 20 e 17.

²¹ Cf. Acordos Brasil/Bélgica e Brasil/Iraque, supracitados (notas (18) e (19), *supra*).

²² Já o Acordo Brasil/Suriname, também supracitado (nota (19), *supra*), prefere, no tocante à arbitragem – após mencionar igualmente as negociações e consultas, – fazer referência ao procedimento previsto no artigo 85 da Convenção sobre Aviação Civil Internacional (de Chicago, de 1944).

16. Além dos acordos acima, há também os acordos entre o Brasil e organismos internacionais. Em um acordo de assistência técnica entre o Brasil e uma agência especializada da ONU (a UNESCO), houveram por bem as partes prever o recurso à arbitragem²³. O Convênio de Apoio Financeiro ao II Programa Nacional de Cooperação Técnica Brasil/PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), a seu turno, preferiu dispor mais simplesmente que “os casos omissos ou divergências de entendimento serão resolvidos pelas partes de comum acordo”²⁴. E o Acordo Básico de Assistência Técnica entre o Brasil, a ONU, suas Agências especializadas e a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) (1964) não julgou necessário dispor expressamente sobre solução de controvérsias²⁵.

17. As distintas Convenções – às quais aderiu o Brasil – relativas a privilégios e imunidades contêm dispositivos sobre solução de disputas. É o caso, e.g., das Convenções sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (1946) e das Agências Especializadas das Nações Unidas (1947), que, após se referirem a “processos adequados ou “modos apropriados” de solução de controvérsias, dispõem sobre o recurso à Corte Internacional de Justiça para Parecer consultivo – a não ser que as partes convenham em recorrer a outro modo de solução, – que será aceito como decisivo para as partes (artigos VIII e 9, respectivamente). Já o Acordo sobre Privilégios e Imunidades da Organização dos Estados Americanos (1949) limitou-se a dispor que a União Panamericana tomaria as medidas “necessárias” à solução “adequada” de disputas, sem no entanto especificar os métodos ou mecanismos (artigo 12); na mesma linha, o Acordo sobre Privilégios e Imunidades da extinta ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio) (1961) restringiu-se a prever que divergências em sua interpretação ou aplicação submeter-se-iam ao “procedimento de solução que de comum acordo” estabelecessem as

²³ Acordo de Assistência Técnica Brasil/UNESCO de 18.4.1951, artigo VI (d): para a solução de controvérsias quanto à interpretação do presente Acordo, cada parte designaria um árbitro; caso os dois árbitros não chegassem a uma solução, um terceiro árbitro, por eles nomeado, decidiria “sem possibilidade de recurso”.

²⁴ Convênio SUBIN/02/78, Brasil/PNUD, 1º.2.1978, artigo XII.

²⁵ Limitou-se o artigo VI (3) do referido Acordo a prever *inter alia* que “qualquer assunto concernente ao presente Acordo e nele não previsto será resolvido entre o Governo e os organismos interessados, dentro do espírito das resoluções e decisões pertinentes das assembléias, conferências, conselhos e outros órgãos dos organismos”.

partes interessadas (artigo 23). Por sua vez, o Acordo sobre Privilégios e Imunidades da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) (1959) seguiu a mesma linha dos acordos congêneres das Nações Unidas e agências especializadas (*supra*): após referir-se a “processos adequados” para solução de controvérsias, previu o recurso à Corte Internacional de Justiça – se não convirem as partes em outro meio de solução – para Parecer consultivo, a ser aceito pelas partes como decisivo (artigo X). Verifica-se, aqui, pois, uma distinção de enfoque entre os acordos supracitados sobre privilégios e imunidades da organização mundial (Nações Unidas e agências especializadas) e da organização regional (OEA e a extinta ALALC), no tocante ao teor da cláusula sobre solução pacífica de controvérsias (cf. *supra*).

VI. *A Questão da Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos entre o Brasil e o Programa Mundial de Alimentos*

18. Para os propósitos do presente Parecer, importa mais diretamente o exame sobretudo dos acordos entre o Brasil e Programa Mundial de Alimentos (PMA), no que concerne particularmente ao tratamento dado à questão da solução pacífica de controvérsias. Ao menos um dos acordos entre o Brasil e o PMA nada dispõe sobre solução de controvérsias: o Memorando de Entendimento sobre Projeto de Ajuda Alimentar de Emergência, de 3.7.1979. Na mesma linha, o Acordo entre o Brasil e a FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) sobre o estabelecimento de um Escritório de Representação da FAO em Brasília, de 19.11.1979, tampouco dispõe sobre solução de controvérsias. Contudo, os acordos entre o Brasil e o PMA, em sua maior parte, têm, até o presente, incluído cláusula prevendo meios de solução pacífica de controvérsias: é o caso do Acordo sobre Assistência para Educação Nutricional e Alimentação Suplementar a Pré-Escolares e Escolares do Norte do Brasil, de 10.3.1978 (artigo V(5)), do Acordo sobre Assistência à Alimentação de Escolares e Pré-Escolares em Áreas Carentes da Região Norte-Nordeste do Brasil, de 21.12.1984 (artigo V(5)), do Acordo sobre Assistência para Reabilitação da Infra-Estrutura Agrícola em Áreas Atingidas pela Seca no Estado do Ceará, de 15.10.1984 (artigo IV(4)), e do Acordo sobre Assistência para Reabilitação da Infra-estrutura Agrícola em Áreas Atingidas pelas Secas no Estado de Sergipe, de 15.10.1984 (artigo IV(4)).

19. Nesses quatro acordos entre o Brasil e o PMA, é o mesmo o conteúdo das respectivas cláusulas sobre solução de controvérsias, supracitadas: todas prevêm, de início, negociações ou “outro modo de entendimento”, e, em caso de falha destes, a arbitragem. Quanto a esta, as indicações são também as mesmas, com uma diferença quanto ao local da arbitragem. O artigo V (5), idêntico nos dois primeiros acordos Brasil/PMA supracitadas, dispõe:

Qualquer controvérsia, decorrente ou relativa ao presente acordo, será solucionada através de negociações cordiais entre o PMA e o Governo. Entretanto, qualquer controvérsia entre o Governo e o PMA, decorrente ou relativa ao presente acordo que não possa ser solucionada por negociações ou outro modo de entendimento, será submetida a arbitragem a pedido de uma das partes. A arbitragem será realizada em Roma. Cada parte indicará um árbitro e dará conhecimento a ele sobre os fatos do caso e notificará a outra parte do nome do seu árbitro. Caso os árbitros não cheguem a acordo quanto ao laudo, dever-se-á imediatamente nomear um desempatador. Se, dentro de trinta dias a partir do pedido de arbitragem, cada parte não tiver indicado árbitro, ou se os árbitros não chegarem a acordo sobre o laudo e sobre a eventual indicação de desempatador, qualquer das partes poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça a indicação de árbitro ou desempatador, conforme o caso. As despesas com a arbitragem serão cobertas pelas partes conforme fique estabelecido no laudo arbitral. O laudo arbitral será aceito pelas partes como decisão final da controvérsia.

O artigo IV (4), também idêntico nos dois últimos acordos Brasil/PMA supracitados, estabelece:

Qualquer controvérsia, decorrente ou relativa ao presente acordo, será solucionada através de negociações cordiais entre o PMA e o Governo. Entretanto, qualquer controvérsia entre o Governo e o PMA que não possa ser solucionada por negociação ou outro modo de entendimento, será submetida a arbitragem a pedido de uma das partes. A arbitragem será realizada num lugar

fora do país beneficiário do projeto a que se refere este acordo, a ser estabelecido entre as partes. Cada parte indicará um árbitro e dará conhecimento a ele sobre os fatos do caso e notificará à outra parte o nome do seu árbitro. Caso os árbitros não cheguem a um acordo quanto ao laudo, deverão imediatamente nomear um desempataador. Se, dentro de trinta dias a partir do pedido de arbitragem, cada parte não tiver indicado um árbitro, ou se os árbitros não chegarem a um acordo sobre o laudo ou sobre a indicação de um desempataador, qualquer das partes poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional da Justiça a indicação de um árbitro ou desempataador, conforme o caso. As despesas com a arbitragem serão cobertas pelas partes, conforme fique estabelecido no laudo arbitral. O laudo arbitral será aceito pelas partes como a decisão final da controvérsia.

20. Vê-se que, a par de uma distinção de fraseologia²⁶, a única diferença real no procedimento previsto nas duas formulações acima diz respeito ao local da arbitragem: enquanto o artigo V (5) dos dois primeiros acordos determina que “será realizada em Roma” (sede da FAO), o artigo IV (4) dos dois últimos acordos prevê, de modo mais flexível, que a arbitragem “será realizada num lugar fora do país beneficiário do projeto a que se refere este acordo, a ser estabelecido entre as partes” (*supra*). Este último dispositivo é repetido no artigo VII do presente Projeto de Acordo entre o Brasil e o PMA referente a Ajuda do PMA, ora em exame.

21. Trata-se, com efeito, de cláusula ou fórmula padronizada, inserida nos acordos supracitados entre o Brasil e o PMA. Agora, ao rever os termos do presente Projeto de Acordo, a Divisão de Organismos Internacionais Especializados (DIE) do MRE levanta a questão da propriedade ou não da previsão de recurso à arbitragem (além da negociação ou outro modo de entendimento) na cláusula sobre solução de controvérsias. Anteriormente a questão passara aparentemente sem um exame mais detido, e em boa hora é pela primeira vez suscitada no presente caso.

²⁶ “Dever-se-á/deverão imediatamente nomear um desempataador”.

VII. *Conclusões*

22. Não estamos aqui diante de cláusula que preveja ou determine a obrigatoriedade de recurso exclusivo à via arbitral para a solução, diretamente aplicável, de controvérsias entre as partes. A arbitragem é aqui prevista paralelamente à negociação ou outro modo de entendimento, ou, mais precisamente, em caso de insucesso destes últimos. A previsão dos distintos métodos de solução pacífica não assegura sejam todos eles efetivamente utilizados. Subjacente à consagração de tais procedimentos em cláusulas sobre solução pacífica de controvérsias está precisamente o elemento da *negociação*, pois mesmo o recurso à arbitragem não pode se dar sem a cooperação das partes: também para este propósito dependem as partes de negociações diretas. A consagração formal dos diferentes métodos de solução pacífica no tratado reflete uma “institucionalização de sua cooperação”, e na prática as partes podem não querer utilizar todos os métodos previstos²⁷; já bem se ressaltou que

*The great significance of the element of negotiation in the pacific settlement of inter-State disputes is illustrated by the fact that most instances of arbitration are based on an ad hoc provision*²⁸.

23. Sabe-se que, historicamente, a cristalização gradual da instituição de *clauses compromissoires* não passou sem dificuldade e hesitação, face ao receio de ter litígios submetidos obrigatoriamente à arbitragem em circunstâncias que não se poderia antever ou antecipar. Não surpreende, pois, que tais cláusulas deixassem *broad loopholes of escape at the option of either of the parties interested and offering nothing of a compulsory character*²⁹. Nem sempre as *clauses compromissoires* têm sido suficientemente claras quanto à maneira de sua implementação, deixando em aberto os detalhes para arranjos ou negociações subseqüentes (sujeitos a diferenças de opinião e incertezas de operação)³⁰.

²⁷ P.J.I.M. de Waart. *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States*. The Hague, M. Nijhoff, 1973, p. 40-41 e 92.

²⁸ *Ibid.*, p. 167.

²⁹ J.H. Ralston. *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford/Cal.: Stanford University Press, 1929, p. 45.

³⁰ *Ibid.*, p. 50-51 e 53.

24. As cláusulas compromissórias antecedem historicamente em muito os tratados de arbitragem permanente³¹, e passaram a figurar, na época contemporânea, mais frequentemente em tratados de comércio, de navegação e de demarcação de fronteiras³². Ainda recentemente, a Declaração de Manila sobre Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1982) *inter alia* insta os Estados (membros das Nações Unidas) a que considerem a possibilidade de inserir em tratados, quando apropriado, cláusulas prevendo a via judicial (recurso à Corte Internacional de Justiça) para a solução de controvérsias decorrentes da interpretação ou aplicação de tais tratados³³. Mas, tanto no tocante à via judicial quanto à via arbitral, o problema não se esgota na simples consagração de cláusulas do gênero.

25. Em relação à via arbitral, a própria Comissão de Direito Internacional da ONU, ao considerar o Modelo de Regras sobre o Procedimento Arbitral (*rapporteur* Georges Scelle), vislumbrou a possibilidade de divergência quanto à questão de saber se uma determinada controvérsia recaía, no todo ou em parte, no âmbito da obrigação de recorrer à arbitragem; ora, na prática os próprios Estados têm não raro determinado o caráter *justiciable* das controvérsias:

*La question de l'arbitrabilité est précisément soulevée lorsque les Parties ne sont pas d'accord pour le recours à l'arbitrage. Sans l'accord des États, il n'est pas possible de laisser à l'un d'entre eux l'interprétation de l'engagement. Cet acte est un accord de volontés et ne peut donc pas être apprécié par une seule d'entre elles*³⁴.

26. Na prática, os Estados têm buscado “controlar” a arbitrabilidade, e não têm sido raros os casos em que têm contestado o alcance do próprio *compromis*³⁵ ou o sentido de uma reserva. Recorde-se, por exemplo, que, no contencioso *Ambatielos* (1952), a Grécia invocou uma *clause compromissoire*

³¹ Philippe Chapal. *L'arbitrabilité des différends internationaux*. Paris: Pedone, 1967, p. 36.

³² Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. III, 2ª ed., Rio de Janeiro: 1957, p. 71.

³³ Parágrafo 5(b) (1), texto In: *International Legal Materials*. 1982 p. 454.

³⁴ Ph. Chapal, *op. cit.*, *supra* nº (31), p. 51, e p. 45, 43 e 68.

³⁵ Delbez pondera, por exemplo, que pode ocorrer que uma das partes, *dont les idées se sont modifiées depuis l'époque lointaine où elle a signé le traité d'arbitrage, refuse de concourir à ce compromis, motif pris que le différend n'existe pas ou que le litige n'est pas justiciable*. Louis Delbez. *Les principes généraux du contentieux international*. Paris, LGDJ, 1962, p.63, e cf. p. 68.

especial de um tratado de comércio que celebrara com a Grã-Bretanha, mas esta replicou que não se tratava, a seu ver, de um conflito relativo à interpretação e aplicação daquele tratado, tal como previsto na *clause compromissoire* especial em questão; o caso demonstra que, ao insistirem os Estados na caracterização dos litígios – visados pelo *compromis* de arbitragem – como *justiciables* ou não, os conflitos sobre a arbitrabilidade mostram-se “insolúveis” (a não ser que submetidos, eles próprios, como questão prévia, à arbitragem ou à solução judicial)³⁶.

27. Traço constante da prática dos Estados tem sido a preferência pelo recurso a *negociações diplomáticas prévias*, e, somente em falha destas, a outros meios de solução pacífica de controvérsias. O Brasil não tem feito exceção a isto: um relato do início do século já dava conta de que

os estadistas brasileiros, desde a Independência, tiveram sempre por princípio básico em as nossas relações exteriores preferir os acordos diretos a quaisquer outros meios de encaminhar ou dirimir divergências e contendas diplomáticas³⁷.

Assim, recorria-se ao juízo arbitral “desde que não houvesse sido possível obter solução amigável *mediante negociações diretas*”³⁸.

28. Na atualidade, como visto, a prática brasileira tem apresentado variações, desde acordos em que aparentemente não se considerou necessária a inclusão de cláusula de solução pacífica de controvérsias (e.g., no campo de cooperação técnica, ou científica e tecnológica), até acordos – com outros Estados ou com organismos internacionais – em que se contemplou a negociação de solução pacífica por processos “apropriados”, acionados “de comum acordo” (negociações diretas, consultas, arbitragem); tais variações têm ocorrido em razão da própria natureza das matérias tratadas (cf. *supra*).

29. No presente caso, nada há que impeça que se consagre o disposto sobre solução pacífica de controvérsias no artigo VII do Projeto de Acordo

³⁶ Nguyen Quoc Dinh. *Droit International Public*. Paris, LGDJ, 1975, p. 693. E, para um estudo geral, cf. M. Vaucher. *Le problème de la justiciabilité et de la non-justiciabilité en droit international des différends dits “politiques” ou “non-juridiques” et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale*. Paris, Pedone, 1951, p. 3-243.

³⁷ Dunshee de Abranches. *O Brasil e o Arbitramento*. Rio de Janeiro: Typ. Leuzinger, 1911, p. 5; Dunshee de Abranches, *Rio Branco e a Política Exterior do Brasil (1902-1912)*, vol. II, Rio de Janeiro: 1945, p. 8.

³⁸ Dunshee de Abranches, *op. cit.*, *supra* nº (37) – (2 cits.), p. 22 e 17, respectivamente.

Básico entre o Brasil e o PMA, que reproduz o conteúdo das respectivas cláusulas sobre a matéria de outros acordos anteriormente celebrados entre o Brasil e o PMA. Trata-se, como visto, de fórmula ou cláusula padronizada (*supra*). Por outro lado, tampouco nada há que impeça mudança, doravante, na orientação seguida até o presente sobre o ponto em questão: os direitos e deveres das partes estão claramente descritos no presente Projeto de Acordo Básico (podendo ainda ser objeto de tratamento detalhado em um ajuste complementar), de modo a facilitar a implementação dos projetos de cooperação acordados; a cláusula sobre solução de controvérsias prevendo a arbitragem (inclusive com o eventual concurso do Presidente da Corte Internacional de Justiça para a nomeação de árbitros ou desempatador, conforme o caso)³⁹ parece *excessiva* em um projeto de acordo – como o presente – referente a ajuda na forma de alimentos. A prática brasileira contém acordos de cooperação em que simplesmente não figuraram cláusulas de solução de controvérsias; contudo, se se considerar indicada ou conveniente a inserção de cláusula do gênero no atual projeto de acordo, pareceria de todo suficiente e satisfatória disposição que previsse a negociação ou outro modo de entendimento entre as partes, ou procedimento “adequado” de solução de controvérsias estabelecido “de comum acordo” pelas partes, – fórmula esta também utilizada na prática do Brasil.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 28 de outubro de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

³⁹ Não estamos aqui diante de concurso da Corte Internacional de Justiça, mas sim, e mais propriamente, do Presidente da Corte, para o referido propósito; trata-se de cláusula ou fórmula usual ou padronizada.

Proposta de Embaixador Itinerante:
Acreditação Cumulativa; Residência
Permanente. Direito Diplomático:
Reciprocidade; Fontes.

PARECER

A Proposta Cingapureana de Embaixador Itinerante à Luz do Direito Diplomático Contemporâneo

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Acreditação Cumulativa de Chefe de Missão Diplomática. III. Residência Permanente de Chefe de Missão Diplomática. IV. Considerações Finais.

I. Delimitação do Objeto do Parecer

A Embaixada do Brasil em Cingapura vem de consultar a Secretaria de Estado das Relações Exteriores sobre a viabilidade de novo esquema de designação e atuação do Embaixador de Cingapura no Brasil, proposto pela Chancelaria de Cingapura, pelo qual o titular de sua Missão no Brasil, acumulando as funções de Embaixador em Buenos Aires e em Santiago, seria itinerante e com residência permanente em seu próprio país. Atualmente, apesar de manter o Brasil Missão diplomática permanente em Cingapura, o titular da Missão cingapureana no Brasil reside em Washington (onde exerce as funções de Embaixador junto ao Governo americano), e embora já exercendo suas funções desde meados de 1984 e designado também Embaixador no Brasil, ainda não apresentou as credenciais. A Divisão da

Ásia e Oceania-II do MRE, ao recordar que inexistem problemas sérios nas relações bilaterais entre Brasil e Cingapura, relações estas que se têm concentrado especialmente no campo comercial, pondera que o novo esquema de Embaixador itinerante, ora proposto por Cingapura, poderia ser mais vantajoso ao Brasil: distintamente do atual Embaixador de Cingapura acreditado junto ao Governo brasileiro, que está sediado em Washington e raramente visita o Brasil, um Embaixador itinerante (como *supra*), a par de prováveis visitas regulares ao Brasil, poderia constituir-se em interlocutor de alto nível da Missão brasileira em Cingapura e facilitar os contatos desta com a administração cingapureana no interesse do incremento das relações bilaterais. Solicita-me a Subsecretaria-Geral de Assuntos Políticos Bilaterais, através do Gabinete do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, opinar sobre a matéria.

2. A viabilidade ou não – sob o prisma jurídico – do novo esquema (*supra*) de designação e atuação do Embaixador de Cingapura no Brasil, proposto pela Chancelaria de Cingapura, há de ser examinada à luz das normas e postulados do direito diplomático contemporâneo. Para este propósito, mister se faz considerar questões como a de Missões cumulativas (acreditação cumulativa) e a da residência permanente de Chefe de Missão, dentre outros aspectos que apresenta o caso em questão.

II. *Acreditação Cumulativa de Chefe de Missão Diplomática*

3. A acreditação cumulativa – perante dois ou mais Estados – de Chefe de Missão diplomática encontrou recepção na doutrina e guarida na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. A fórmula consagrada nesta última (artigo 5) resultou de projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU, que condicionava a acreditação cumulativa de Chefe de Missão ao fato de os Estados acreditados a isto não se oporem. Emenda dos Estados Unidos, Itália e Federação da Malaia fortaleceu a fórmula consagrada, mediante o acréscimo do vocábulo “expressamente”¹. Os dois primeiros parágrafos do artigo 5 da Convenção de Viena dispõem que

¹ G.E. do Nascimento e Silva, *A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*, 2ª ed., Brasília: MRE, 1978 p. 54.

O Estado acreditante poderá, depois de haver feito a devida notificação aos Estados acreditados interessados, nomear um Chefe de Missão ou designar qualquer membro do pessoal diplomático perante dois ou mais Estados, a não ser que um dos Estados acreditados a isso se oponha expressamente.

Se um Estado acredita um Chefe de Missão, perante dois ou mais Estados, poderá estabelecer uma Missão diplomática dirigida por um Encarregado de Negócios *ad interim* em cada um dos Estados onde o Chefe da Missão não tenha a sua sede permanente².

4. Já se advertiu que a chamada acreditação “circular”, distinta, caracterizada pelo envio de diplomata *ad hoc* itinerante, é considerada “*à juste titre*” por especialista em questão de protocolo diplomático como “*discourtois*”³. Em se tratando, porém, de missão permanente, a forma excepcional de exercício do direito de legação mediante nomeação ou acreditação perante dois ou mais Estados pode hoje ser considerada como cristalizada pela prática dos Estados. Nesse caso, não raro ditado por “considerações de economia”, “o normal é que o Estado acreditante indique um Chefe de Missão, *já servindo em posto de preferência vizinho*, para se dirigir ao Estado acreditado e ali apresentar suas credenciais”⁴. Contribuiu para dar a esta situação um cunho de atualidade o aparecimento de novos Estados no cenário internacional; problemas práticos daí adviram, como, e.g. dificuldades de ordem material e falta de pessoal qualificado. Não deve aqui passar despercebido que, ainda que seja em relação à mesma pessoa que se dá a acreditação perante dois ou mais Estados, os acordos de vontade que formam sua base são independentes uns dos outros, e deverá haver assim tantos acordos quantos forem os atos de acreditação⁵.

² Da mesma forma, acrescenta o artigo 6 da Convenção de Viena que “dois ou mais Estados poderão acreditar a mesma pessoa como Chefe da Missão perante outro Estado, a não ser que o Estado acreditado a isso se oponha”.

³ Milan Bartos. Le statut des Missions spéciales de la diplomatie *ad hoc*, 108 *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*. 1963 p. 499, e cf. p. 498-500.

⁴ G.E. do Nascimento e Silva. *op. cit.*, *supra* nº 1, p. 53 (ênfase acrescentada).

⁵ Philippe Cahier. *Le droit diplomatique contemporain*, 2. ed. Genève: Droz, 1964, p. 100-101, e cf. p. 82 sobre a figura do “embaixador itinerante”.

5. Não surpreende que tal situação não passe sem inconvenientes, como bem adverte Philippe Cahier,

*d'une part parce qu'un chef de mission, pour bien remplir ses fonctions, a besoin de résider de manière permanente sur le territoire de l'État accréditaire, et si un partage peut encore se faire en cas de double accréditation, cela n'est plus possible en cas d'accréditation multiple. D'autre part les différents États, auprès desquels le chef de mission est accrédité, peuvent ne pas avoir entre eux de bons rapports, ou, s'ils sont bons à l'origine, ils peuvent se détériorer par la suite, ce qui ne sera guère de nature à faciliter la tâche du chef de mission. Par exemple le Saint-Siège s'est toujours élevé contre des accréditations multiples, car il ne voulait pas que les chefs de mission accrédités auprès de lui le soient aussi auprès du gouvernement italien.*⁶

6. Para Adolfo Maresca, os órgãos de relações internacionais, em regra geral, devem “*assiduamente risiedere nel territorio dello Stato accreditario*”; admite-se uma limitação a tal regra quando o Chefe de Missão tenha que regressar “temporariamente” a seu país por “razões de ofício”⁷. Ademais – acrescenta o autor, – o instituto da dupla ou múltipla acreditação nada mais é do que “*una notevole deviazione alla regola dell'assidua ed esclusiva residenza dell'organo diplomatico nel territorio dello Stato ricevente*”⁸. Do exposto, vê-se que há uma presunção de que o Chefe de Missão deva residir permanentemente no território do Estado acreditado, e, no caso de acreditação cumulativa, no território de um Estado preferencialmente vizinho. Disso isto, passemos ao exame da questão da residência permanente propriamente dita de Chefe de Missão.

III. *Residência Permanente de Chefe de Missão Diplomática*

7. Já se referiu à expressão “agentes diplomáticos” – a abranger, no sentido da Convenção de Viena de 1961, “o Chefe da Missão ou um membro do pessoal diplomático da Missão” (artigo 1 (e)) – como denotando as pessoas

⁶ Ibid., p. 100-101 (ênfase acrescentada).

⁷ Adolfo Maresca, *II Procedimento Protocollare Internazionale*. vol. I: *Teoria Generale ed Analisi Tecnico-Diplomatica*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 238 (ênfase acrescentada).

⁸ Ibid., p. 239 (ênfase acrescentada).

que “*carry on the political relations of the States which they represent, in conjunction with the Minister for Foreign Affairs of the country where they are appointed to reside*”⁹. Alguns autores são peremptórios, como Rubens Ferreira de Mello, para quem “*o agente diplomático é obrigado a residir na capital do país onde se acha acreditado*, dela se ausentando apenas quando autorizado pelo seu Governo, ou para conhecer, como é natural, o país onde exerce suas funções”¹⁰. Também Daniel Antokoletz aborda a questão em termos de obrigação: “*Una vez nombrado, el funcionario diplomático tiene el deber de trasladarse al país de su destinación a la mayor brevedad posible, o dentro del plazo señalado en los reglamentos del país de su procedencia*”¹¹.

8. Se o entendimento não fosse o de que o Chefe de Missão há de residir no território do Estado em que se acha acreditado, não haveria razão para a atenção dedicada pelos tratadistas à questão das imunidades de sua *residência*¹², sobre a qual, aliás, dispõe a própria Convenção de Viena de 1961¹³. Elemento decisivo para os propósitos do presente Parecer é o teste indicado por Cahier (*supra*), Accioly¹⁴ e outros, a saber, a necessidade de residência permanente no território do Estado acreditado para o bom e fiel *desempenho de suas funções*. Estas últimas estão previstas na Convenção de Viena de 1961, artigo 3 (consistindo, resumidamente, nas funções de representação, proteção de interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, negociação, coleta e transmissão de informações, e promoção de relações amistosas). Para o exercício efetivo de tais funções¹⁵, mister se faz que o Chefe de Missão resida permanentemente no Estado acreditado, de modo

⁹ E. Satow, *A Guide to Diplomatic Practice*, 4. ed. NY: D. Mckay Co. Inc., 1962, p. 115 (ênfase acrescentada), e cf. p. 123 (“*continuous residence of na Emabassy*”) e 164 (*appointment of agents or residents*).

¹⁰ Rubens Ferreira de Mello, *Tratado de Direito Diplomático*, vol. I, MRE/Serviço de Publicações, s/d, p. 247 (ênfase acrescentada).

¹¹ Daniel Antokoletz, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Diplomático y Consular*, vol. I, Buenos Aires: Edit. Ideas, 1948, p. 205, cf. p. 212.

¹² Cf. E.C. Grenville Murray, *Droits et devoirs des envoyés diplomatiques*. Londres: R. Bentley, 1853, p. 92-93 e 95-96; E. Satow, *op. cit.*, *supra* nº 9, p. 213-227; R.G. Feltham, *Diplomatic Handbook*. 2ª ed. London, Longman, 1977, p. 36-37; J.W.Foster. *The Practice of Diplomacy*. Boston/NY: Houghston Mifflin Co., 1906, p. 72-73 (sobre a conveniência do direito de propriedade).

¹³ Consoante o artigo 30(1), “a residência particular do agente diplomático goza da mesma inviolabilidade e proteção que os locais da Missão”.

¹⁴ Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. vol. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: 1956, p. 458 (nomeação para “representar o Estado no exterior”) e 460-464.

¹⁵ Cf., a respeito, e.g., Jean Serres, *Manuel pratique de protocole*. Vitry-Le-François (Marne): Éd. de l'Arquebuse, 1960, p. 52; R.G. Feltham, *op. cit.*, *supra* nº 12, p. 2.

a, e.g., cumprir os deveres básicos de representação e promoção de relações amistosas, “*bien négociier*” com autoridades locais, observar atentamente o que se passa “*autour de lui*” e relatar a seu Governo¹⁶. É pertinente observar que, em seu *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*, ao discorrer sobre as atribuições do Chefe de Missão, Raoul Genet cita como modelo as “*prescriptions attentives du Règlement brésilien*” de 11 de fevereiro de 1920, reproduzindo integralmente o artigo 11 do mesmo¹⁷.

IV. Considerações Finais

9. No presente caso, embora o Brasil mantenha Missão diplomática permanente em Cingapura (ali instalada em 1979), o titular da Missão cingapureana no Brasil reside atualmente em Washington (onde exerce as funções do Embaixador junto ao Governo norte-americano). Ademais, propõe a Chancelaria de Cingapura que o titular de sua Missão no Brasil doravante acumule as funções de Embaixador em Buenos Aires e em Santiago, seja itinerante e com residência permanente em seu próprio país. Se é certo que a reciprocidade não é aqui estritamente obrigatória (a exemplo de Estados africanos que recebem Missões diplomáticas – geralmente Embaixadas – e “poucas são as suas representações no Exterior”¹⁸), também é certo que, no tipo de relações diplomáticas de acreditação cumulativa (*supra*), “*a reciprocidade é a regra*”, pois “*não é normal* que um Estado tenha uma Missão permanentemente estabelecida num país que mantém Missões ocasionais” (tais como as previstas pelo artigo 5 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961)¹⁹. Admite-se, excepcionalmente, que, em razão dos interesses envolvidos no plano bilateral, um dos Estados concorde em não receber um titular permanente embora possua representação estabelecida no outro Estado, mas não obstante detêm os Estados o direito (consignado no artigo 5 da Convenção de Viena) de “não concordar que um Chefe de Missão acreditado junto a Governo

¹⁶ Graham Stuart. Le droit et la pratique diplomatique et consulaire, 48 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1934, p. 527-529.

¹⁷ Cf. Raoul Genet, *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*, vol. II, Paris: Pédone, 1931, p. 315-317.

¹⁸ G.E. do Nascimento e Silva, *A Missão Diplomática*, Rio de Janeiro, Cia. Ed. Americana, 1971, p. 79.

¹⁹ G.E. do Nascimento e Silva, *op. cit.*, *supra* nº 1, p. 54 (ênfase acrescentada).

estrangeiro o seja igualmente junto ao seu”²⁰, – ainda mais na forma proposta no presente caso pela Chancelaria cingapureana de residência permanente em seu próprio país.

10. Já bem se advertiu que “*une des meilleures garanties du droit diplomatique réside dans un de ses fondements, c’est-à-dire la réciprocité*”²¹, talvez com ainda maior razão no tocante às relações bilaterais entre um Estado parte na Convenção de Viena de 1961 e um Estado que não tenha aderido a esta. É a situação que se configura no presente caso, em que o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 em 25 de março de 1965, e Cingapura não o fez até o presente (conforme consta dos arquivos da Coordenadoria de Atos Internacionais do MRE). Nem por isso poderia Cingapura subtrair-se à observância dos postulados e regras do direito diplomático contemporâneo: a esse respeito, ao fato de Cingapura não haver até o presente ratificado a Convenção de Viena de 1961 não se pode dar uma dimensão maior do que efetivamente tem.

11. Sabe-se que, historicamente²², o direito diplomático evoluiu pela prática dos Estados, i.e., pelo costume internacional. Ponto marcante nesse processo de evolução foi a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, porquanto a partir de então, “*en fixant la coutume qui existait jusqu’ici*”, e ao esclarecer pontos sobre os quais pairavam incertezas, a referida Convenção passou a ser a principal fonte do direito diplomático contemporâneo²³. É amplamente reconhecida a considerável influência que as chamadas “convenções de codificação” – como a Convenção de Viena de 1961 – exercem (ainda que não ratificadas) na formação do costume internacional: seu impacto no direito internacional geral ou consuetudinário é tão decisivo que Estados não-partes não podem simplesmente ignorá-las. Seus efeitos no direito internacional geral podem fortalecer-se ainda mais

²⁰ Cf. *ibid.* p. 54.

²¹ Ph. Cahier, *op. cit.*, *supra* nº 5, p. 39.

²² Cf., e.g., Ernest Nys, *Les origines de la diplomatie et le droit d’Ambassade jusqu’à Grotius*, Bruxelles: Libr. Eur. C. Muquardt/Merzbach e Falk Éd, 1884, p. 7-55; V. Potiemkine (org.), *Histoire de la Diplomatie*, vols. I-III, Paris: Libr. Médicis, 1946-1947.

²³ Ph. Cahier, *op. cit.*, *supra* nº 5, p. 30, 37 e 42. A Convenção, como é sabido, regulamenta em detalhes os aspectos mais tradicionais do direito diplomático, como o do *status* das Missões diplomáticas permanentes (e agentes diplomáticos); mas, por “falta de tempo”, tanto a Comissão de Direito Internacional da ONU (no estágio preparatório) quanto a própria Conferência de Viena deixaram de analisar aspectos mais recentes como o da diplomacia *ad hoc* (Missões especiais e enviados itinerantes); cf. *ibid.*, p. 36-37; M. Hardy, *op. cit.*, *infra* nº 28, p. 5.

quando suplementadas subsequente por uma prática internacional que com elas se harmonize²⁴.

12. Tais considerações se aplicam com ainda maior força no caso da Convenção de Viena de 1961, que entrou prontamente em vigor, em 24 de abril de 1964²⁵. Cedo se previu que provavelmente a referida Convenção “*will in future govern relations between all States even though they may not all be signatories to it*”²⁶. A própria Convenção, porém, admite não ser exaustiva, ao prever no preâmbulo que “as normas de direito internacional consuetudinário devem continuar regendo as questões” que por ela não tenham sido “expressamente reguladas”. Abre-se aqui a possibilidade de que o costume internacional na matéria continue a exercer sua função nas relações entre os Estados que tenham ratificado a Convenção e os que não o tenham feito, ou que, o tendo feito, a tenham depois denunciado. Mas mesmo assim a questão não passaria sem dificuldade e inconvenientes, notadamente o fato de que o costume internacional “é indeterminado”, sendo “*difficile de faire la preuve de son existence*”²⁷. Donde a maior conveniência – se não necessidade – de tomar como base o disposto na Convenção de Viena de 1961 para os mais diversos casos.

13. Pode-se ainda argumentar que, podendo a Convenção de Viena de 1961 ser considerada como mais do que uma “codificação” das regras existentes e estabelecendo ela um novo *corpus* de direito, só obrigaria os Estados-partes e suas regras seriam obrigatórias *erga omnes* exceto nos casos em que “um Estado manteve consistentemente uma prática contrária”²⁸. Mesmo nessa hipótese, como já bem se advertiu, “*the burden of proof resting on non-adhering States to show the existence of a contrary rule or practice, and even on those States maintaining reservations based on custom with respect to given issues, will be very great*”²⁹. *Onus probandi incumbit actori, onus probandi*

²⁴ C. Th. Eustathiades, *Unratified Codification Conventions*. Gilberto Amado Memorial Lecture, United Nations, Geneva, 1973, p. 7-8.

²⁵ E, em relação ao Brasil, em 24 de abril de 1965 (no trigésimo dia após a ratificação, de 25 de março de 1965).

²⁶ John R. Wood e Jean Serres, *Diplomatic Ceremonial and Protocol – Principles, Procedures and Practices*, New York: Columbia University Press, 1970, p. 23 (ênfase acrescentada).

²⁷ Ph. Cahier, *op. cit.*, *supra* nº 5, p. 30-31. Sobre a questão da prova do costume no direito internacional, cf. A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Ed. UnB, 1981, p. 5-9.

²⁸ Michael Hardy, *Modern Diplomatic Law*. Manchester: University Press/Oceana, 1968, p. 6-7.

²⁹ *Ibid.*, p. 7.

*incumbit ei qui dicit*³⁰. No presente caso, recairia sobre Cingapura o ônus da prova ou demonstração de que sua proposta de Embaixador itinerante com residência permanente em seu próprio país não está em desacordo com os postulados e normas do direito diplomático contemporâneo.

14. À alegação (da Divisão da Ásia e Oceania-II do MRE) de que a presente proposta cingapureana proporcionaria à Missão brasileira em Cingapura um interlocutor “mais interessado” e de “alto nível”, poder-se-ia replicar que não poderia nossa Missão naquele país contar com interlocutor de nível mais alto que o próprio Chanceler de Cingapura. Informação que vem de chegar à Secretaria de Estado dá conta de que, no *cas d’espèce*, tanto a Argentina quanto o Chile já concederam o *agrément* ao Embaixador itinerante recém-designado, na forma proposta, pela Chancelaria cingapureana (telegrama n° 142, de 7.11.1985, da Embaixada de Cingapura para Exteriores). O Chile, quando da visita de seu Chanceler a Cingapura em maio último, propôs que este país se fizesse representar em Santiago, “dados os crescentes interesses comerciais”; no início da corrente Assembléia Geral da ONU, porém, Cingapura adiantou à Delegação chilena ser-lhe difícil manter uma representação permanente em Santiago, “dado o reduzido corpo diplomático de que dispõem”. A fórmula proposta de Embaixador itinerante (*supra*) foi então aceita pelo Chile, no quadro de suas diretrizes gerais de aproximação comercial e política com o Pacífico (telegrama n° 1.093, de 12.11.1985, da Embaixada em Santiago para Exteriores).

15. A atual forma de representação, em que o titular da Missão cingapureana no Brasil reside em Washington (onde exerce as funções de Embaixador junto ao Governo norte-americano), não se afigura satisfatória sequer do ponto de vista comercial, que parece ser o de maior interesse do Brasil. A presente proposta (de Embaixador itinerante) da Chancelaria de Cingapura parece assim – na avaliação da área política do MRE – interessar do ponto de vista comercial e político. No entanto, do ponto de vista jurídico, gera preocupação. O político e o jurídico, tão próximos no exercício ou condução das relações diplomáticas, aqui se divorciam inelutavelmente. Consideração propriamente *jurídica* do esquema atípico proposto por

³⁰ Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, *The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law*, 9 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* – Paris: 1976 p. 81-121.

Cingapura só poderia levar-me a concluir – pelas razões acima expostas – por seu não atendimento. As considerações de ordem sobretudo comercial, a tentar justificar aquele esquema, aqui se afastariam da prática e tradição diplomáticas brasileiras; se Cingapura insistir na fórmula proposta, sobre ela recairá o ônus da prova de que não está em desacordo com os postulados básicos do direito diplomático e com a melhor prática dos Estados.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 21 de novembro de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

1986

Corte Internacional de Justiça.
Jurisdição obrigatória: Limites.
Contencioso Nicarágua *versus* Estados
Unidos. Solução Judicial: Avaliação,
Perspectivas.

PARECER

*Os Limites da Jurisdição Obrigatória da Corte Internacional de Justiça e as
Perspectivas da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais*

*(Com Atenção Especial ao Contencioso Nicarágua versus Estados Unidos,
1984-1985)*

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. O Voluntarismo Estatal no Processo Perante a Corte Internacional de Justiça. 1. Aceitação da Jurisdição da Corte e Iniciação do Processo. 2. Apresentação do Conteúdo do Litígio. 3. Não-Comparecimento de uma das Partes Litigantes Perante a Corte. 4. Descontinuação do Processo. III. O Contencioso Nicarágua *versus* Estados Unidos Perante a Corte Internacional de Justiça (1984-1985). IV. Solução Judicial de Controvérsias Internacionais: Balanço Geral. V. Solução Judicial de Controvérsias Internacionais: Perspectivas. VI. Considerações Finais: a Solução Judicial e a Dimensão real do Voluntarismo Estatal.

I. *Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer*

No decorrer do contencioso entre Nicarágua e Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça, o Departamento de Estado norte-americano anunciou, em declaração formal de 7 de outubro último, a decisão do Governo norte-americano de não mais aceitar a chamada “jurisdição obrigatória” da Corte Internacional de Justiça. Alegou o Departamento de Estado que o Estatuto da Corte “deixa à discrição de cada Estado determinar sua relação com a Corte Internacional” e “refere-se explicitamente ao direito de condicionar a aceitação da jurisdição compulsória da Corte ao princípio da reciprocidade”. O Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, em *memorandum* ao Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores de 17 de outubro último, pondera que a decisão norte-americana, “politicamente, é mais um sinal claro da tendência do Governo Reagan de ‘desprezar’ os foros onde se exprimem os ideais do multilateralismo” (*memo.* SG/184). Encaminha-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores consulta do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores acerca das “repercussões jurídicas” da medida adotada pelo Governo dos Estados Unidos assim como dos “limites da jurisdição obrigatória” da Corte Internacional de Justiça.

2. Para tal, mister se faz examinar, de início, a incidência do voluntarismo estatal em momentos ou fases distintas do processo perante a Corte Internacional de Justiça (quais sejam, na aceitação da jurisdição da Corte e iniciação do processo, na apresentação do conteúdo do litígio, na hipótese ou possibilidade de não-comparecimento de uma das partes perante a Corte, e na descontinuação do processo). Após considerar, a seguir, o desenrolar do contencioso entre Nicarágua e Estados Unidos perante a Corte de Haia (1984-1985), o campo estará aberto a um balanço geral, assim como a avaliação e perspectivas da solução judicial de controvérsias internacionais na atualidade.

II. *O Voluntarismo Estatal no Processo Perante a Corte Internacional de Justiça*

1. *Aceitação da Jurisdição da Corte e Iniciação do Processo*

3. Um exame da solução pacífica das controvérsias internacionais pela *via judicial* revela que esta se encontra, em momentos distintos, irremediavelmente impregnada das vicissitudes do voluntarismo estatal. Não

surpreende deparar em publicação da própria Corte Internacional de Justiça com a confissão de que “uma vez que a jurisdição da Corte se baseia no consentimento dos Estados, é a vontade destes que, em última análise, determina o alcance daquela jurisdição e a frequência do recurso a ela”¹. É o que se verifica a partir da iniciação do processo.

4. O artigo 36 do Estatuto da Corte determina as possibilidades distintas de manifestarem os Estados seu consentimento em submeter uma controvérsia à decisão da Corte. A primeira possibilidade é mediante um acordo especial (*compromis/special agreement*) entre as partes para reconhecer a jurisdição da Corte em relação ao caso concreto². A segunda possibilidade é mediante tratados ou Convenções em vigor (bilaterais e multilaterais – parágrafo 1º do artigo 36) que contenham *clauses compromissoires* atribuindo jurisdição à Corte de Haia. Há cerca de uma década estimava-se que atingia a casa dos 700 o número de tratados ou Convenções do gênero, registrados no secretariado da Liga das Nações Unidas, dos quais aproximadamente 400 ainda em vigor.³ Esta possibilidade é a que vem de ocorrer no caso que nos ocupa, o de Nicarágua *versus* Estados Unidos (1984-1985), em que a Corte de Haia afirmou sua competência para examinar a reclamação nicaraguense com base no artigo XXIV do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre Estados Unidos e Nicarágua de 1956, além de referir-se aos parágrafos 2 e 5 do artigo 36 de seu Estatuto.⁴

5. O parágrafo 2 do artigo 36 indica, precisamente, a terceira possibilidade, qual seja, a de reconhecer a jurisdição “obrigatória” da Corte Internacional de Justiça mediante uma declaração unilateral sob a chamada “cláusula facultativa”. Resumindo, pois, pode-se dizer que há duas fontes distintas de jurisdição da Corte Internacional de Justiça: acordos ou tratados e Convenções em vigor, englobando os *compromis* reconhecendo a jurisdição da Corte em relação a casos concretos, assim como os tratados e Convenções contendo *clauses compromissoires* no mesmo sentido (as duas primeiras possibilidades acima mencionadas); e declarações sob a chamada “cláusula

¹ ICJ. *The International Court of Justice*, The Hague, 1976, p. 39.

² Se, ao momento da iniciação do processo, apenas um dos Estados litigantes a reconheceu, e o outro só vem a fazê-lo subsequenteiramente, está-se diante do caso mais raro do *forum prorogatum*. É o que ocorreu no *caso do Canal de Corfu* (Reino Unido *versus* Albânia, 1949).

³ ICJ, *op. cit.*, *supra* nº 1, p. 35.

⁴ CIJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicarágua *versus* Estados Unidos), Julgamento de 26 de novembro de 1984, *ICJ Reports*. 1984, p. 442, e cf. p. 427-428.

facultativa da jurisdição obrigatória” da Corte (a terceira possibilidade supracitada).

6. Este ponto foi devidamente esclarecido por alguns Juízes da Corte, há cerca de uma década, quando ressaltaram que “o caráter distinto e independente das duas fontes de jurisdição da Corte” (*supra*) refletia-se não apenas em determinados dispositivos de seu Estatuto a respeito (artigos 37 e 36(5), respectivamente) como também na própria jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça⁵. Uma e outra fontes – cláusula compromissória e declaração sob a cláusula facultativa – não têm passado, porém, sem dificuldades.

7. Ilustração da primeira é fornecida, e.g., pelo contencioso *Ambatielos* (Exceção Preliminar, Grécia *versus* Reino Unido, 1952), em que a Grécia invocou uma cláusula compromissória – de um tratado de comércio e navegação celebrado com a Grã-Bretanha – e o Reino Unido objetou que não se tratava de uma controvérsia relativa à interpretação e aplicação daquele tratado tal como previsto na cláusula compromissória em questão⁶. Outro ponto – este esclarecido pelo Estatuto da Corte Internacional (artigo 37) – é o que se prende ao fato de que quando um tratado ou Convenção prever a submissão de uma controvérsia à jurisdição da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, a Corte Internacional de Justiça constituirá tal jurisdição entre as partes no Estatuto (o mesmo se aplicando às declarações).

8. Situação talvez mais dramática é precisamente a da evolução das declarações sob a “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória” da Corte, artifício originalmente consagrado em seu Estatuto por inspiração de um internacionalista brasileiro, Raul Fernandes, conforme documentado no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*⁷. Já em 1955,

⁵ Cf. o Voto Dissidente Conjunto dos Juízes Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga e Waldock, no *caso dos Testes Nucleares* (Austrália *versus* França), Julgamento de 20 de dezembro de 1974, *Reports of the International Court of Justice*. 1974, p. 348-349; e no mesmo sentido, o voto dissidente do Juiz Barwick, In: *ibid.*, p. 402 e 416.

⁶ O que, no entender de Nguyen Quoc Dinh, demonstra que uma parte pode recusar-se a concluir o *compromis* por rejeitar a “arbitrabilidade” da disputa. Nguyen Quoc Dinh. *Droit international public*. Paris: LGDJ, 1975, p. 693.

⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1919-1940)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1984, p. 135-137 e 236.

Waldock detectava um “sensível declínio” no uso do sistema da cláusula facultativa e advertia que os dados estatísticos em perspectiva histórica não davam margem para muito otimismo⁸, o que foi confirmado por dados mais recentes⁹: em 1934, 42 Estados haviam formulado declarações sob a cláusula facultativa reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte; em 1938, o total baixou para 40 (dentre os 52 membros da Liga das Nações); em 1947, apenas 25 Estados estavam vinculados pela cláusula, total este que subiu no biênio 1952-1953 para 37; em fins de 1955 o número de Estados vinculados voltou a baixar para 28 (dentre os 60 membros da ONU). Desde então, a extraordinária expansão na composição da ONU não se fez acompanhar de um aumento proporcional ou correspondente do número de Estados aceitando a cláusula facultativa: ao contrário, a proporção declinou de 1:2 para 1:5 para os Estados-membros após 1955¹⁰. Sabe-se que ao final de 1979 registravam-se 152 Estados-membros da ONU¹¹, mas do último *Anuário* da Corte Internacional de Justiça (referente ao biênio 1983-1984) constam não mais do que 47 Estados que formularam declarações (sob a cláusula facultativa) reconhecendo como obrigatória a jurisdição da Corte¹². O quadro geral relativo à aceitação da jurisdição da Corte em casos contenciosos¹³ não se afigura, pois, dos mais alentadores.

9. Como se não bastasse, as declarações de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte se vêem por vezes enfraquecidas pela formulação de reservas, e a importância destas últimas acrescida pela condição de reciprocidade. Desse modo, como a própria Corte confessa, sua jurisdição é “universal” somente em relação a pouquíssimos Estados, *being limited to various extents in respect of all the others*¹⁴. Até recentemente, por exemplo, se têm contado “reservas automáticas” à cláusula facultativa do Estatuto da Corte excetuando litígios ou assuntos que pertençam “essencialmente ao

⁸ C.H.M. Waldock. Decline of the Optional Clause, 32 *British Year Book of International Law*. 1955-1956, p. 244-287, esp. p. 245-246 e 283.

⁹ Cf. D.W. Bowett. Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes, 180 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1983, p. 222.

¹⁰ D.W. Bowett, *op. cit.*, *supra* nº (9), p. 222.

¹¹ United Nations. *Basic Facts about the United Nations*. NY: UN, 1980, p. 125.

¹² International Court of Justice. *Yearbook 1983-1984*, nº 38, The Hague, ICJ, 1984, p. 57-91.

¹³ Quanto à sua jurisdição consultiva, cf. *infra*.

¹⁴ ICJ, *op. cit.*, *supra* nº (1), p. 37-39.

domínio reservado” dos Estados em questão¹⁵. Já em fins da década de 1950 o *Institut de Droit International* (sessão de Neuchâtel) reagia a esta atitude, ao conclamar os Estados a se valerem do recurso à Corte Internacional de Justiça como método normal de solução de controvérsias, e a aceitarem a jurisdição da Corte mediante compromissos que a tornem efetiva e “não-ilusória”¹⁶.

10. Assim, no tocante à jurisdição contenciosa da Corte Internacional de Justiça, a aceitação desta por parte dos Estados sujeita-se aos limites e condicionamentos acima vistoriados. A iniciação propriamente dita do processo pode dar-se de duas formas: pelo já mencionado *acordo* entre as partes (*compromis/special agreement*), atribuindo jurisdição à Corte e definindo a questão em litígio, ou por *petição unilateral* (*requête introductive d’instance/unilateral application instituting proceedings*), indicando as partes litigantes e o assunto do litígio¹⁷.

2. Apresentação do Conteúdo do Litígio

11. É curioso que no contencioso judicial um aspecto de relevância – em que também sobressai o voluntarismo estatal – tenha sido até o presente negligenciado pela doutrina: o da definição ou modo de apresentação do conteúdo de uma disputa pelas partes litigantes. A apresentação do caso poderá condicionar a linha de raciocínio conducente a uma decisão. É certo que as partes litigantes normalmente aceitam o elemento de discricionariedade inerente ao processo judicial internacional, mas, como já bem se observou, o que os Estados

estão menos dispostos a aceitar é um processo que seja divorciado dos argumentos que eles encaminharam à Corte, ou que pareça negar-lhes a oportunidade de serem ouvidos sobre todas as questões essenciais que formam a base do eventual julgamento da Corte¹⁸.

¹⁵ Cf. A. A. Cançado Trindade. *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 31-35; 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, p. 744-751.

¹⁶ *Annuaire de l’Institut de Droit International*. 1959, II p. 359-360.

¹⁷ Cf. descrição In, e.g., S. Rosenne. *The World Court – What It is and How It Works*. 3. ed. rev., Leiden: Sijthoff/Oceana, 1973, cap. V, p. 85-120, esp. p. 87-88.

¹⁸ D.W. Bowett, *op. cit.*, *supra* nº (9), p. 200-201, e cf. p. 196.

Assim, é necessário que de início se atente para o que exatamente buscam as partes que optaram pela solução judicial em cada caso concreto.

12. A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça é elucidativa a respeito: nela registram-se exemplos de pedidos de declaração sobre a existência de certos direitos, poderes e deveres (e.g., petição colombiana no *caso do Asilo*, 1950; petição grega no *caso Ambatielos*, 1952; petição portuguesa no *caso do Direito de Passagem sobre Território Indiano*, 1957; argumentos hondurenhos no *caso da Sentença Arbitral de 1906 do Rei da Espanha*, 1960; dentre outros); pedidos de determinação de título de soberania sobre determinado território – incluindo ilhas (e.g., *compromis franco-britânico no caso de Minquiers e Ecrehos*, 1953) ou de declaração de título de soberania sobre determinado território (e.g., petição cambojana no *caso do Templo de Préah Vilhéar*, 1962); pedidos de declaração de que certos atos são contrários ao direito internacional e acarretam a responsabilidade do Estado (reclamado) (e.g., petição israelense no *caso do Acidente Aéreo de 1955*, 1959; petição belga no *caso da Barcelona Traction*, 1962-1964 e 1970); pedido de declaração quanto à validade de uma medida de expropriação (e.g., disputa anglo-iraniana no *caso da Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952¹⁹, e assim por diante.

13. No campo específico do direito do mar, por exemplo, têm-se verificado pedidos de indicação de “princípios e regras” (*caso da Plataforma Continental do Mar do Norte*, 1969) ou de esclarecimento quanto à aplicação prática de tais “princípios e regras” (*caso da Plataforma Continental, Tunísia versus Líbia*, 1982); pedido de declaração quanto à validade de um método de delimitação de zona de pesca (*caso das Zonas de Pesca, Grã-Bretanha versus Noruega*, 1951); e pedido a que se procedesse ao traçado propriamente dito do limite marítimo (*caso do Golfo do Maine, Canadá versus Estados Unidos*, 1984); tais distinções sugerem que o elemento de discricionariedade ínsito ao processo judicial internacional (*supra*) se estende à própria maneira de apresentação do caso pelas partes litigantes²⁰, – um elemento a ter sempre presente na avaliação da solução judicial de controvérsias internacionais.

¹⁹ Ian Brownlie. Causes of Action in the Law of Nations, 50 *British Year Book of International Law*. 1979, p. 20-25 e 13.

²⁰ D.W. Bowett, *op.cit. supra* nº (9), p. 197; e cf. I. Brownlie, *op. cit., supra* nº (19), p. 23.

3. *Não-Comparecimento de uma das Partes Litigantes Perante a Corte*

14. Outro aspecto do contencioso judicial internacional, em que também se faz claramente presente o voluntarismo estatal, e que na última década vem assumindo proporções cada vez mais preocupantes tem sido o do *não-comparecimento* de uma das partes (o Estado demandado) perante a Corte Internacional de Justiça. As ocorrências vêm se sucedendo nos últimos anos: por exemplo, a Islândia deixou de comparecer no *caso da Jurisdição de Pesca* (1974); o mesmo ocorreu com a França no *caso dos Testes Nucleares* (1974), com a Turquia no *caso da Plataforma Continental do Mar Egeu* (1978), com o Irã no *caso dos Refêns – Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã* (1979-1981). Como os casos se multiplicam e o não-comparecimento perante a Corte é previsto em seu próprio Estatuto (artigo 53), surgem as primeiras reações na doutrina, revelando um certo grau de incerteza e hesitação sobre como enfrentar o problema.

15. Há quem sustente que a Corte deveria se empenhar ao máximo para desencorajar a prática do não-comparecimento²¹, assim como há quem advirta que o fenômeno do não-comparecimento (sintomático da falta de confiança na Corte) não há de ser resolvido pela aplicação de penalidades ao Estado ausente²². O não-comparecimento de uma das partes litigantes dificulta naturalmente o trabalho da Corte, em especial em seu propósito de assegurar total imparcialidade no decorrer do processo. Recentemente, o Consultor Jurídico do *Foreign Office* britânico observou que o problema do não-comparecimento do Estado demandado tem surgido primariamente em processos iniciados por *petição unilateral*, e em que a fonte de jurisdição invocada é controvertida, como nos *casos dos Testes Nucleares* e da *Plataforma Continental do Mar Egeu*. O não-comparecimento da França no *caso dos Testes Nucleares* – na atenta observação de Ian Sinclair – levou a Corte curiosamente a tomar conhecimento de declarações de autoridades francesas que não lhe haviam sido apresentadas pelas partes, mas simplesmente dadas a público

²¹ G. Fitzmaurice. The Problem of the 'Non-Appearing' Defendant Government, 51 *British Year Book of International Law*. 1980, p. 89-122.

²² D.W. Bowett. Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes, 180 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1983, p. 204-211.

em comunicados de imprensa. Já no *caso de Plataforma Continental do Mar Egeu*, a Turquia vislumbrou uma “vantagem tática” em não comparecer perante a Corte, mas apenas em enviar suas observações escritas em um estágio avançado do processo de modo a deixar à Grécia “pouca ou nenhuma oportunidade de lidar com os argumentos apresentados”²³ diante da premência de tempo. Esses exemplos sugerem que os Estados que não comparecem perante a Corte talvez identifiquem nesta tática, surpreendente e ironicamente, um meio de até certo ponto se beneficiarem processualmente, quando o certo ou ideal seria que seu não-comparecimento não prejudicasse nem beneficiasse a parte reclamante²⁴. Este é um problema que terá que ser solucionado em futuro breve, para evitar e por fim a possíveis distorções processuais.

4. *Descontinuação do Processo*

16. O voluntarismo estatal manifesta-se, ainda, em outro aspecto do contencioso perante a Corte Internacional de Justiça, a saber, o da descontinuação do processo. Admite o Regulamento da Corte a descontinuação por entendimento recíproco entre as partes (artigo 88) ou por iniciativa do reclamante (artigo 89). O Regulamento naturalmente não dispõe, como não poderia dispor, sobre descontinuação por iniciativa do reclamado. Nas circunstâncias cobertas pelos artigos 88 e 89, a função da Corte de Haia é *purely ministerial*, dado que a iniciativa pertence com efeito às partes litigantes ou ao reclamante²⁵, respectivamente.

17. Exemplo de descontinuação a pedido do demandante é fornecido pelo *caso da Société Electricité de Beyrouth* (França *versus* Líbano, 1954). O reclamante informou a Corte que não pretendia dar prosseguimento ao processo. As partes haviam chegado a uma solução, que previa a descontinuação do processo. A Corte atendeu a solicitação do reclamante de

²³ Ian Sinclair. *Some Procedural Aspects of Recent International Litigation*, 30 *International and Comparative Law Quarterly*. 1981, p. 348-350 e 352-353.

²⁴ *Ibid.*, p. 356-357. Para estudos recentes e gerais da questão, cf. J.B. Elkind. *Non-Appearance before the International Court of Justice*. The Hague: M. Nijhoff, 1984, p. 1-224; H.W.A. Thirlway. *Non-Appearance before the International Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984, p. 1-260.

²⁵ S. Rosenne. *The Law and Practice of the International Court*. Vol. II. Leyden: Sijthoff, 1965, p. 535.

remover o caso de sua lista, e o processo foi dado por terminado²⁶. Das considerações acima se pode constatar, pois, que as vicissitudes do voluntarismo estatal se infiltram na solução judicial (Corte Internacional de Justiça), em momentos distintos do processo, desde sua iniciação até sua possível descontinuação (cf. *supra*). Dito isto, detenhamo-nos na linha de argumentação desenvolvida em 1984 perante a Corte pelos Governos da Nicarágua e dos Estados Unidos.

III. *O Contencioso Nicarágua versus Estados Unidos Perante a Corte Internacional de Justiça (1984-1985)*

18. O contencioso que recentemente opôs a Nicarágua aos Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça fornece subsídios ricos e valiosos para a apreciação da interação na prática entre os distintos métodos de solução pacífica de controvérsias internacionais. O caso teve início em 9 de abril de 1984, quando a Nicarágua impetrou uma ação contra os Estados Unidos solicitando medidas provisórias de proteção concernentes a responsabilidade por atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta. Tais medidas foram indicadas pela Corte em ordem emitida em 10 de maio, tendo a Corte deixado de aceder a uma petição dos Estados Unidos para remover o caso de sua lista. Já então ficava claro que os Estados Unidos insistiam nos argumentos de que a indicação de medidas provisórias interferiria nas negociações do Grupo de Contadora (que obrigavam também a Nicarágua) e de que os pontos levantados pela Nicarágua deveriam ser mais propriamente atribuídos a resolução dos órgãos políticos da ONU e da OEA; já a Nicarágua insistia que a Corte não deveria deixar de exercer sua função judicial simplesmente porque a questão em exame no caso concreto estava interligada com aspectos políticos. A Corte, na ordem de 10 de maio, decidiu que os Estados Unidos deveriam cessar qualquer tipo de ação bloqueando os portos da Nicarágua, particularmente a colocação de minas; determinou ademais que os Estados Unidos e a Nicarágua deveriam abster-se de qualquer ação que pudesse agravar a presente disputa e prejudicar os direitos da outra

²⁶ Sobre a questão do *efeito* da descontinuação do processo, cf. o *caso da Barcelona Traction* (Exceções Preliminares, Bélgica *versus* Espanha, 1962-1964); S. Rosenne, *op.cit.*, *supra* n° (25), 537-539; e cf. S. Rosenne, *op.cit. supra* n° (17), p. 144 e 153.

parte em relação à execução de qualquer decisão que a Corte possa proferir no caso; lembrou, enfim, o direito à soberania e independência política da Nicarágua, como de qualquer outro Estado, o dever de não-intervenção e o princípio de que os Estados devem abster-se da ameaça ou uso da força em suas relações internacionais²⁷.

19. Os dois Estados litigantes, Estados Unidos e Nicarágua, tiveram ocasião de desenvolver suas respectivas argumentações perante a Corte, quando do julgamento desta, de 26 de novembro de 1984, no presente caso. A questão da interação dos meios de solução pacífica de controvérsias ocupou posição central nos debates que então se desenrolaram. Quanto a esta questão, os Estados Unidos argumentaram de início que caberia ao Conselho de Segurança da ONU, resolver a presente disputa, dado que ela dizia respeito a uma reclamação da Nicarágua envolvendo o uso da força. Repliou a Nicarágua que se estava diante de uma tentativa dos Estados Unidos de transferir conceitos – próprios do direito interno – de separação de poderes ao plano internacional (Conselho de Segurança da ONU e Corte Internacional da Justiça), mas “estes conceitos não se aplicam às relações entre instituições internacionais encarregadas da solução de disputas”²⁸.

20. Sobre este ponto, a Corte foi de Parecer que *o fato de estar uma determinada matéria perante o Conselho de Segurança da ONU não deveria impedir que também a Corte Internacional de Justiça a examinasse e que ambos os processos pudessem ter seqüência* pari passu. E, com uma pitada de ironia, lembrou a Corte suas próprias ponderações no *caso do Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã* (Estados Unidos *versus* Irã, 1980), no sentido de que *não* há qualquer irregularidade no “exercício simultâneo” de suas funções respectivas pela Corte Internacional de Justiça e pelo Conselho de Segurança da ONU. E explicou: – “Enquanto o artigo 12 da Carta proíbe expressamente à Assembléia Geral formular qualquer recomendação em relação a uma disputa ou situação enquanto esteja o Conselho de Segurança exercendo suas funções com respeito a tal disputa ou situação, nenhum

²⁷ Cf. Corte Internacional de Justiça (CIJ), *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicarágua *versus* Estados Unidos), Ordem de 10 de maio de 1984, *ICJ Reports*. 1984, p. 169-188, e cf. CIJ. *Yearbook 1983-1984*, nº 38, p. 133-138.

²⁸ CIJ. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicarágua *versus* Estados Unidos), Julgamento de 26 de novembro de 1984, (*ICJ Reports* [1984] p. 433).

dispositivo da Carta ou do Estatuto da Corte impõe qualquer restrição desse tipo ao exercício das funções da Corte. As razões são claras: cabe à Corte, o principal órgão judicial das Nações Unidas, resolver quaisquer questões jurídicas que possam surgir entre as partes na controvérsia; e a resolução de tais questões jurídicas pela Corte pode ser um fator importante, e, por vezes, decisivo na promoção da solução pacífica da controvérsia”²⁹.

21. Ponderou a Corte a seguir que não se defrontava com uma reclamação relativa a um “conflito armado” (sob o capítulo VII da Carta da ONU) a ser resolvida somente pelo Conselho de Segurança e não pela Corte, como pretendiam os Estados Unidos; a reclamação nicaraguense visava, antes, a solução pacífica da controvérsia entre os dois Estados (capítulo VI da Carta), e como tal fora adequadamente trazida perante o principal órgão judicial da ONU para uma solução pacífica. A Carta da ONU não atribuía responsabilidade exclusiva, mas sim *primária* (artigo 24), ao Conselho de Segurança para tal propósito. Explicou, ademais, a Corte, que enquanto o artigo 12 da Carta dispõe que a Assembléia Geral não deveria fazer qualquer recomendação em relação a uma disputa ou situação a não ser que o Conselho de Segurança assim o requeira, delimitando desse modo claramente as funções entre os dois órgãos, em nenhum lugar da Carta há dispositivo semelhante relativo ao Conselho de Segurança e à Corte. Aquele exerce funções de natureza política a ele atribuídas ao passo que a Corte exerce funções puramente judiciais. Assim, ambos os órgãos podem exercer suas funções distintas, mas complementares em relação aos mesmos eventos³⁰.

22. Os Estados Unidos insistiram então em que, sendo o Grupo de Contadora um “acordo regional” no sentido do artigo 52(2) da Carta da ONU, a reclamação nicaraguense deveria ser rejeitada como inadmissível por não ter a Nicarágua esgotado os procedimentos regionais – condição

²⁹ *Ibid.*, p. 433-434.

³⁰ *Ibid.*, p. 434-435, e cf. p. 436. Quanto ao argumento norte-americano de que um caso de “conflito armado” (como, no seu entender, o presente) não poderia ser trazido à Corte, mas sim ao Conselho de Segurança (cf. *supra*), relembrou a Corte que na década de 1950 os Estados Unidos trouxeram sete casos perante a Corte envolvendo ataques armados de aviões militares de outros Estados contra aviões militares dos Estados Unidos; “a única razão pela qual a Corte não lidou com estes casos foi que cada um dos Estados demandados indicou que não aceitara a jurisdição da Corte e que não estava disposto a fazê-lo nas circunstâncias”; *ibid.*, p. 435.

prévia ao encaminhamento de uma disputa ao Conselho de Segurança da ONU – para a solução do conflito na América Central; tal limitação deveria *a fortiori* aplicar-se com ainda mais razão em relação à Corte. A Nicarágua replicou que como os Estados Unidos não vinham tomando parte no processo de Contadora, não poderiam abrigar-se atrás de negociações entre Estados terceiros em um foro no qual não participavam; no entender da Nicarágua, as Cartas da ONU e da OEA não impunham o esgotamento prévio de negociações regionais, e o processo de Contadora não constituía um obstáculo ao exercício pela Corte de sua jurisdição. Em suma, a Nicarágua insistia na “competência paralela” dos órgãos políticos da ONU, possibilitando à Corte pronunciar-se sobre uma disputa que esteja em exame – no exercício de funções distintas – por outros órgãos políticos da ONU³¹.

23. Sobre este ponto, a Corte deliberou que “mesmo a existência de negociações ativas em que ambas as partes pudessem estar envolvidas não deveria impedir que tanto o Conselho de Segurança quanto a Corte exercessem suas funções distintas que lhe são atribuídas pela Carta e pelo Estatuto da Corte”³². E a Corte relembrou que, recentemente, no *caso da Plataforma Continental do Mar Egeu* (Grécia *versus* Turquia, 1978), ela própria tivera ocasião de indicar que

a negociação e a solução judicial estão enumeradas conjuntamente no artigo 33 da Carta das Nações Unidas como meios de solução pacífica de disputas. A jurisprudência da Corte fornece vários exemplos de casos em que negociações e recurso à solução judicial têm sido seguidos *pari passu*. Diversos casos, o mais recente sendo o do *Julgamento de Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (1973), demonstram que se pode por fim a uma instância judiciária quando tais negociações resultam na solução da disputa. Em conseqüência, o fato de que as negociações estejam no presente caso se desenrolando ativamente não constitui, legalmente, qualquer obstáculo ao exercício pela Corte de sua função judicial³³.

³¹ *Ibid.*, p. 438-439.

³² *Ibid.*, p. 440.

³³ *Ibid.*, p. 440.

24. A Corte não considerou que o processo de Contadora pudesse ser tido como um “acordo regional” propriamente dito para os propósitos do capítulo VIII da Carta da ONU³⁴; por conseguinte, não admitiu a Corte que houvesse qualquer obrigação de prévio esgotamento de processos regionais de negociação como pré-requisito para recorrer à Corte, e nem tampouco que existência do processo de Contadora impedia a Corte no caso de examinar a reclamação nicaraguense e pronunciar-se no momento adequado sobre os argumentos apresentados pelas partes litigantes. Sendo assim, a Corte recusou-se a declarar inadmissível a petição nicaraguense, e concluiu (também por outros motivos) que a Nicarágua e os Estados Unidos estavam obrigados a aceitar sua “jurisdição obrigatória” no caso concreto³⁵.

25. As respostas da Corte aos argumentos das partes, sobre questões que há muito vêm ocupando a doutrina, não poderiam ser mais claras. Em nada surpreende que sua decisão tenha favorecido a Nicarágua: por 11 votos a 5, afirmando sua competência para examinar o caso com base no artigo 36(2) e (5) de seu Estatuto; por 14 votos a 2, afirmando sua competência para examinar o caso com base no artigo XXIV do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre Estados Unidos e Nicarágua de 1956; por 15 votos a 1, afirmando sua competência para tomar conhecimento do caso; e por unanimidade, declarando admissível a petição nicaraguense³⁶.

26. A reação do Governo Reagan foi imediata. Em nota de 18 de janeiro de 1985, o Departamento de Estado norte-americano anunciou que não mais participaria do processo instaurado pela Nicarágua contra os Estados Unidos perante a Corte; insistiu na alegação de que, desde que os Estados Unidos aceitaram a jurisdição “obrigatória” da Corte em 1946, entenderam que ela não teria competência em um “conflito armado”³⁷. Relembrou a nota que, no presente caso, este ponto fora também levantado por El Salvador, que

³⁴ A Corte acrescentou que não se pode “perder de vista que todos os acordos regionais, bilaterais e mesmo multilaterais, que as partes ao presente caso possam ter concluído no tocante à solução de disputas ou à jurisdição da Corte Internacional de Justiça, estão sempre subordinados ao disposto no artigo 103 da Carta” (*ibid.*, p. 440), que prevê que, em caso de conflito entre as obrigações dos Estados-membros sob a Carta da ONU e suas obrigações sob qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as primeiras.

³⁵ *Ibid.*, p. 440-442.

³⁶ *Ibid.*, p. 442.

³⁷ Documento reproduzido In: Embaixada dos Estados Unidos da América. *Ponto de Vista de Washington*. 1985, p. 2-6.

tentara em vão intervir no processo (petição rejeitada pela Corte)³⁸. Ora, como vimos, tal argumento foi rejeitado pela Corte, invocando para tal a própria prática, perante ela, dos Estados Unidos (cf. *supra*). Ao iniciar-se, em princípio de setembro de 1985, a fase oral do exame do mérito do presente caso, ficou claro que os Estados Unidos não apresentariam defesa no processo, em razão do abandono da causa formalizado na nota de 18 de janeiro de 1985³⁹. Enfim, pela declaração formal do Departamento de Estado de 7 de outubro último, o Governo Reagan anunciou sua decisão de não mais aceitar a chamada “jurisdição obrigatória” da Corte, decisão esta a ser efetivada em um prazo de seis meses a partir do depósito de notificação nesse sentido (encaminhada na mesma data ao Secretário-Geral das Nações Unidas).

27. Na referida declaração, o Governo Reagan lamenta que poucos outros Estados seguiram o “exemplo” dos Estados Unidos, que haviam aceito a “jurisdição obrigatória” da Corte em 1946; lamenta, ademais, que a Corte tenha decidido assumir jurisdição sobre um conflito “político”, o que não poderia servir o *rule of law* e a busca da paz na América Central⁴⁰. Ora, no tocante à clássica polémica acerca de questões “jurídicas” e “políticas” (*justiciables* e *non justiciables*), cabe advertir que a distinção hoje só faria sentido se voltada aos métodos de solução pacífica e decisão adotados e não à pretensa natureza dos conflitos⁴¹. A tentativa de classificação de conflitos como “jurídicos e políticos” nada mais visa do que escamotear as verdadeiras intenções das partes: na teoria e na prática é inaceitável pretender identificar os métodos de solução pacífica empregados com a suposta natureza dos litígios⁴². A questão

³⁸ W.D. Rogers, J.A. Beat e Ch. Wolf. Application of El Salvador to Intervene in the Jurisdiction and Admissibility Phase of *Nicaragua versus United States*, 78 *American Journal of International Law*. 1984, p. 929-936.

³⁹ MRE, Telegrama nº 563, de 5.9.1985, da Embaixada em Haia para Exteriores.

⁴⁰ [U.S. State Department,] *Press Statement*. Washington, 7.10.1985, p. 1-3.

⁴¹ Hans Kelsen. *Principles of International Law* (Ed. R. Tucker, 2ª ed. rev. NY: Holt/Rinehart/Winston, 1966, p. 525-530; R. Higgins. Policy Considerations and the International Judicial Process, 17 *International and Comparative Law Quarterly*. 1968, p. 74 e 83-84.

⁴² R.E. Vinuesa. La Solución Pacífica de Controversias entre Estados, *Noveno Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. 1982, vol. I, Washington: Secretaria General de la OEA, 1983, p. 271-275. Observe-se que o próprio artigo 36(2) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça indica as possibilidades de controversias de “ordem jurídica”, a saber:

a) a interpretação de um tratado; b) qualquer questão de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se comprovado, constituiria violação de uma obrigação internacional; d) a natureza ou o alcance da reparação devida pela violação de uma obrigação internacional.

Texto In: CIJ. *Charte des Nations Unies, Statut et Règlement de la Cour et Autres Textes, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*. nº 4. La Haye, 1978, p. 74-75.

nos convida, no entanto, a traçar um balanço geral da solução judicial de controvérsias internacionais na atualidade.

IV. *Solução Judicial de Controvérsias Internacionais: Balanço Geral*

28. A solução judicial de controvérsias internacionais, distinta da solução arbitral (essencialmente *ad hoc*, casuística e descontínua) por implicar recurso a órgãos (permanentes) com competência preestabelecida, segundo levantamento recente de cinquenta disputas desde 1945, apresenta resultados bastante modestos, talvez os menos positivos dentre os distintos métodos de solução pacífica. Não é de se esperar que tribunais internacionais preencham a lacuna gerada pela ausência de um legislativo internacional, e a função modesta que têm exercido talvez se deva em parte ao fato de que não raro o que buscam as partes litigantes não é tanto uma interpretação do direito, mas antes uma modificação no direito⁴³.

29. Ocorre que a solução judicial deriva de uma analogia com a função dos tribunais no direito interno, por vezes gerando expectativas irrealistas, nem sempre funcionando a contento no plano das relações internacionais⁴⁴. Com efeito, dos cinquenta casos solucionados, em mais de $\frac{3}{4}$ não foi a solução judicial e arbitral sequer contemplada; em não mais que doze foi tal solução cogitada, e dentre estes em sete foi proposta por uma parte e não aceita pela outra; nos apenas quatro casos em que o procedimento foi efetivamente utilizado (*casos da África do Sudoeste*, 1950-1966; do *petróleo anglo-iraniano*, 1950-1955; dos *direitos de passagem de Portugal em território indiano*, 1960; e do *conflito entre Argélia e Marrocos*), não levou a resultados plenamente satisfatórios⁴⁵.

30. No que concerne à prática latino-americana, é sintomático que de 1945 até o presente Estados latino-americanos tenham comparecido como

⁴³ F.S. Northedge e M.D. Donelan. *International Disputes: the Political Aspects*. London: Europa Publs., 1971, p. 326 e 330; e cf., para um estudo geral, e.g., Max-Planck-Institut. *International Symposium on the Judicial Settlement of International Disputes*. Heidelberg, 1972, p. 1-28 (mimeografado).

⁴⁴ Remigiusz Bierzanek. Some Remarks on the Function of International Courts in the Contemporary World, 7 *Polish Yearbook of International Law*. 1975, p. 121-150. O desencanto com o método judicial é compartilhado por outros autores, e.g., F. Honig. The Diminishing Role of the World Court, 34 *International Affairs*. 1958, p. 184-194; C.H.W. Waldock. Decline of the Optional Clause, 32 *British Yearbook of International Law*. 1955-1956, p. 244-287; J. Fawcett. *International Economic Conflicts: Prevention and Resolution*. London: Europa Publs., 1977, p. 80-81.

⁴⁵ F.S. Northedge e M.D. Donelan, *op. cit.*, *supra* nº (43), p. 321-330, esp. p. 323-324.

partes litigantes perante a atual Corte Internacional de Justiça em apenas cinco casos, a saber, os do *Asilo* (Colômbia *versus* Peru, 1950-1951), *Nottebohm* (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1953-1955), da *Antártica* (Reino Unido *versus* Argentina e Chile, 1956), da *Sentença Arbitral de 1906 do Rei da Espanha* (Honduras *versus* Nicarágua, 1960), e, enfim, o presente litígio opondo a Nicarágua aos Estados Unidos⁴⁶. No contencioso hondurenho-nicaraguense, supracitado, envolvendo questão de validade de sentença arbitral em delimitação fronteiriça, a Corte acatou a posição hondurenha (pela validade), assim como favoreceu a Guatemala (questão de nacionalidade efetiva) no *caso Nottebohm*; no *caso da Antártica* declarou-se incompetente (face à recusa tanto da Argentina quanto do Chile em reconhecer-lhe jurisdição), ao passo que, no *caso do Asilo*, suas decisões (de 1950 e 1951) foram tão inconclusivas que a questão acabou por ser resolvida por um acordo (em 1954) entre os governos colombiano e peruano. A posição da Corte no *caso do Asilo* contribuiu para alienar muitos dos Estados latino-americanos⁴⁷, algo semelhante ocorrendo, anos após, em relação aos Estados africanos, em consequência da infeliz decisão no *caso da África do Sudoeste* (Etiópia e Libéria *versus* África do Sul, 1966)⁴⁸, que a própria Corte tentou “remediar” pelo celebrado Parecer de 1971 sobre a *Namíbia*⁴⁹.

31. Os dados resultantes de uma comparação entre a atual Corte Internacional de Justiça, e sua precursora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, são igualmente reveladores: enquanto a esta última foram encaminhados 65 casos contenciosos (tendo proferido sentenças quanto ao mérito em vinte ocasiões) e 27 pedidos de pareceres, a Corte Internacional de Justiça, a seu turno, desde sua criação em 1945 até 1982 emitiu cerca de 40 sentenças e 17 pareceres⁵⁰. Os números falam por si próprios. A chamada “jurisdição obrigatória” da Corte de Haia sempre esbarrou nas objeções usualmente levantadas pelos Estados, a saber: as pretensas incerteza e insuficiência

⁴⁶ Quanto à sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, recorde-se o *caso dos Empréstimos Brasileiros* (França *versus* Brasil, 1929), decidido favoravelmente à França.

⁴⁷ G.E. do Nascimento e Silva. *Diplomacy in International Law*. Leiden: Sijthoff, 1972, p. 105; e cf. H. Valladão. *Direito Internacional Privado*. Vol. III. Rio de Janeiro/São Paulo: Livr. Freitas Bastos, 1978, p. 279.

⁴⁸ Para uma apreciação interessante, cf. A.J. Pollock. The South West Africa Cases and the Jurisprudence of International Law, 23 *International Organization*. 1969, p. 767-787.

⁴⁹ Cf. *ICJ Reports*. 1971, p. 4-345.

⁵⁰ R.E. Vinuesa, *op. cit.*, *supra* nº (42), p. 288-289.

das regras de direito internacional para lidar com as controvérsias interestatais, a ausência de um legislativo internacional, a clássica polêmica acerca das disputas *justiciables* e *non-justiciables* (*supra*), a falta de mecanismo de execução dos julgamentos, e a falta de confiança na imparcialidade dos julgamentos⁵¹.

32. Consciente da preferência dos Estados por métodos menos formais e mais flexíveis de solução pacífica de controvérsias internacionais⁵², a própria Corte Internacional de Justiça houve por bem proceder em 1972 a emendas a seu Regulamento⁵³ nesse propósito; em 1978 o Regulamento da Corte foi novamente revisto⁵⁴. Atualmente, a nova tendência, de busca de maior simplicidade e flexibilidade no procedimento perante a Corte já começa a se fazer sentir: em 25 de novembro de 1981, Canadá e Estados Unidos notificaram a Corte Internacional de Justiça do acordo que concluíram para submeter sua disputa limítrofe no Golfo de Maine a uma Câmara da Corte Internacional de Justiça⁵⁵, composta de cinco de seus juizes, eleitos para a Câmara⁵⁶.

33. Os resultados obtidos pela solução judicial de controvérsias internacionais (cf. *supra*) não permitem, contudo, chegar à conclusão de seu declínio inexorável e generalizado. É de se admitir, por exemplo, a adequação e eficácia de tribunais na solução de determinadas controvérsias sem maiores implicações políticas e em que preponderam elementos jurídicos⁵⁷. Ademais,

⁵¹ R.P. Anand. *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*. Bombay/Calcutta/New Delhi: Asia Publ. House, 1961, p. 57-116. Cf. também, e.g., Leo Gross. *The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order*, In: L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*. Vol. I, Dobbs Ferry NY: Oceana, 1976, p. 36-47 e 78-80; C. W. Jenks, *op.cit. infra* n° (73), p. 663-726.

⁵² Na ponderação de Charles de Visscher, *plus caractéristique de notre époque est le développement pris par les modes de solution non juridictionnels* em razão de *leur plasticité croissante par laquelle ils s'adaptent à l'individualisation des espèces*, assim como de *leur tendance à fortifier leurs conclusions par un appel librement consenti à des considerations juridiques*. Charles de Visscher. *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*. Paris: Pédone, 1966, p. 204.

⁵³ As emendas entraram em vigor em 1º de setembro de 1972. Cf. 29 *Yearbook of the International Court of Justice*. 1974-1975, p. 3-4 e 120.

⁵⁴ Cf. CIJ. *Règlement de la Cour* (adopté le 14 avril 1978), p. 93-161.

⁵⁵ 20 *International Legal Materials*. 1981, n° 6, p. 1371-1390; e cf. 21 *International Legal Materials*. 1982, n° 3, p. 601-602.

⁵⁶ Cf. Government of Canada. *News Release* n° 6/82, de 26 de janeiro de 1982, p. 30. Cf. também, a respeito, E. Zoller, *La première constitution d'une Chambre spéciale par la Cour Internationale de Justice*, 86 *Revue générale de Droit international public*. 1982, p. 305-324.

⁵⁷ R. Bierzanek, *op. cit., supra* n° (44) p. 150; sobre as funções dos tribunais internacionais, cf. M.O. Hudson. *International Tribunals – Past and Future*. Washington: Carnegie Endowment for international Peace/Brookings Inst., 1944, p. 233-249; e cf. Ch. De Visscher. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*. Paris: Pédone, 1972, p. 4.

verifica-se hoje a existência de tribunais, por assim dizer, “especializados” (como as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos⁵⁸, o Tribunal de Justiça do Pacto Andino⁵⁹, para dirimir determinadas categorias de casos. É significativo observar que a Convenção das Nações Unidas sobre Direito de Mar de 1982 prevê, *inter alia*, no tocante à solução de controvérsias internacionais, além do procedimento de conciliação e constituição de uma Comissão de Conciliação (Anexo V), o estabelecimento de um Tribunal de Direito do Mar, com uma Câmara para Disputas sobre os Fundos Oceânicos e a possibilidade de formar câmaras especiais *ad hoc* para lidar com determinadas categorias de disputas (Anexo VI); prevê, ademais, a elaboração de uma lista de árbitros e a constituição de um Tribunal Arbitral (Anexo VII) e um procedimento arbitral especial (tribunal especial com poderes investigatórios, Anexo VIII)⁶⁰.

V. Solução Judicial de Controvérsias Internacionais: Perspectivas

34. Dadas as limitações e vicissitudes da jurisdição dita “compulsória” da Corte Internacional de Justiça em matéria *contenciosa*

⁵⁸ Cf. a respeito, e.g., A. A. Cançado Trindade, Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal, 10 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*. 1977, p. 141-185; Edmundo Vargas C.. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. Vol. 2. Santiago: Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, p. 128-155; C.A. Dunshee de Abranches. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Convención Americana de Derechos Humanos*. Washington, Secretaria General de la OEA, 1980, p. 91-147.

⁵⁹ Cf. e.g., F.H. Paolillo. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*. Vol. 2. Santiago: Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, p. 107-127.

⁶⁰ UN. *Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index*. 1982, NY: 1983, p. 137-154; cf. também a parte XV da Convenção (artigos 279-299) sobre solução de disputas (*ibid.*, p. 97-104) assim como os artigos 264-265 de Convenção (*ibid.* p. 92-93). – Observe-se, no entanto, que recentemente a própria Corte Internacional de Justiça tem por vezes sido acionada em casos pertinentes ao direito do mar, o que poderia trazer implicações para o âmbito da atuação do projetado Tribunal de Direito do Mar. Assim, desde o célebre caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (1969), registram-se as seguintes decisões da Corte: *casos de Jurisdição de Pesca*, Reino Unido e República Federal da Alemanha *versus* Islândia, Julgamentos de 25 de julho de 1974, *ICJ Reports*. 1974, p. 3-35 e 175-206; *caso da Plataforma Continental do Mar Egeu*, Grécia *versus* Turquia, Julgamento de 19 de dezembro de 1978, *ICJ Reports*. 1978, p. 3-45; *caso da Plataforma Continental*, Tunísia *versus* Líbia, Julgamento de 24 de fevereiro de 1982, *ICJ Reports*. 1982, p. 18-94 (e cf. também *caso da Plataforma Continental*, Líbia *versus* Malta, Ordem de 27 de julho de 1982, *ICJ Reports*. 1982 p. 554-555); e *caso da Delimitação da Fronteira Marítima na Área do Golfo de Maine*, Canadá *versus* Estados Unidos, Julgamento de 26 de novembro de 1984, *ICJ Reports*. 1984, p. 393-443.

(*supra*), tem-se mais recentemente voltado a atenção para a possibilidade de estender ou ampliar a jurisdição *consultiva* da Corte. Neste propósito, algumas sugestões vêm sendo avançadas, no sentido de garantir maior eficácia e restituir prestígio à solução judicial de controvérsias internacionais. É sabido que a Carta da ONU (artigo 96(1)) atribuiu à Assembléia Geral e ao Conselho de Segurança o poder de solicitar *pareceres* à Corte Internacional de Justiça, e facultou à Assembléia Geral (artigo 96(2)) autorizar outros órgãos da ONU e as agências especializadas a solicitar *pareceres* da Corte. Na prática, até fins de 1983, haviam sido formulados 15 pedidos (de pareceres à Corte) de órgãos da ONU e 3 pedidos de agências especializadas da ONU⁶¹. Na suposição de que os Estados estejam mais dispostos a acatar pareceres do que julgamentos da Corte Internacional, algumas sugestões vêm sendo avançadas no sentido da extensão da jurisdição consultiva da Corte.

35. Assim, uma idéia tem sido a de permitir que dois ou mais Estados submetessem sua disputa à Corte para um Parecer quando não se pusessem de acordo quanto a submetê-la à Corte para um julgamento, mas haveria o risco de desprestigiar a Corte ao se deixar ao livre arbítrio dos Estados tratar como apenas consultivo (recomendatório) o Parecer que voluntariamente solicitaram⁶². Observe-se que, enquanto a jurisdição consultiva da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional foi em grande parte acionada para efetivamente solucionar disputas (previamente submetidas ao Conselho da Liga das Nações, e atinentes a problemas do pós-Primeira Guerra Mundial, especialmente no tocante aos tratados de proteção de minorias), a jurisdição consultiva da atual Corte Internacional de Justiça, por outro lado, tem sido utilizada “quase que exclusivamente para resolver problemas internos ou semi-internos de organizações inter-governamentais, principalmente os das Nações Unidas; a competência consultiva quase tem cessado de ser usada como um mecanismo de solução de disputas entre Estados

⁶¹ Quanto aos órgãos da ONU, verificaram-se 12 pedidos da Assembléia Geral, um do Conselho de Segurança e dois do Comitê de Demandas de Revisão de Julgamentos do Tribunal Administrativo; quanto às agências especializadas da ONU, os três pedidos provieram, respectivamente, do Conselho Executivo da Unesco, da Assembléia da OMS e da Assembléia da Organização Marítima Internacional. Cf. International Court of Justice, *Yearbook 1983-1984*, nº 38, The Hague, ICJ. 1984, p. 48-49.

⁶² Louis B. Sohn. Broadening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice, 77 *American Journal of International Law*. 1983, p. 125.

e outras entidades”⁶³. Além disso, o problema crucial da falta de mecanismo de execução não se limita apenas aos *juízos* da Corte⁶⁴: já houve casos em que nem todos os Estados acataram os *pareceres* da Corte⁶⁵, muito embora seus pareceres tenham inegavelmente exercido sensível influência no desenvolvimento do direito internacional.

36. A proposta mais comum no sentido de fortalecer a jurisdição consultiva da Corte tem sido a de que a Assembléia Geral autorize, além das agências especializadas da ONU, também outros organismos internacionais, gerais ou regionais, a solicitarem pareceres da Corte. E outra sugestão tem sido a de possibilitar que tribunais nacionais, que tenham que decidir sobre questões complexas de direito internacional, recorram à Corte para um parecer⁶⁶(e.g., para questões envolvendo a interpretação ou aplicação de tratados bilaterais e multilaterais): tais pedidos dos tribunais nacionais não iriam diretamente à Corte, mas seriam “filtrados” e selecionados por um Comitê Especial da Assembléia Geral, a ser criado por esta para tal fim⁶⁷.

37. Recentemente, em 1984, insistiu-se em uma outra proposta, que vem angariando adeptos e opositores: a de que a Assembléia Geral venha a autorizar o Secretário-Geral da ONU a solicitar pareceres da Corte Internacional de Justiça, particularmente em se considerando que questões importantes do direito internacional surgem no âmbito das atividades do Secretário-Geral⁶⁸. Já se advertiu, a respeito, que uma eventual resolução da Assembléia Geral autorizando o Secretário-Geral a solicitar pareceres da Corte

⁶³ Paul C. Szasz. Enhancing the Advisory Competence of the World Court, In: L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*. Vol. II, Dobbs Ferry NY: Oceana, 1976, p. 503.

⁶⁴ Cf. e.g., E.L. Kerley. Ensuring Compliance with Judgments of the International Court of Justice, in: L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*. Vol. I, Dobbs Ferry NY: Oceana, 1976, p. 276-286.

⁶⁵ Cf. exemplos In: P.C. Szasz, *op. cit.*, *supra* nº (63), p. 508.

⁶⁶ Em procedimento análogo ao perante a Corte de Justiça da Comunidade Económica Européia (CEE).

⁶⁷ Não seria um procedimento de recurso de decisões nacionais, mas um sistema de cooperação, em que a Corte auxiliaria os tribunais nacionais no tratamento de questões complexas relativas à interpretação do direito internacional (especialmente de tratados); os pareceres da Corte poderiam propiciar uma aplicação uniforme de determinadas regras do direito internacional, não havendo interferência alguma da Corte na interpretação do direito interno (os próprios tribunais nacionais é que decidiriam se e de que modo a regra internacional deveria aplicar-se no caso concreto). A própria Assembléia Geral, ao estudar a presente proposta, poderia solicitar um Parecer à Corte sobre a viabilidade de sua implementação (i.e., criação do Comitê Especial para o propósito acima mencionado) à luz da Carta ONU. Louis B. Sohn, *op. cit.*, *supra* nº (62) p. 125-129.

⁶⁸ Stephen M. Schwelb. Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice, *78 American Journal of International Law*. 1984, p. 870 e 872.

“deveria excluir, implicitamente ou talvez expressamente, a autoridade de requerer pareceres sobre disputas entre Estados que não envolvam os poderes ou funções do Secretário-Geral”⁶⁹. Sobre a presente proposta têm-se formado duas correntes de pensamento, a saber, a dos que favorecem a autorização da Assembléia ao Secretário-Geral ou secretariado a solicitar pareceres da Corte (Jessup, Jenks, Keith) e os que a ela se opõem (e.g., Kelsen, e, não sem hesitação, Rosenne)⁷⁰.

38. Resta verificar se a Assembléia Geral se mostrará disposta a atribuir tal autoridade ao Secretário-Geral; a objeção de que, não sendo o Secretário-Geral um “órgão colegiado” não poderia ser autorizado a solicitar pareceres da Corte, poderia ser descartada por uma autorização a solicitar tais pareceres estendida “ao Secretariado, agindo através do Secretário-Geral”. Ademais, como relembra Schwebel, o Secretário-Geral já desfruta da autoridade “politicamente delicada” de recorrer ao Conselho de Segurança, e, na experiência de quase quarenta anos, tem esta sido exercida com bastante prudência e cautela e nos interesses das Nações Unidas; sendo assim, por que então não outorgar ao Secretário-Geral da ONU a “autoridade menos sensível” de requerer pareceres da Corte Internacional de Justiça? Em seu entender, na presente proposta as vantagens superam os riscos⁷¹. Cabe averiguar se, no futuro próximo, a Assembléia Geral será da mesma opinião.

VI. *Considerações Finais: a Solução Judicial e a Dimensão Real do Voluntarismo Estatal*

39. Por um lado, a questão da soberania estatal tem estado sempre presente na atuação da Corte Internacional de Justiça, o que explica a prudência e cautela com que tem assumido jurisdição, com base em instrumentos distintos (cf. *supra*), sobre determinados litígios. Por outro lado, uma vez estabelecida sua jurisdição, *não* tem a Corte entendido que o livre arbítrio dos Estados seria a fonte última de suas obrigações sob o direito internacional: exemplificam-no sua aplicação de princípios gerais do direito acarretando

⁶⁹ S.M. Schwebel, *op. cit.*, *supra* nº (68), p. 874.

⁷⁰ Também há os que identificam aspectos positivos e negativos na proposta em apreço (e.g., Szasz); cf. *ibid.*, p. 875-876. Para a advertência de que a faculdade de solicitar pareceres à Corte de Haia só deveria ser estendida a órgãos *compostos de Estados*, cf. S. Rosenne, *op. cit.*, *supra* nº (25), vol. II, p. 757.

⁷¹ S.M. Schwebel, *op. cit.*, *supra* nº (68), p. 876 e 878.

limites à liberdade de ação dos Estados, sua invocação do princípio da efetividade na interpretação de obrigações convencionais e sua recusa em aplicar a regra da interpretação restritiva à construção dos tratados em geral⁷². Uma avaliação do futuro da solução judicial das controvérsias internacionais não pode fazer abstração de um prognóstico dos rumos da própria “sociedade internacional” e de uma avaliação dos elementos essenciais na interação entre o direito e a política, dado que nenhuma solução jurídica opera em um *vacuum* político⁷³. É talvez sob esta ótica que se deva averiguar o fenômeno corrente do aparente declínio da solução judicial.

40. O voluntarismo estatal, conforme vimos, está presente em todo o processo perante a Corte Internacional de Justiça (cf. *supra*): mas se o Estatuto e o Regulamento da Corte lhe rendem tributo, nem por isso se há de inferir que ao Estado é dado agir como bem entender no decorrer do processo perante a Corte. As manifestações do voluntarismo estatal estão previstas e *regulamentadas* no Estatuto e Regulamento da Corte, que certamente *não* atribuem – como não poderiam atribuir – aos Estados *carte blanche* para agirem como quiserem. A descontinuação (*discontinuance/désistement*) do processo pelo reclamado simplesmente não existe, não está prevista – como não poderia estar – no Estatuto ou Regulamento da Corte.

41. No presente caso, do contencioso Nicarágua *versus* Estados Unidos (1984-1985), há um elemento de distorção na declaração do Departamento de Estado norte-americano, de 7 de outubro último, de anúncio da decisão do Governo norte-americano de não mais aceitar a chamada “jurisdição obrigatória” da Corte: ao afirmar que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça “deixa a critério de cada Estado determinar sua relação com a Corte”, o Departamento de Estado norte-americano pretende atribuir ao elemento do livre arbítrio ou discricionariedade estatal um caráter absoluto que ele efetivamente não tem. As concessões ao voluntarismo estatal infiltradas no Estatuto e Regulamento da Corte hão de ser por esta interpretadas e aplicadas: a medida unilateral do Governo norte-americano em nada contribui para o bom termo da solução judicial, constitui um desserviço ao direito internacional e levanta a questão de boa fé no processo internacional.

⁷² Hersch Lauterpacht. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens, 1958, p. 331, 347 e 359.

⁷³ C.W. Jenks. *The Prospects of International Adjudication*. London: Stevens/Oceana, 1964, p. 757 e 776.

42. Não é dado a uma parte litigante sustentar subitamente o contrário do que seu comportamento anterior fez crer à outra parte⁷⁴. Admite-se, de modo geral, que

*lorsque l'État a consenti à recourir à la juridiction internationale, il doit accepter toutes les conséquences qui découlent de cette manifestation de volonté. Il doit s'y prêter de bonne grâce et, à cette fin, d'une part, ne pas entraver la mise en oeuvre du procès international et, d'autre part, accepter toutes les suites de laquelle, c'est-à-dire les décisions rendues par l'arbitre ou le juge international*⁷⁵.

As obrigações das partes compreendem, pois, nada fazer que possa retardar, obstruir ou paralisar o funcionamento da Corte, contribuir para o bom andamento do processo, executar de boa fé a sentença proferida e dela não extrair (particularmente se desfavorável) conseqüências que não contenha⁷⁶. Já bem se ponderou que, ao agirem de boa fé, estarão os Estados não apenas observando o direito mas servindo a seus próprios interesses ao implementarem o direito internacional “que é o guardião de seus direitos”; ao não agirem de boa fé, “estariam arriscando muito mais do que teriam a ganhar”⁷⁷.

43. Se é a vontade livre dos Estados que em última análise cria o direito internacional, é também por sua livre vontade que os Estados o violam, e as teorias voluntaristas extremadas revolvem em círculos viciosos e *acrobaties intellectuelles* que não logram fornecer uma interpretação sólida ou coerente dos fatos sociais e uma explicação da formação histórica de regras *costumeiras* do direito internacional e da atual interposição de elementos que transcendem o livre arbítrio dos Estados no processo formal de elaboração do direito internacional. Os riscos próprios à era nuclear se fazem hoje presentes nas tendências e preocupações correntes com o importante capítulo do direito

⁷⁴ A. Martin. *L'estoppel en droit international public*. Paris: Pédone, 1979, p. 164 e 54 n° 249.

⁷⁵ E. Zoller. *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pédone, 1977, p. 141.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 147 e 152-153.

⁷⁷ M. Lachs. Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law, *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace – Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*. Leyden: Sijthoff, 1977, p. 54.

internacional relativo à solução pacífica das controvérsias internacionais: afinal, na atual era nuclear, a observância do ordenamento jurídico internacional mostra-se como, mais do que voluntária, necessária⁷⁸.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 2 de janeiro de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

⁷⁸ A. A. Cançado Trindade. The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment, 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*. 1981, p. 201-240, esp. p. 201 e 224-225; e cf. *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*. (Ed. L. Oppenheim). Cambridge: Cambridge University Press, 1914, p. 79; 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, p. 35; M. Bos. Dominant Interests in International Law, 21 *Revista Española de Derecho Internacional*. 1968 p. 234.

Direito dos Tratados e Direito das Organizações Internacionais. Capacidade de Celebrar Tratados. Projetos de Codificação da Comissão de Direito Internacional da ONU; Posições do Brasil.

PARECER

Subsídios para a Elaboração de Instruções à Delegação do Brasil à Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. Tratados Celebrados por Organizações Internacionais: Questões Básicas. 1. Igualdade dos Estados e Desigualdade das Organizações Internacionais. 2. O Direito das Organizações Internacionais em Perspectiva Adequada. 3. A Capacidade das Organizações Internacionais de Celebrar Tratados. III. Posições do Brasil sobre os Trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU de Codificação do Direito dos Tratados. 1. Posições do Brasil na Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados (1968-1969). 2. Intervenções do Brasil, sobre o Presente Projeto, na VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (1973-1982). IV. Dispositivos do Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU a Requererem Particular Atenção na Conferência de Viena de 1986.

I. *Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer*

Em 1969 recomendou a Assembléia Geral das Nações Unidas à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um estudo sobre tratados celebrados por *organizações internacionais*, dado que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 cobria os tratados celebrados entre *Estados*. A matéria, incluída no programa geral de trabalho da Comissão em 1970, teve como relator Paul Reuter. Decorridos 12 anos, a Comissão aprovou enfim o projeto de artigos sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1982). O entendimento da Comissão era o de que o referido projeto, se vier a ser adotado como Convenção, há de ser considerado independente da Convenção de Viena de 1969: seus efeitos jurídicos hão de dar-se independentemente dos da Convenção de Viena de 1969, com estes não se confundindo, e seus artigos, apesar de manterem paralelo geral com os da Convenção de Viena de 1969, hão de guardar valor jurídico *per se*, sem necessitar de referência a estes.

2. Com a proximidade da data de realização da nova Conferência de Viena (programada para fevereiro-março de 1986), o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, em atendimento a solicitação de informação do Consultor Jurídico da ONU, Carl-August Fleischhauer, em 9 de outubro último decidiu pela participação do Brasil na referida Conferência e aprovou a composição da Delegação do Brasil pelo Embaixador Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva, que chefiou a Delegação Brasileira à 2ª Sessão da Conferência de Viena de 1969, e pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Para dar início aos trabalhos preparatórios da Delegação do Brasil, assim composta, à Conferência de Viena de 1986, encaminhou-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores (Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores), em 4 de dezembro último, solicitação da Subsecretaria-Geral de Assuntos Políticos Multilaterais para que eu prepare subsídios, destinados à elaboração das Instruções à Delegação do Brasil à Conferência de Viena de 1986.

3. Penso que, nesta etapa inicial dos *travaux préparatoires* de nossa Delegação à referida Conferência, é de todo necessário e oportuno que tais subsídios, como desenvolverei a seguir, se voltem, de início e sobretudo, às

questões *básicas* do presente projeto sobre tratados celebrados por organizações internacionais (quais sejam, a igualdade dos Estados e a desigualdade das organizações internacionais, a perspectiva adequada do direito das organizações internacionais em combinação – no presente contexto – com o direito dos tratados, e a capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados). A partir daí, importa que se identifiquem as posições anteriormente externadas pelo Brasil sobre a matéria (tanto na Conferência de Viena de 1968-1969 quanto em relação ao presente projeto da Comissão de Direito Internacional no âmbito da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas), com o propósito de manter linha de coerência, sem prejuízo de apreciação do desenvolvimento progressivo do direito internacional, nesta área, nos últimos anos (da Conferência de Viena de 1968-1969 até o presente). Cumpre, enfim, identificar os artigos do presente projeto da Comissão de Direito Internacional que provavelmente requererão atenção mais detida em relação à próxima Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

II. *Tratados Celebrados por Organizações Internacionais: Questões Básicas*

4. Em diversas ocasiões, no decorrer dos prolongados trabalhos preparatórios do projeto sobre direito dos tratados – de 1950 a 1966, – a Comissão de Direito Internacional da ONU considerou se o referido projeto deveria aplicar-se não apenas a tratados entre Estados, mas também a tratados celebrados por organizações internacionais. A decisão final foi no sentido da exclusão destes últimos; os dispositivos que formam o presente projeto, ora em exame, teriam se incorporado à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1960 se a Conferência de Viena (1968-1969) não tivesse decidido restringir-se aos tratados entre Estados. Por outro lado, não há como dissociar o presente projeto do texto básico sobre a matéria, a Convenção de Viena de 1969¹. O presente projeto, no entanto, recai no âmbito tanto do direito dos tratados quanto do direito das organizações internacionais². Ponto de partida

¹ *Yearbook of the International Law Commission* (doravante *cit. YILC*. 1972 – II, 177-178; *YILC*. 1982 – II, parte II, p. 12.

² *YILC*. 1982 - II, parte II, p. 16.

conveniente, se não necessário, de seu exame reside nas questões prévias e comuns, ou seja, nas questões de princípio e de método, e nos problemas básicos, do presente projeto. Encontram-se eles expostos e discutidos no relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre o trabalho de sua 34ª sessão (1982) e sobretudo nos dois primeiros relatórios (1972 e 1973) do *rapporteur* especial da Comissão sobre a matéria, Paul Reuter. Cabe-me pois, de início, resumi-los e destacar os pontos principais, merecedores de especial atenção.

1. *Igualdade dos Estados e Desigualdade das Organizações Internacionais*

5. Um dos pontos capitais, subjacente a todo o projeto ora em estudo, reside na diferença resultante da comparação entre a posição dos Estados e a das organizações internacionais no cenário internacional. No âmbito do direito internacional geral, situam-se os Estados em um plano de *igualdade soberana* em relação uns aos outros. Por outro lado, as organizações internacionais diferem umas das outras, em razão das amplas variações de suas funções, individualmente definidas. Tal diferença entre o *status* dos Estados e o das organizações internacionais no direito internacional recomenda cautela na formulação de regras comuns ou fórmulas gerais, de modo a evitar, na medida do possível, uma rigidez excessiva e a evitar ademais o estabelecimento de regras comuns sobre questões que “deveriam ser reguladas, no caso de cada organização, de acordo com suas características próprias”³. Assim como a Convenção de Viena de 1969 não encontrou dificuldades para declarar que os Estados têm capacidade de concluir tratados (artigo 6), por ser tal capacidade a expressão precisamente de sua igualdade soberana, o presente projeto, a seu turno, depara-se com dificuldades para lidar com a mesma questão em relação a organizações internacionais, “caracterizadas por uma desigualdade fundamental”⁴. Daí a necessidade de evitar, e.g., abordar a questão da capacidade das organizações internacionais por meio de fórmulas gerais (cf. *infra*).

6. Distintamente dos Estados, todos iguais ante o direito internacional, as organizações internacionais resultam de instrumentos

³ YILC. 1973 - II, p. 78-79.

⁴ YILC. 1972 - II, p. 196.

constitutivos que a elas atribuem características jurídicas próprias: têm, assim, competência mais limitada que a dos Estados, e não raro não claramente definida (particularmente no tocante às relações exteriores). Apresentam as organizações internacionais variações entre si, no que concerne a suas funções, poderes e estrutura, afetando sobretudo sua competência para concluir tratados. Ao preparar o presente projeto de artigos a Comissão teve, pois, que superar alguns obstáculos⁵. No decorrer dos debates da Comissão de Direito Internacional sobre o presente projeto, quase todas as críticas formuladas decorreram da chamada *dupla posição de princípio* adotada:

Por um lado, sustentou-se que há diferenças suficientes entre Estados e organizações internacionais para afastar, em alguns casos, a aplicação de uma mesma regra a ambos.

Por outro lado, sustentou-se que se deve fazer uma distinção entre tratados entre Estados e organizações internacionais e tratados entre organizações internacionais e que dispositivos diferentes deveriam reger cada⁶ [categoria].

Como a própria Comissão veio a admitir, “estes dois princípios foram responsáveis pelas complexidades de redação” que surgiram, particularmente no estágio inicial do presente projeto⁷. Estas considerações nos conduzem aos dois pontos seguintes, a saber, o da perspectiva adequada do direito das organizações internacionais no presente contexto, e o da capacidade das organizações internacionais (de celebrar tratados).

2. O Direito das Organizações Internacionais em Perspectiva Adequada

7. O direito das organizações internacionais – em combinação, no presente contexto, com o direito dos tratados, – há de ser abordado e entendido a partir de uma perspectiva adequada: não se trata de visualizar um direito comum a todas as organizações internacionais, mas antes de detectar o direito próprio a cada organização internacional. É o *direito de cada organização internacional* que rege, em última análise, a questão de sua

⁵ Particularmente em relação aos artigos 7(4), 36 *bis*, 45, 65 e 66; *YILC*. 1982 – II, parte II, p. 13-14.

⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁷ Cf. *ibid.*, p. 15.

capacidade internacional (*infra*), sendo, assim, um requisito básico de qualquer projeto de codificação do direito das organizações internacionais⁸. Torna-se, pois, necessário definir a noção de *regras relevantes da organização* – levando particularmente em conta a “prática da organização”, – noção esta presente já na Convenção de Viena de 1969 (artigo 5). Não pode restar dúvida de que a expressão *relevant rules of the organization* compreende o instrumento constitutivo da organização (e os regulamentos que esta porventura vier a adotar); abrange, outrossim, no entender da Comissão de Direito Internacional, a *prática estabelecida* (*established practice*), i.e., derivada de regras ou consolidada como regra costumeira⁹. Mas também aqui reconhece a Comissão a necessidade de proceder com certa flexibilidade – e.g., admitindo que a noção de “regras relevantes da organização” possa incluir igualmente prática não suficientemente “estabelecida” – de modo a preservar “o poder criativo das organizações internacionais” em relação às regras que lhes dizem respeito¹⁰.

8. Em mais de uma ocasião, em seus segundo e terceiro relatórios sobre a matéria em exame, o *rapporteur* Reuter refere-se claramente ao “princípio fundamental” que “afirma a existência de um direito peculiar a cada organização e reconhece, com respeito a tratados, *sua precedência sobre as regras gerais do direito dos tratados*”¹¹. Não há como negar a existência de regras peculiares a cada organização, variando de uma a outra¹², e – na advertência de Reuter – qualquer tentativa de abolir por meio de um tratado tais diferenças “estaria sem dúvida fadada ao fracasso”. Na explicação do *rapporteur*, os milhares de tratados celebrados por organizações internacionais no decorrer dos anos têm seu regime e força obrigatória derivados não do direito peculiar ou próprio a cada organização internacional, mas sim do *direito internacional geral*, que obriga tanto os Estados quanto as organizações internacionais. Assim, o propósito do presente projeto *não* poderia, naturalmente, ser o de “formular um sistema de direito uniforme baseado

⁸ *YILC*. 1973 - II, p. 78; *YILC*. 1972 - II, p. 181.

⁹ *YILC*. 1972 - II, p. 197-198.

¹⁰ *Ibid.*, p. 198.

¹¹ *YILC*. 1973 - II, p. 89; *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 140 (ênfase acrescentada).

¹² E.g., as regras contidas em seu instrumento constitutivo, ou em acordos por ela concluídos (relativos a seu *status*, imunidades), ou em regulamentos por ela adotados (para questões administrativas e financeiras); *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 142.

em um estudo comparativo do direito peculiar a cada organização internacional”, mas sim – e propriamente –

identificar e formular as regras necessárias à consolidação e desenvolvimento de uma prática com bases sólidas reconhecendo o valor jurídico dos tratados das organizações internacionais, independentemente dos traços especiais que possam caracterizar cada organização¹³.

9. Na verdade, a expressão “regras relevantes da organização”, desde sua consagração inicial na Convenção de Viena de 1969 (artigo 5), “jamais foi contestada”; além disso, a expressão *relevant rules of the organization* encontrou guarida igualmente na Convenção de Viena sobre Representação de Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal de 1975 (artigos 3 e 1 (1)(34)), entendida no sentido amplo de forma a abranger tanto o instrumento constitutivo da organização e regras escritas (sobre o exercício de seus poderes) quanto regras não-escritas resultantes de práticas estabelecidas pela organização¹⁴. Estas últimas abrangeriam igualmente *practices which are not yet established but are liable to become so*; se se desse ao direito convencional escrito (instrumento constitutivo, regulamentos, decisões e resoluções) precedência sobre as regras não-escritas como fonte do direito peculiar ou próprio a cada organização internacional, equivaleria isto a “impedir o desenvolvimento progressivo do direito de cada organização e dar margem a uma infração inaceitável da autonomia constitucional de cada organização”¹⁵.

10. Não se pode determinar uniformemente para todas as organizações internacionais até que ponto a prática pode exercer um papel criativo, pois esta questão depende também das “regras da organização”, e apresenta, pois, grandes diferenças de uma organização a outra, e.g., no tocante *inter alia* a sua capacidade de concluir acordos internacionais (cf. *infra*). Na ponderação da Comissão de Direito Internacional,

¹³ *Ibid.*, p. 143.

¹⁴ Poder-se-ia, ademais, acrescentar as regras derivadas de outros tratados concluídos pela organização; cf. o quarto relatório de Reuter, *YILC*. 1975- II, p. 40; cf. também *YILC*. 1974- II, parte I, p. 151.

¹⁵ *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 152.

*There is nothing surprising in this; the part which practice has played in this matter in an Organization like the United Nations, faced in every field with problems fundamental to the future of all mankind, cannot be likened to the part played by practice in a technical organization engaged in humble operational activities in a circumscribed sector. (...) Practice finds its place in the development of each organization in and through the 'rules of the organization', (...) and that place varies from one organization to another*¹⁶.

11. Assim, na colocação do relator da matéria, “o caráter individual peculiar a cada organização resulta não apenas do caráter do instrumento constitutivo de cada organização, mas também do caráter particular da ‘prática’ relativa à interpretação do instrumento constitutivo (...). A diversidade de soluções possíveis deriva diretamente disto”¹⁷. Desse modo, e.g., há organizações cuja prática é liberal mesmo em relação a acordos da maior importância, assim como há organizações cuja prática é liberal em relação a determinados tipos de acordo (e.g., atinentes a aspectos administrativos da vida de organização) e bastante restritiva no tocante aos demais acordos. Daí ressalta a *autonomia da prática* de cada organização, prática esta que constitui elemento importante na própria *interpretação* dos tratados¹⁸.

12. Observe-se, ademais, que a celebrada jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, atinente à questão da interpretação de poderes (e.g., *casos das Reparações de Danos*, 1949, e de *Certas Despesas da ONU*, 1962), diz respeito a uma determinada organização internacional, as Nações Unidas, muito embora a rica substância de sua contribuição possa transcender tal dimensão *no propósito de “elaboração teórica”*; as Nações Unidas

¹⁶ *YILC*. 1982 - II, parte II, p. 24.

¹⁷ *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 148.

¹⁸ *Ibid.*, p. 148-149. - Ao comentar o artigo 7 (plenos poderes e poderes) do presente projeto, a Comissão de Direito Internacional relembra que, como os instrumentos constitutivos de muitas das mais importantes organizações não contêm dispositivo algum especificando qual órgão é competente para obrigar a organização (na conclusão de um tratado), coube à *prática* “suprir a lacuna” ao admitir em muitos casos que o Chefe do secretariado da Organização – qualquer que fosse seu título – era “competente para expressar o consentimento daquela organização sem referência a outro órgão. Esta solução emana dos requisitos da vida internacional”, acrescenta a Comissão. Por meio desta conduta, devida tanto à iniciativa dos chefes dos secretariados quanto à aquiescência dos demais órgãos, a prática em questão desenvolveu-se e consolidou-se, tornando-se assim uma “regra da organização”. *YILC*. 1982 - II, parte II, p. 27.

apresentam, porém, características próprias (em razão da “universalidade de sua composição” e do “amplo escopo de suas funções”) que impediriam ou inviabilizariam a simples assimilação do que disse a Corte a seu respeito a qualquer outra organização internacional¹⁹. Assim, particularmente no contexto do presente projeto, as “regras relevantes de cada organização” (expressão tão “neutra” quanto possível) deixam a solução da matéria a cargo dos “princípios e procedimentos de cada organização”²⁰.

3. *A Capacidade das Organizações Internacionais de Celebrar Tratados*

13. O ponto acima encontra-se intimamente ligado ao da capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados. É esta uma das questões básicas mais complexas que teve de enfrentar o presente projeto, e que recebeu a devida atenção nos três primeiros relatórios de Paul Reuter. No primeiro deles, limitou-se o *rapporteur* a anotar que as organizações internacionais dotadas de capacidade de celebrar tratados não a possuem todas *no mesmo grau*, cabendo determinar ao menos uma “capacidade mínima” que todas possuiriam (ainda que algumas tivessem mais capacidade do que outras)²¹. No segundo relatório, Reuter foi claro ao afirmar que a consideração básica de princípio prende-se ao fato de que “a capacidade de uma organização internacional deriva de seus próprios estatutos, do direito peculiar à organização”, não sendo assim idêntica de uma organização a outra; as Nações Unidas – e talvez outras agências do mesmo sistema – constituem “um caso especial devido a sua universalidade, e de qualquer modo considerações que a elas se aplicam não podem ser estendidas” a toda e qualquer outra organização²². Assim, os aspectos específicos do direito das organizações internacionais de concluir acordos internacionais sugerem que não é indicado propor uma formulação geral, ou formulação de regras gerais (comuns a todas as organizações), que poderiam obstruir o seu desenvolvimento futuro (a cargo de soluções individuais)²³.

¹⁹ *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 149.

²⁰ *Ibid.*, p. 151.

²¹ *YILC*. 1972 - II, p. 179.

²² *YILC*. 1973 - II, p. 82.

²³ *Ibid.*, p. 82-83.

14. No terceiro relatório, Reuter foi categórico ao asseverar que a capacidade de uma organização internacional “depende essencialmente do direito peculiar a cada organização”²⁴. Insistiu o *rapporteur* que o presente projeto não poderia pretender padronizar o direito relativo à capacidade das organizações internacionais: estaria fora de cogitação sujeitar estas últimas a um “direito uniforme” no tocante a suas relações exteriores, a exemplo da impossibilidade de sequer se imaginar uma assimilação da situação das Nações Unidas – um caso especial – à de qualquer outra organização internacional. Por conseguinte, o “propósito possível” de um dispositivo sobre a capacidade das organizações internacionais – como o artigo 6 do presente projeto – deve ser o de

indicar a regra fundamental da autonomia constitucional de cada organização; uma vez que cada organização tem um direito que lhe é peculiar, sua capacidade é determinada pelas regras relevantes da organização²⁵.

15. Daí a convicção do *rapporteur* de que, para tornar possível o trabalho de codificação nesta área, mister se faz buscar uma fórmula suficientemente flexível relativa à capacidade das organizações internacionais de modo a “cobrir todas as soluções possíveis e respeitar a grande diversidade” existente. As observações sobre a matéria encaminhadas em 1973 pelos Governos à VI Comissão da Assembléia Geral da ONU favorecem fórmulas que precisamente ressaltem o direito peculiar a cada organização²⁶. Assim, dispõe o artigo 6 do presente projeto que “no caso das organizações internacionais, a capacidade de concluir tratados é determinada pelas regras relevantes de cada organização”. Observe-se que tal dispositivo, ao afirmar uma regra precisa, permanece, no entanto, silencioso quanto ao “papel do direito internacional no próprio estabelecimento da capacidade das organizações internacionais de concluir tratados”. Ora, se são as “regras relevantes de cada organização” que determinam sua capacidade de concluir tratados, isto ocorre em virtude de uma regra geral de direito internacional que autoriza a atribuição de capacidade às organizações internacionais (*pacta*

²⁴ *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 146.

²⁵ *Ibid.*, p. 147.

²⁶ E mesmo a relevância dos instrumentos constitutivos de cada organização; *ibid.*, p. 149.

sunt servanda). Tal capacidade resulta do “poder criativo” dos tratados (instrumentos constitutivos), e é aquela regra geral – de caráter permissivo – que possibilita este efeito específico dos instrumentos constitutivos das organizações internacionais²⁷.

16. Um dos estudos pioneiros sobre a matéria advertia, já em meados da década de 1960, que a doutrina dos “poderes implícitos” não poderia servir de base à capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados, e a pergunta crucial a se levantar era: o direito internacional atribui tal capacidade de concluir tratados às organizações internacionais? Entendia o autor que sim, que, conforme geralmente reconhecido, tal capacidade era atribuída às organizações internacionais por uma regra de direito internacional costumeiro²⁸. E, com base nos trabalhos preparatórios da Comissão de Direito Internacional de seu primeiro projeto sobre direito dos tratados, observava que a capacidade de concluir tratados de uma organização internacional dependia não apenas de seu instrumento constitutivo, mas também das “decisões e regras de seus órgãos competentes”²⁹ (cf. *supra* sobre este ponto). Em suas conclusões o autor insistia nesses pontos, reiterando, e.g., que a teoria dos “poderes implícitos” não fornecia uma “explicação satisfatória” da capacidade das organizações internacionais de concluir tratados. Mas logo a seguir acrescentava que, diferentemente dos Estados que podiam e podem celebrar os tratados que desejarem, o âmbito da capacidade das organizações internacionais é *rather limited*. E admitia, de modo aparentemente contraditório, que

Os tratados concluídos por uma organização internacional devem ter alguma relevância a seus propósitos e funções. Tão logo ingressamos no campo do âmbito de tal capacidade, os dispositivos constitucionais e a teoria dos poderes implícitos tornam-se importantes. Ao decidir o âmbito da capacidade de celebrar tratados de uma organização internacional, os dispositivos

²⁷ Pondera o *rapporteur* que, assim como a Convenção de Viena de 1969 não aborda a questão do *reconhecimento* da capacidade no caso dos Estados, não há razão alguma para que o presente projeto proceda de outro modo no caso das organizações internacionais; cf. *ibid.*, p. 150. A Comissão de Direito Internacional explicita que o artigo 6 do presente projeto reflete a “capacidade individualizada” de cada organização internacional de concluir tratados; *YILC*. 1982 - II, parte II, p. 24.

²⁸ Hungdah Chiu. *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties, and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded*. The Hague: M. Nijhoff, 1966, p. 29-34, 22 e 46.

²⁹ *Ibid.*, p. 47 e nº 108, 42 nº 85, e 137.

constitucionais são o guia principal. Entretanto, não quer isto dizer que todo tratado concluído por uma organização deve ser expressamente autorizado por um ou mais dispositivos constitucionais. É suficiente dizer que o poder de concluir um determinado tratado é implicitamente autorizado por um ou mais dispositivos constitucionais ou pela constituição da organização como um todo³⁰.

17. Do acima exposto pode-se depreender que, na determinação do *alcance* da capacidade das organizações de celebrar tratados, a doutrina dos “poderes implícitos”, tal como erigida pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça³¹, retém a sua utilidade. É o que me parece. Como já indicado, a contrário dos Estados, a capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados é limitada, determinados os critérios de tal extensão funcional pelos propósitos e funções das organizações, previstos em seus atos constitutivos; a extensão dessa capacidade das organizações encontra-se não raro definida nas decisões de seus órgãos, dado que os textos básicos não podem tudo prever e as organizações – como “entidades vivas” – defrontam-se no transcorrer de sua existência com problemas novos, não previstos no momento de sua criação, e a requererem soluções³².

18. Observe-se, a propósito, que, no desenvolvimento do presente projeto, o *rapporteur* Reuter recorreu, a certa altura (terceiro relatório), à teoria da *competência funcional* das organizações internacionais, pela qual estas últimas “teriam em matéria de tratados a necessária capacidade de concluir quaisquer tratados essenciais ao desempenho de suas ‘funções’ (...), ou (...) à realização de seus ‘propósitos’”³³. Reconhece Reuter que tal teoria da

³⁰ *ibid.*, p. 210-211.

³¹ Cf. A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 194-197.

³² Y. Souliotis. La capacité des organisations internationales de conclure des accords d’après leurs actes constitutifs et la pratique, 25 *Revue hellénique de droit international*. 1972, p. 215-230; e cf. Badr Kasmé. *La capacité de l’Organisation des Nations Unies de conclure des traités*. Paris, LGDJ, 1960, p. 48-50. E sobre a dissociação entre a personalidade internacional e a capacidade de celebrar acordos, no caso da ONU, cf. Clive Parry. The Treaty-Making Power of the United Nations, 26 *British Year Book of International Law*. 1949, p. 108-149.

³³ *YILC*. 1974 - II, parte I, p. 147.

competência funcional das organizações “transcende necessariamente o âmbito das relações exteriores e do direito dos tratados e se estende a todos os poderes, a todas as áreas de competência” das organizações internacionais. O uso dos conceitos de “objetivos e propósitos” das organizações não visa aqui limitar o exercício da competência das organizações, mas antes “fornecer uma *fonte de novas* áreas de competência:

as organizações seriam automaticamente competentes para concluir quaisquer tratados que correspondessem a suas funções e seus propósitos e o instrumento constitutivo da organização teria que incluir uma proibição explícita a fim de limitar a capacidade da organização³⁴.

Ora, não é esta linguagem remanescente da construção doutrinária dos “poderes implícitos” em matéria de atribuição de poderes às organizações internacionais?

III. *Posições do Brasil sobre os Trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU de Codificação do Direito dos Tratados*

19. Para a elaboração das Instruções à Delegação do Brasil à Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (Viena, 1986), é importante examinar as posições já assumidas ou manifestadas pelo Brasil sobre a matéria. Tal exame se impõe face à necessidade de manter, na próxima Conferência de Viena, linha de coerência com posições adotadas pelo Brasil até o presente, sem prejuízo da atenção devida ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, nesta área, nos últimos anos (da Conferência de Viena de 1968-1969 até nossos dias). Penso que o exame

³⁴ *Ibid.*, p. 147. – Em seu estudo da matéria, Rosenne diz claramente que *the implied treaty – making power and competence of an international organization is a useful example of the potentialities inherent in the doctrine of implied powers as an aid in interpreting and applying the Charter*. E acrescenta: *Practice shows that this implied treaty – making power is of no less importance, and is in fact much more employed, than the specific treaty – making powers*. Shabtai Rosenne. United Nations Treaty Practice, 86 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1954, p. 295-296, e cf. p. 294.

acima proposto deve abarcar, primeiramente, as intervenções da Delegação do Brasil na Conferência de Viena de 1968-1969, e, em segundo lugar, as intervenções da Delegação do Brasil sobre o presente projeto da Comissão de Direito Internacional no âmbito da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas.

1. *Posições do Brasil na Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados (1968-1969)*

20. As intervenções da Delegação do Brasil no decorrer das duas sessões (1968 e 1969) da Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados encontram-se reproduzidas no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*, cabendo aqui brevemente recapitulá-las. No decorrer da 1ª sessão (1968) da Conferência, o Chefe da Delegação do Brasil, Embaixador Gilberto Amado, observou que a prática internacional ainda não era suficientemente abundante de modo a servir de base ao estudo das relações entre os Estados e as organizações internacionais e dos tratados concluídos por organizações internacionais. A Conferência, acrescentou, fôra convocada para codificar regras de direito internacional e não para compilar princípios. Em relação à ratificação de tratados, Gilberto Amado ressaltou a diversidade de métodos de expressão do consentimento e a necessidade hodierna de “agir rapidamente”; acrescentou que a própria prática dos Estados prevalecia na atualidade sobre a doutrina. No tocante à interpretação de tratados, defendeu, como ponto de partida, o sentido ordinário dos textos (regra que remontava aos escritos de Vattel) e expressou cautela quanto ao recurso aos trabalhos preparatórios como meio suplementar de interpretação. Enfim, sobre a noção de *jus cogens*, recordou o consenso que emergira entre os membros – de formação jurídica variada – da Comissão de Direito Internacional acerca da inclusão daquela noção na Convenção; ressaltou, ademais, a importância fundamental da prática dos Estados no desenvolvimento do direito internacional, que marchava rumo à institucionalização. Daí a importância de uma inovação como a do *jus cogens*, que deveria ser mantida na Convenção (se possível esclarecendo que não era retroativo) e jamais ser sacrificada. “Não restava dúvida”, arrematou Gilberto Amado, “de que o *jus cogens* não se tratava apenas de um princípio ou de

uma aspiração, mas de uma realidade confrontando todos os Estados no direito internacional contemporâneo”³⁵.

21. No decorrer da 2ª sessão (1969) da Conferência, o Chefe da Delegação do Brasil, Embaixador G. E. do Nascimento e Silva, opôs-se a emenda que tentava introduzir na Convenção uma distinção entre tratados multilaterais gerais e restritos, “difícil demais para definir” e que “a própria Comissão de Direito Internacional abster-se de incluir” no projeto. Sobre a capacidade dos Estados de concluir tratados, opôs-se a que se considerasse em um mesmo plano os Estados e as unidades componentes de uma união federal ou *Länder* (que não podiam ser membros de uma organização internacional ou assinar tratados). No tocante à conclusão de tratados, a Delegação Brasileira apresentou proposta – co-patrocinada pela Grã-Bretanha – contendo projeto de artigos sobre as cláusulas finais da Convenção (assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor, textos autênticos); na ocasião, acrescentou o Chefe da Delegação do Brasil que

a Conferência deveria manter a fórmula adotada pelas Convenções de Viena de 1961 e 1963 sobre Relações Diplomáticas e Consulares e acrescentar um Protocolo Facultativo sobre Solução de Controvérsias que poderia ser aceito por parte de cada Delegação. O que se conhecia como a fórmula de Viena tinha dado bons resultados e não havia razão alguma para abandoná-la³⁶.

22. Sobre este último ponto, observou o Embaixador Nascimento e Silva que “a jurisdição compulsória não se aplicaria a tratados assinados antes da conclusão da Convenção”; quanto a tratados futuros, teriam as partes liberdade de adotar “outras regras sobre solução de controvérsias”. Para

³⁵ A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1961-1981). Brasília: MRE/Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 97-98, 128-129 e 140-141. - Na fase dos trabalhos preparatórios da Conferência, no âmbito da VI Comissão da Assembléia Geral da ONU, em 1964, o Embaixador Gilberto Amado se manifestou também acerca da nulidade de tratados, louvando as novas bases propostas – nulidade em razão de ameaça ou emprego da força, e por incompatibilidade com norma imperativa do direito internacional geral (*jus cogens*), mas expressando dúvidas quanto à possibilidade de cristalizar-se consenso geral em torno de determinados vícios do consentimento (como o dolo e o erro). Concluiu em favor de reforçar o princípio do respeito à validade dos tratados. Cf. *ibid.*, p. 139.

³⁶ *Ibid.*, p. 117-118 e 126-127.

os tratados em vigor, a arbitragem ou o recurso à Corte Internacional de Justiça era sempre possível e, no futuro, os Estados que quisessem recorrer àquele órgão poderiam incluir um dispositivo nesse sentido em seus tratados;

recordou que sua Delegação “sempre se declarara contra cláusulas gerais de arbitragem, mas freqüentemente recorrera àquele sistema de solução de controvérsias e o considerava muito útil em certos casos específicos”³⁷. Sobre reservas a tratados, referiu-se o Chefe da Delegação do Brasil à posição da maioria dos países latino-americanos, inclusive naturalmente o Brasil, tradicionalmente resistente à formulação de reservas, mas reconhecendo a liberdade de todo país de fazê-las se assim julgasse oportuno³⁸. Enfim, proveio da Delegação do Brasil, juntamente com a da Suécia e as de outros países, a proposta que resultou na regra da *não-retroatividade* da Convenção (consagrada em seu artigo 4), sem prejuízo da aplicação de regras do direito internacional e consuetudinárias por ela codificadas³⁹.

2. *Intervenções do Brasil, sobre o Presente Projeto, na VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (1973-1982)*

23. Também em relação a alguns aspectos do presente projeto da Comissão de Direito Internacional, sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, teve a Delegação do Brasil ocasião de manifestar-se, ao ser ele objeto de consideração no âmbito da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Assim, em 1973, pronunciou-se a Delegação do Brasil favorável a que o presente projeto se conformasse, na medida do possível, à Convenção de Viena de 1969; afirmou, ademais, que

A capacidade das organizações internacionais de concluir tratados deveria reger-se por seus estatutos respectivos, e os tratados concluídos por órgãos subsidiários deveriam obrigar a organização como um todo⁴⁰.

³⁷ *In ibid.*, p. 299-300.

³⁸ *Ibid.*, p. 135.

³⁹ G. E. do Nascimento e Silva. *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Ministério das Relações Exteriores, 1971, p. 62-63.

⁴⁰ *General Assembly Official Records (GAOR)*, VI Committee, XXVIII Session, 1973, 1401st meeting, p. 32, e cf. *YILC*. (1974 II, parte I, p. 149-150 n° 75.

24. No ano seguinte, a Delegação do Brasil endossou as decisões tomadas sobre o presente projeto (artigos 1-6), referindo-se, em particular, ao “abordamento pragmático” da questão da capacidade das organizações internacionais de concluir tratados (artigo 6), que era “uma indiscutível realidade da vida internacional”⁴¹. Em 1975, acentuou a Delegação do Brasil que o artigo 7 do presente projeto respondera afirmativamente a pergunta se se aplicavam às organizações internacionais os plenos poderes na forma tradicionalmente usada pelos Estados,

embora os poderes de representantes de tais organizações para o propósito de adotar ou autenticar o texto de um tratado se chamassem simplesmente ‘poderes’. A CDI [Comissão de Direito Internacional] reconhecera que a prática das organizações internacionais, até o presente, não tornava a apresentação dos poderes indispensável, mas preferira não incluir um reconhecimento expresso de que os poderes não eram necessários, pois isso poderia gerar confusão na prática⁴².

25. Quanto ao processo decisório para adoção de texto de tratado entre Estados e organizações internacionais, a Delegação Brasileira considerou, no tocante à regra da maioria dos dois terços seguida em certas conferências internacionais, e consagrada no artigo 9 (2) do presente projeto, que

tal prática ainda não poderia formar a base de uma regra obrigatória do direito internacional. As conferências eram tidas como soberanas para estabelecer seus próprios regulamentos, o que deveria continuar sendo o caso⁴³.

Ainda nos debates da VI Comissão de 1975, em relação aos artigos 10 a 18 do presente projeto as únicas objeções da Delegação do Brasil voltaram-se à questão se se deveria reter a ratificação como meio de estabelecer o

⁴¹ Assim, limitava-se o presente projeto a reconhecer a capacidade das organizações internacionais, sem tentar atribuir-lhes tal capacidade; GAOR., VI Committee, XXIX Session, 1974, 1487th meeting, p. 140-141.

⁴² GAOR., VI Committee, XXX Session, 1975, 1538th meeting, p. 60. A Delegação Brasileira aprovou a inclusão do artigo 7(2)(e) no presente projeto, considerando-o “consistente” com o artigo 12(1) da Convenção de Viena sobre Representação de Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal (1975); expressou, ademais, satisfação pela decisão de fazer com que o presente projeto continuasse a conformar-se tanto quanto possível com a Convenção de Viena de 1969; *ibid.*, p. 60.

⁴³ *Ibid.*, p. 60.

consentimento de uma organização internacional em obrigar-se por um tratado. No entender da Delegação Brasileira,

– If ratification were extended to international organizations, problems would arise from the fact that texts could not be formally adopted prior to a two-stage approval by a complex consultative machinery, involving organs of different ranks. The new concept, “act of formal confirmation”, which had been introduced into the articles, did not solve those problems and constituted an innovation which had no grounds whatsoever in the practice of organizations. The draft would be more realistic if attempts to introduce the ratification procedure into the life of international organizations were simply discarded for lack of precedents⁴⁴.

26. Sobre a capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados, voltou a Delegação do Brasil a manifestar-se na VI Comissão em 1979, ressaltando que “dever-se-ia manter sempre em mente a diferença básica entre Estados e organizações internacionais” ao lidar com esta matéria:

A capacidade dos Estados de celebrar tratados é geral e existe para todos os Estados. A capacidade das organizações internacionais é bem mais limitada e é condicionada por suas próprias regras internas⁴⁵.

Constituíam, “em particular”, as regras de uma organização, “os instrumentos constitutivos, as decisões e resoluções relevantes e a prática estabelecida da organização”; o “problema básico da capacidade” se fazia presente em algumas das partes do presente projeto da Comissão de Direito Internacional⁴⁶.

27. Também se referiu a Delegação do Brasil, nos debates de 1978, ao problema que surgia com a decisão da Comissão de Direito Internacional de seguir, no presente projeto, a Convenção de Viena de 1969, vez que

⁴⁴ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁵ MRE. *Relatório da Delegação do Brasil à VI Comissão da XXXIV Assembléia Geral da ONU*. dez. 1979, p. 13 (circulação interna (tradução do inglês)).

⁴⁶ A Delegação do Brasil singularizou “alguns dos novos artigos 39 a 60, particularmente os que lidam com a nulidade, extinção e suspensão da operação de tratados”; cf. *ibid.*, p. 13-14.

a Convenção de Viena é baseada inteiramente em consenso, que por sua vez, se respalda no princípio da igualdade das partes, ou seja, os Estados. Organizações internacionais, entretanto, diferem entre si e particularmente em relação a Estados. Tais peculiaridades devem ser levadas em consideração⁴⁷.

Assim, e.g., nos debates de 1980 da VI Comissão, houve por bem relembrar a Delegação do Brasil que

as partes em uma controvérsia relativa à invocação da existência de uma norma peremptória do direito internacional geral como base da nulidade e extinção de um tratado podem submeter tal controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mas as organizações internacionais não podem ser partes em casos perante a Corte⁴⁸.

Entendia a Delegação do Brasil que, em tais casos, seria “muito aconselhável” (*most advisable*) obter “um pronunciamento da Corte Internacional de Justiça, mesmo na forma de um parecer” (*advisory opinion*); a Delegação Brasileira *as a question of principle does not favour mandatory application of third party binding procedures for the settlement of international disputes*, na crença de que “um abordamento mais flexível é bem mais eficaz”. Neste caso em particular, no entanto, considerava que

controvérsias relativas à existência de normas peremptórias do direito internacional eram demasiado importantes para ter a conciliação como o único procedimento mandatário para sua solução⁴⁹.

28. Em 1982 a Delegação Brasileira retomou a questão no âmbito da VI Comissão. Ao comentar o artigo 66 e Anexo (procedimentos para

⁴⁷ MRE. *Relatório da Delegação do Brasil à VI Comissão da XXXIII Assembléia Geral da ONU*. Dez. 1978, p. 8 (circulação interna).

⁴⁸ MRE. *Relatório da Delegação do Brasil à VI Comissão da XXXV Assembléia Geral da ONU*. Nov. 1980, item 106, p. 4 (circulação interna (tradução do inglês)).

⁴⁹ A Delegação Brasileira dizia isto sem prejuízo de seu ponto de vista “geralmente favorável” ao procedimento de conciliação mandatária, que, em muitos casos, como, e.g., em alguns relativos ao direito do mar, “*has emerged as a happy compromise between those who insist on third party binding procedure for the settlements of disputes and those who do not accept the application of such procedures*”. *Ibid.*, p. 4-5.

solução de controvérsias) do presente projeto, lembrou que a Convenção de Viena estabeleceu um *dual system*, pelo qual

As controvérsias, em geral, estão sujeitas a um procedimento de conciliação mandatória, de acordo com um Anexo à Convenção. No entanto, as controvérsias envolvendo a aplicação ou interpretação dos artigos 53 ou 64, isto é, as alegações de que o tratado conflita com uma norma peremptória de direito internacional geral, são submetidas à Corte Internacional de Justiça para uma decisão, a não ser que as partes concordem em submetê-las a arbitragem⁵⁰.

Com a decisão da Comissão de Direito Internacional de manter no presente projeto a distinção da Convenção de Viena, entre as controvérsias relativas à Parte V em geral e as atinentes à suposta existência de um conflito com uma norma de *jus cogens*, surgiu uma dificuldade, no último caso. Como não podem as organizações internacionais ser partes perante a Corte Internacional de Justiça, o dispositivo do artigo 66(a) não poderia ser incluído no presente projeto, por não poder aplicar-se a elas. Donde as seguintes possibilidades: 1) eliminar a distinção supracitada (entre controvérsias relativas ao *jus cogens* e outras sob a Parte V); 2) prever o recurso à Corte Internacional de Justiça somente para os Estados, nada dispondo para as organizações internacionais; 3) prever o recurso à Corte de Haia apenas para os Estados, e estabelecer um procedimento diferente para as organizações internacionais; e 4) abandonar o recurso à Corte de Haia e estabelecer um procedimento único tanto para os Estados quanto para as organizações internacionais⁵¹.

29. A Comissão de Direito Internacional optou por esta última solução, com o que concordou, na VI Comissão, a Delegação do Brasil, considerando-a “a decisão mais sábia”: por um lado, mantinha a distinção entre controvérsias sob a Parte V e relativas ao *jus cogens* (a merecerem “tratamento separado”), distinção esta incorporada à Convenção de Viena e que “deveria ser preservada”; por outro lado, adotava para a solução das controvérsias “um único procedimento, a arbitragem, a aplicar-se tanto aos

⁵⁰ MRE. *Relatório da Delegação do Brasil à VI Comissão da XXXVII Assembléia Geral da ONU*. 1982-83, item 125, p. 9 (circulação interna (tradução do inglês)).

⁵¹ *Ibid.*, p. 9-10.

Estados quanto às organizações internacionais”. Ademais, a Delegação do Brasil qualificou de *very ingenious and practical* a maneira pela qual a Comissão de Direito Internacional redigiu o Anexo a seu presente projeto, cobrindo, com clareza e ao mesmo tempo, “o procedimento arbitral para controvérsias concernentes ao *jus cogens* e a conciliação mandatária a aplicar-se a outras controvérsias atinentes à Parte V”⁵².

30. No âmbito da VI Comissão, a Delegação do Brasil abordou ainda a questão dos efeitos jurídicos de um tratado em relação a um Estado que não é parte ao tratado, mas é membro de uma organização internacional que é parte (artigo 36 bis do presente projeto). No modo de ver da Delegação Brasileira,

Mesmo se os Estados-membro de uma organização internacional são tecnicamente Estados terceiros em relação a um tratado a que é parte a organização, há casos em que a organização está com efeito agindo em nome de seus membros e em que seria vantajoso – para a organização e seus membros, assim como às partes ao tratado em questão – admitir que a participação de uma organização internacional em um tratado possa acarretar obrigações e direitos para seus membros. Não é necessário, para este propósito, mudar a regra básica de que um Estado não se obriga a um tratado sem seu consentimento. Tudo o que é necessário é reconhecer que este consentimento pode ter sido dado no instrumento constitutivo da organização ou de qualquer outra maneira. É o que dispõe o artigo 36 bis. Como garantia às partes ao tratado, e a fim de eliminar quaisquer dúvidas possíveis em relação à situação sendo criada, requer o artigo que o fato de que membros da organização concordaram em se obrigarem pelo tratado seja devidamente levado ao conhecimento dos negociadores do tratado⁵³.

Por estas razões, a Delegação do Brasil arrematou que apoiava o artigo 36 bis do presente projeto, que considerava “um dispositivo útil e prático”⁵⁴. As posições assumidas ou manifestadas pela Delegação do

⁵² *Ibid.*, p. 10-11.

⁵³ *Ibid.*, p. 7-8.

Brasil, acima vistoriadas, constituem, como já indicado, subsídios importantes para a elaboração das Instruções à Delegação do Brasil à Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Resta, enfim, identificar os dispositivos do presente projeto a requererem particular atenção na referida Conferência de Viena programada para fevereiro-março de 1986.

IV. *Dispositivos do Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU a Requererem Particular Atenção na Conferência de Viena de 1986*

31. Das duas recentes rodadas de consultas sobre a organização e métodos de trabalho da próxima Conferência de Viena de 1986, realizadas em 18 de março a 1º de maio e 8-12 de julho de 1985, respectivamente, resultaram dois sumários informais contendo alguns elementos que valeria aqui destacar. Na primeira rodada de consultas advertiram os participantes para o risco de se reabrirem na Conferência vindoura questões do direito dos tratados em geral cobertas pela Convenção de Viena de 1969; por isso, deixaram claro que a tarefa da próxima Conferência de Viena de 1986 era lidar com “questão específica do direito dos tratados e não com o direito dos tratados em geral”⁵⁵. Na ocasião, foi preparada uma lista de “artigos problemáticos”⁵⁶ (18 ao todo) (cf. *infra*), e deu-se particular ênfase à importância de se obter um mecanismo de solução de controvérsias “geralmente aceitável”, questão esta “intimamente ligada ao sucesso da Conferência”. A esse respeito, foram identificados abordamentos distintos à questão da solução de controvérsias, a saber: a proposta da Comissão de Direito Internacional de “arbitragem obrigatória em caso envolvendo *jus cogens* e, em outros casos, conciliação”; pedido de “Parecer obrigatório” (*binding advisory opinion*) da Corte Internacional de Justiça em caso envolvendo *jus cogens* e, em outros casos, conciliação; e “exclusão da

⁵⁴ *Ibid.*, p. 8. Não surpreendentemente, manifestou-se a Delegação Brasileira a favor de que o presente projeto servisse de base a uma futura *Convenção*, já que uma simples *resolução* não seria suficiente para dar a suas diretrizes “status jurídico pleno”; *ibid.*, p. 6.

⁵⁵ *Informal Summing-Up by the Co-Chairmen of the Informal Consultations Held during the Period 18 March to 1 May 1985*. p. 3 e 11 (mimeografado). Note-se que não se trata de documento oficial das Nações Unidas (cf. *ibid.*, p. 13).

⁵⁶ Cf. *ibid.*, p. 10 e 15-16.

Convenção proposta de qualquer dispositivo requerendo solução compulsória de controvérsias”⁵⁷.

32. Recorde-se que, precisamente em relação à questão do *jus cogens* e solução de controvérsias, surgiu em 1968 um impasse que quase foi fatal à Conferência de Viena, e que perdurou até seus últimos instantes em 1969: só então se logrou uma solução por meio de um *package deal*, conforme relatam alguns dos participantes da referida Conferência⁵⁸. Ora, se nesta última, que visava tão-somente os tratados entre Estados, a questão circundou-se de tanta dificuldade, o que não esperar então de sua consideração na próxima Conferência de Viena (1986), quando se estará diante do quadro geral mais complicado de tratados celebrados entre Estados e organizações internacionais ou por organizações internacionais entre si? A questão da solução de controvérsias é, pois, merecedora da mais cuidadosa atenção.

33. É sintomático que o relator do presente projeto da Comissão de Direito Internacional, Paul Reuter, tenha deixado em suspenso (entre colchetes) o texto completo do artigo 66, sobre os procedimentos de solução judicial, arbitragem e conciliação. Em seu nono relatório, lembrou que o dispositivo equivalente da Convenção de Viena de 1969 não fora redigido pela Comissão de Direito Internacional, mas resultara de iniciativa tomada na própria Conferência de Viena para evitar uma “séria crise” que parecia comprometer-lhe a e ameaçava. Logo a seguir, atribuiu “mais importância à conciliação”, que parecia ser favorecida pelos governos, do que ao recurso à Corte Internacional de Justiça; recordou a propósito a ênfase dada à conciliação por duas importantes Convenções, a saber, a Convenção de Viena sobre Representação de Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal de 1975 (artigo 85) e a Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados de 1978 (artigo 42 e Anexo); ambas – comentou – seguiram “de perto” a Convenção de Viena

⁵⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁸ G.E. do Nascimento e Silva, *op. cit.*, *supra* nº (39), p. 40-41; I.M. Sinclair. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: University Press/Oceana, 1973, p. 110-145; E. de la Guardia e M. Delpach. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: La Ley, 1970, p. 419-439; T. O. Elias. *The Modern Law of Treaties*. Leiden: Sijthoff/Oceana, 1974, p. 177-198; P. Reuter. *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*. Paris: A. Colin, 1970, p. 24-25.

sobre Direito dos Tratados de 1969, o que parecia “indicar uma atitude favorável ao recurso à conciliação”⁵⁹.

34. Na segunda rodada de consultas preparatórias da Conferência de Viena de 1986, foi mantida a lista de “artigos problemáticos” a requererem atenção especial; observou-se, em relação ao artigo 2, sobre o uso de termos do presente projeto, que as definições ali consagradas não hão de ser consideradas separadamente, mas em conexão com os demais artigos a que se relacionam tais definições⁶⁰. Enfim, em 25 de novembro de 1985, a VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou, como parte dos trabalhos preparatórios da Conferência de Viena de 1986, documento contendo a lista completa de “artigos problemáticos” (24 ao todo): além dos artigos 2, 3, 5 a 7 e 9, constam da lista os dispositivos sobre expressão do consentimento (artigo 11), reservas (artigos 19 e 20), observância de tratados e direito interno dos Estados e regras de organizações internacionais (artigo 27), aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto (artigo 30), obrigações e direitos de Estados-membro de uma organização internacional decorrentes de tratado de que é parte (artigo 36 bis), regras obrigatórias a Estados terceiros ou organizações terceiras através do costume internacional (artigo 38). A lista enumera, ademais, problemas relativos à nulidade, extinção e suspensão de aplicação de tratados (artigos 45, 46, 56, 61, 62, 65, 73 e 75), solução de controvérsias (artigo 66 e Anexo), e funções de depositários (artigo 77)⁶¹.

35. Poder-se-ia acrescentar que a seção relativa à interpretação de tratados recebeu um tratamento bastante sumário no presente projeto da Comissão de Direito Internacional. Em seu quarto relatório, Reuter ponderou que “jamais se sugeriu que a interpretação de tratados de que são partes uma ou mais organizações internacionais apresenta traços especiais”, mas não se pode dizer o mesmo de tratados que são instrumentos constitutivos de

⁵⁹ YILC. – *Documents of the XXXII Session*. 1980 p. 138. O *rapporteur* considerou bastante útil transpor aos tratados de organizações internacionais as soluções adotadas para tratados entre Estados, mesmo se se houvesse que adotar subsequentemente uma solução mais ampla e menos restritiva com respeito à conciliação; mesmo assim, antecipava a necessidade de mudanças “relativamente substanciais” no tocante à conciliação, assim como limitações ou obstáculos no que concerne ao recurso a um Parecer da Corte Internacional de Justiça (cf. *ibid.*, p. 138-139).

⁶⁰ Cf. *Informal Summing-Up the Co-Chairmen of the Informal Consultations Held during the Period 8-12 July 1985*. p. 12-13 (mimeografado). Note-se que não se trata de documento oficial das Nações Unidas.

⁶¹ ONU/VI Comissão, documento A/C.6/40/L.16, de 21.11.1985, p. 23-24.

organizações internacionais: aqui, pode-se sustentar com base na jurisprudência internacional que a interpretação das cartas constitutivas das organizações internacionais “apresenta características particulares, por exemplo devido à importância que deveria ser atribuída a fatores teleológicos”. Entretanto, acrescentou Reuter, jamais foi a questão levantada na Comissão de Direito Internacional ou na Conferência de Viena de 1968-1969; de todo modo, as cartas constitutivas apresentam “traços mais originais” do que os tratados de que são partes organizações internacionais, em comparação com os tratados entre Estados⁶². Em seu terceiro relatório, Reuter admitiu, *in passim*, que, se se aceitar que “a questão da capacidade de organizações internacionais de concluir tratados depende da interpretação dos instrumentos constitutivos”, é de se observar que a Convenção de Viena de 1969 “não contém dispositivo algum sobre este ponto relativo especificamente a problemas de interpretação levantados pelos instrumentos constitutivos de organizações internacionais⁶³. Em contraste com este silêncio, é consideravelmente rica a jurisprudência internacional em matéria de interpretação de tratados de organizações internacionais⁶⁴.

36. No tocante à expressão do consentimento, a lista de “artigos problemáticos” (*supra*) singulariza o parágrafo 2 do artigo 11 do presente projeto, admitindo, porém, que estão “intimamente relacionados” a este parágrafo os artigos 14(3), 16, 18 e 19(2). Na consideração da parte II do presente projeto, relativa à conclusão e entrada em vigor de tratados, há outros dispositivos a requererem atenção especial: a Delegação do Brasil à próxima Conferência de Viena de 1986 poderia, por exemplo, considerar a possibilidade de uma declaração interpretativa – que me pareceria de todo indicada – em relação aos artigos 24 e 25 (sobre entrada em vigor de tratados), no sentido de deixar registro da exigência constitucional no Brasil da aprovação parlamentar.

37. A parte V da Convenção de Viena de 1986, constituiu possivelmente “o componente mais original e mais debatido” da Convenção,

⁶² *YILC*. (1975 II, p. 43.

⁶³ *YILC*. (1974 II, parte I, p. 147.

⁶⁴ Para um estudo, cf. Denys Simon. *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*. Paris: Pédone, 1981, p. 3-845.

como reconheceu Reuter em seu oitavo relatório do presente projeto da Comissão de Direito Internacional. Escrevendo em 1979, comentou Reuter que, decorridos dez anos desde a adoção da Convenção de Viena, os dispositivos de sua parte V – relativa à nulidade, extinção e suspensão de aplicação de tratados – “parecem ser geralmente aceitos e a Corte Internacional de Justiça confirmou o valor costumeiro de alguns de seus artigos mais importantes”⁶⁵. Mas dentre problemas relativos à parte V que podem ressurgir no tocante ao presente projeto, resultantes das diferenças entre Estados e organizações internacionais, destaca-se como o mais importante o atinente à capacidade das organizações internacionais de concluir tratados (artigo 6 – cf. discussão *supra*); há, ademais, a “diversidade de estruturas” das organizações internacionais, a impedir o desenvolvimento de práticas uniformes, e, “na maioria dos casos, a fraqueza ou incerteza da personalidade jurídica da organização, que nem sempre possibilita distinguir ou separar a organização de seus Estados-membro”⁶⁶. Donde a preocupação em “assegurar a aplicação restrita das regras relativas à capacidade das organizações internacionais”; contudo, na estimativa do *rapporteur*, bem poucos dos artigos que compõem a parte V haverão provavelmente de levantar “questões de princípio”⁶⁷.

38. No tocante ao *jus cogens*, por exemplo, entende o *rapporteur* Reuter – acertadamente – que

‘a comunidade internacional dos Estados como um todo’ é um conceito unitário que não requer uma referência às organizações internacionais em aditamento à referência aos Estados⁶⁸.

Todavia, parece-me que a noção de *jus cogens* mereceria uma intervenção da Delegação do Brasil na próxima Conferência de Viena de 1986, no sentido de demonstrar que, decorridos 17 anos dos debates da Conferência de Viena de 1968-1969, a idéia – que na época se afigurava como novidade e gerou, desde então, distintas reações e vastíssima bibliografia – desfruta hoje de

⁶⁵ E.g., extinção ou suspensão da execução de um tratado como consequência de sua violação, artigo 60, Parecer sobre a *Namíbia*, 1971; mudança fundamental de circunstâncias, artigo 62, Julgamento no caso da *Jurisdicção de Pesca*, Reino Unido *versus* Islândia, 1973; citados *in op. cit.*, *infra* nº (66), p. 127 nº 2.

⁶⁶ *YILC. Documents of the XXXI Session*. 1979 p. 127.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 127.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 138-139.

aceitação generalizada. Tal intervenção, que se inseriria na linha de atuação inaugurada pela Delegação Brasileira sobre este ponto nos debates de 1986 (cf. *supra*), poderia vir a ser bem recebida na doutrina e apreciada no futuro em perspectiva histórica. Neste caso, se assim se decidir, seria de todo indicado, se não necessário, que a Delegação do Brasil levasse em conta os seguintes aspectos da matéria: a determinação do conteúdo ou teste da identificação do *jus cogens*, as questões processuais, a sanção do *jus cogens*, o problema da retroatividade, o *jus cogens* preexistente (artigo 53) e o *jus cogens* emergente ou superveniente (artigo 64), ligado este à aplicação do chamado direito intertemporal⁶⁹.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 17 de janeiro de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

⁶⁹ Cf., e.g., A. Gomez Robledo. *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*. México: UNAM, 1982, p. 9-227; Jerzy Sztucki. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties – A Critical Appraisal*, Viena: Springer-Verlag, 1974, p. 6ss.; Christos L. Rozakis. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam: North-Holland Publ. Co., 1976, p. 1-194; e a vasta bibliografia citada nestas obras.

Direito dos Tratados e Direito das Organizações Internacionais. Conferência das Nações Unidas (Viena, 1986); Posições do Brasil.

Addendum ao Parecer CJ/10

Consolidação das Posições do Brasil na Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (Viena, 1986)

Ao encerrar-se hoje, 21 de março de 1986, aqui em Viena, a Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, vejo-me no dever de, como Consultor Jurídico do Itamaraty, encaminhar ao Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores o presente *Addendum* a meu Parecer CJ/10, de 17 de janeiro último (intitulado “Subsídios para a elaboração de instruções à Delegação do Brasil à Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986”), contendo o quadro consolidado das posições de nossa Delegação à referida Conferência e algumas breves reflexões sobre a mesma. Faço-o com o conhecimento prévio e a anuência do Chefe da Delegação do Brasil, sem prejuízo do Relatório Final da Delegação, e em aditamento aos expedientes encaminhados pela Delegação à Secretaria de Estado (telegramas nº 51, 52, 56, 99, 103, 104 e 111, e ofícios nº 149 a 156, 167 a 171, 174, 175, 192, 197, 198 e 215).

2. O fiel registro de nossas posições na Conferência que ora se encerra, no presente *Addendum* ao Parecer CJ/10, parece-me de todo indicado por dois motivos principais. Primeiro, impõe-se pela própria importância da Conferência, a mais recente das chamadas grandes “Conferências de Codificação”, e que abordou alguns dos capítulos mais fundamentais do Direito Internacional, como os atinentes às fontes do direito internacional, aos sujeitos do direito internacional (a participação na Conferência de delegações *tanto* de Estados *quanto* de organizações internacionais, apresentando inclusive *emendas* ao projeto de artigos, não há de passar despercebida), ao direito dos tratados e ao direito das organizações internacionais. Em segundo lugar, impõe-se ademais pela má qualidade das transcrições das intervenções dos delegados nos *provisional summary records* da Conferência, o que me levou em mais de uma ocasião a reclamar discretamente junto ao Secretariado. Explica-se: com exceção de alguns altos funcionários, que se deslocaram do *Legal Office* das Nações Unidas em Nova York diretamente a Viena para a Conferência, os responsáveis pelas transcrições dos *summary records* eram, em sua maior parte, *local employees* contratados pelas Nações Unidas para o período da Conferência, com conhecimento aparentemente sofrível ou insuficiente da matéria. O que lamentavelmente mais perderá com isto é o tratamento científico futuro da matéria com base nas Atas da Conferência.

3. As intervenções da Delegação do Brasil à Conferência disseram respeito tanto a questões de *substância* quanto a questões de *procedimento* (cf. *infra*). O Chefe da Delegação do Brasil, embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, por sua natural e reconhecida ascendência sobre os demais delegados em razão de sua ampla experiência em Conferências de Codificação anteriores e por seu notório saber, foi eleito por aclamação *Vice-Chairman* do *Committee of the Whole*, vindo posteriormente a atuar como *Chairman* durante parte razoável da Conferência; assim, as intervenções da Delegação do Brasil estiveram a cargo tanto do Chefe da Delegação (quando não atuava como *Chairman* – cf. *supra*), quanto do SubChefe da Delegação, Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, Consultor Jurídico do Itamaraty. De todo modo, as intervenções de um e outro corresponderam *grosso modo* à divisão de trabalho (distribuição entre os dois, dos artigos do projeto), que ambos estabeleceram para si próprios, de comum acordo e mediante

recomendação do Chefe da Delegação, na fase dos *travaux préparatoires* da Delegação (ainda em Brasília).

4. As intervenções da Delegação do Brasil à Conferência, em *questões substantivas*, foram as seguintes, em ordem cronológica:

- *Article 2(1)(b) and (b bis): Ratification and Act of Formal Confirmation* (Mr. Cançado Trindade), 20.2.1986;
- *Article 3: Agreements Not Within Scope of Draft Convention* (Mr. Nascimento e Silva), 21.2.1986;
- *Article 19: Reservations* (Mr. Cançado Trindade), 27.2.1986;
- *Article 20: Objections to Reservations* (Mr. Cançado Trindade), 28.2.1986;
- *Article 38: Treaties and International Custom* (Mr. Cançado Trindade), 3.3.1986;
- *Article 36 (bis): Treaties of International Organizations and States Members* (Mr. Nascimento e Silva), 10.3.1986;
- *Article 66 and Annex: Jus Cogens and Settlement of Disputes* (Mr. Cançado Trindade), 12.3.1986;
- *Articles 24, 25 and 12: Entry into Force, Provisional Application and Expression of Consent* (Mr. Cançado Trindade), 18.3.1986;
- *Adoption of the Convention and Methodology of the Conference (Articles 6 and 2(1)(j): Treaty-Making Capacity of International Organizations and “Rules of the Organization”; Article 66 and Annex: Jus Cogens and Settlement of Disputes)* (Mr. Cançado Trindade), 20.3.1986.

Os textos das intervenções do Brasil supracitadas, reproduzidos a seguir, falam por si próprios, e não requerem comentários adicionais.

Article 2(1)(b) and (b bis)
Ratification and Act of Formal Confirmation
(C.1/SR.2, 20 February 1986)

5. *Mr. Cançado Trindade (Brazil) said that, when the Brazilian Delegation considered the expressions “ratification” “and act of formal confirmation” in the Sixth Committee of the General Assembly in the mid-*

seventies, it indicated, on the one hand, the then innovation of the expression “act of formal confirmation” and, on the other hand, the difficulties of an extension of the term “ratification” to international organizations, which would arise from the fact that it might be taken to mean that texts could not be formally adopted prior to a two-stage approval by a complex consultative mechanism involving organs of distinct ranks.

The Brazilian Delegation, he added, had been hearing with interest what other Delegations had so far stated, and it felt that what the Delegate of Austria had said, as food for thought, might be the way out for the problem at issue under draft article 2, that is, for the use of the expressions “ratification” and “act of formal confirmation” in a simplified and more flexible way.

Article 3

Agreements Not Within Scope of Draft Convention (C.1/SR.4, 21 February 1986)

6. Mr. Nascimento e Silva (Brazil) said that he had difficulty in understanding article 3 as drafted by the International Law Commission. However, he hesitated to support the French proposal despite the excellent arguments in favour of it which the representative of France had put forward. In his view it would be better to eliminate the negative elements in the Commission’s draft, but a majority of delegations seemed to consider that they should be included. His Delegation could support the Japanese amendment, but if the Committee should prefer the ILC text, it might be improved by the insertion of the words inter alia after the words “do not apply”. At all events the Drafting Committee, taking into account the comments made by the representatives of Austria and Australia, should be able to reword the Japanese text satisfactorily.

Article 19

Reservations

(C.1/SR.12, 27 February 1986)

7. Mr. Cançado Trindade (Brazil) said that it would help if, for the three amendments, introduced by Cape Verde, the Union of Soviet Socialist Republics and the German Democratic Republic, all intending to qualify the freedom of international organizations to formulate reservations, one single formulation could perhaps be found in due course to serve that purpose. He

regretted that a joint amendment had not been made possible so far. In any case, with regard to the amendment of the USSR, he said that it would be difficult to imagine the likelihood of an international organization – or more precisely one of its organs – formulating a reservation that is not compatible with its constituent instrument, or else with its rules or established practice.

He added that, as the four amendments submitted then stood, his Delegation, proceeding on the basis of the text of the International Law Commission, was sympathetic to the amendment introduced by Tunisia, Austria, Italy and Japan, purporting to revert to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, for the sake of clarity and precision. He concluded that in the debates so far there appeared to have been no particularly strong opposition to this last proposal.

Article 20

Objections to Reservations

(C.1/SR.14, 28 February 1986)

8. Mr. Cançado Trindade (Brazil) said, in relation to the rule enshrined in paragraph 5 of article 20, that, as the treaty-making power of international organizations is not always expressly mentioned in their constituent instrument themselves, their organs could, in view of the apparent absence of constitutional limitations and the little practice on this particular point so far, adapt their practice to the rule enshrined therein (article 20, paragraph 5). He added that, while recognizing the merits of the amendments submitted, his Delegation could endorse the amendments proposed by Cape Verde (doc. L. 35) and by Austria (doc. L. 33), for placing on the same footing States and international organizations (principle of equality of treatment) in this particular respect. Finally, he supported a common time-limit, for the raising of objections to reservations, both for States and international organizations.

Article 38

Treaties and International Custom

(C.1/SR.15, 03 March 1986)

Mr. Cançado Trindade (Brazil) made the following statement:

9. “My Delegation deems it necessary to distinguish three points in relation to article 38, namely: first, the question of the process of formulation of

customary law with regard to both States and international organizations, a question which is not covered by article 38 but is not unrelated to it; secondly, the question of the interaction between treaties and customary law, which is closer to article 38; and thirdly, the question of the nature of the reservation contained in article 38. As to the first question, if custom is to be taken as the generalization of the practice of States accepted as law, there is an element of “relativeness” in the “evidence of custom”: some States have had their national practice in international law publicized in the form of “Digests or Repertoires” of International Law, others have not. Thus, some States may be regarded as having influenced the development of customary law more than others, not because their practice is intrinsically more important than that of other States, but because it has been publicized, or more widely publicized. Thus, the evidence of customary law becomes a relative, not an absolute question. Now, if custom is to be taken as the general practice accepted as law not only of States but also of international organizations, as subjects of international law, a similar phenomenon is bound to take place. The United Nations, for example, has edited the “Repertory of Practice” of its organs, with various Supplements, and the “Répertoire of Practice” of the Security Council. Likewise, the Organization of American States is currently preparing a “Repertory” of the practice of its organs. Thus, some international organizations may come to be regarded as influencing the development of customary law more than others, and here not only for the publicity given to their practice but also due to the variations in the extent of functions and powers conferred upon international organizations. The part which practice plays in organizations with a very wide scope of action, such as, for example, the two organizations just mentioned, amongst others, cannot be likened to the part played by practice in a technical organization engaged in specific operational activities in circumscribed sectors. We come back to the relativeness of the evidence of custom. However, this first point should not be confused with the purpose of article 38.

As to the second point, for many years doctrine has conceded that treaties may exercise their effects, as evidence of customary international law, upon non-parties. It has recognized that treaty law can pass into customary law, even though without dwelling on how such transformation occurs. International case-law, likewise, provides examples, some of which recent ones, of the interaction between treaties and custom, of decisions in which both treaties in force and “general” international law were duly taken into account

simultaneously (e.g., International Court of Justice, Hostages case, USA versus Iran, 1980). The contention, with doctrinal support, that some signed but unratified codification conventions may notwithstanding contribute significantly to the formation of customary law (or at least a rule contained therein could become a rule of general international law), has now met with judicial recognition: as known, in a recent judgement (Gulf of Maine case, Canada v. USA), in 1984, the International Court of Justice pondered inter alia that codification conventions ought to be seen “against the background of customary international law and interpreted in its light”. Following the trend inaugurated in its 1969 decision in the North Sea Continental Shelf case, the Court had here in mind certain portions – on which consensus had been reached – of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, which, even though this latter had not come into force, nevertheless reflected “existing rules of international law” and might thus be regarded as “consonant at present with general international law” on the matter.

This leads my Delegation to the third and last point, namely, that of the nature of the reservation enshrined in article 38. When the corresponding provision was discussed in the 1968-1969 Vienna Conference on the Law of Treaties, there were those in favour of restricting it, of suppressing it, and of widening it. The provision was at the end amended so as to require more precisely that for a norm to bind a third State as a customary norm of International Law it ought to be recognized as such. This requirement is maintained in present draft article 38. It was clarified at the Conference in 1969 that, independently of the rules of the law of treaties concerning the effects of treaties on third States, the provision at issue was purely and simply a reservation in support of the legitimacy of the process whereby principles contained in treaties may become binding on non-parties through being recognized as customary rules. In such a case, however, it could never be properly said that the treaties themselves had legal effects vis-à-vis third States (or international organizations), for the source of the binding rules contained in them was custom, not the treaties. Thus, article 38 retains its importance not only with regard to States but also in relation to international organizations: these latter, even though not normally participating as parties in codification conventions, which play a significant role in the evolution of international custom, have nevertheless to apply the rules enshrined in such conventions. Article 38, even though, as already indicated, not affecting the process of formulation of customary law,

does not prejudice in one way or another the possibility that the effects of that process might extend to international organizations. My Delegation can, in the light of the above considerations and given the consensus being formed on the matter, support the text of article 38 as proposed by the International Law Commission”.

Article 36 (bis)

*Treaties of International Organizations and States Members
(C.1/SR.25, 10 March 1986)*

10. *Mr. Nascimento e Silva (Brazil) pointed out that the delegations of Austria and Brazil, in proposing the deletion of draft article 36 bis, had taken into account both the work of the International Law Commission and the past and future practice of international organizations. The explanations of the article given by the Expert Consultant and the representative of the Netherlands corresponded with the International Law Commission’s understanding of it, but not “with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty” under article 31 of both the Vienna Convention on the Law of Treaties and the draft convention. In other words, in order to understand draft article 36 bis it would be necessary to have recourse to the supplementary means of interpretation provided for in draft article 32.*

He wished to assure the Committee that the purpose of the Austrian and Brazilian proposal to delete the article (doc. L.49) was not to deny the existence of the rule in question but simply to exclude it from the draft convention, since the issue was not ripe for codification. In his opinion, some international organizations might develop their practice along the lines of article 36 bis; others might depart from it. In other words, the deletion of the article was not likely to freeze future developments. He shared the view that draft articles 34, 35 and 36 covered the matter satisfactorily.

Article 66 and Annex

*Jus Cogens and Settlement of Disputes
(C.1/SR.27, 12 March 1986)*

11. *Mr. Cançado Trindade (Brazil) made the following statement:*
– *“The whole chapter of International Law on peaceful settlement of international disputes remains marked by the apparently inevitable ambivalence*

between, on the one hand, the general duty of contending parties to settle disputes peacefully and, on the other hand, the faculty or freedom of choice by the litigants of the appropriate means of peaceful settlement. My Delegation, as a question of principle, does not favour mandatory application of third party binding procedures for the settlement of international disputes; however, in the particular case of jus cogens (articles 53 and 64), we consider that a distinct or more flexible approach is appropriate, as disputes concerning the existence of peremptory norms of international law are too important to have conciliation as the only procedure for their settlement.

At the 1968-1969 Vienna Conference on the Law of Treaties my Delegation supported the concept of jus cogens. It again does so now, in this Conference, noting that, seventeen years passed, the notion enjoys today generalized acceptance. My Delegation regards jus cogens as incompatible with the voluntarist conception of International Law which, by overstressing the will of States as the presumed ultimate source of International Law, fails to explain the historical formation of rules of “general” international law. My Delegation regards jus cogens as a concept in evolution: in particular article 64, the jus cogens superveniens, example of a most recent application of intertemporal law, corresponds to a conception of International Law in constant evolution in accordance with the needs and system of values of international society at a given epoch, leaving to international practice (of States and international organizations), general multilateral treaties, jurisprudence and doctrine the progressive determination of its content. The question which thus arises is: which would be the most appropriate mechanism for settling disputes or for pronouncing on the new developments and tendencies of International Law?

It was clear that article 66 of the 1969 Vienna Convention, as then adopted, was meant to be regarded on a wider scale of values and not through a process of traditional legal analysis of dispute-settlement procedures. However, in the present draft, one was faced with the well-known limitation contained in the Statute of the International Court of Justice, whereby only States – and not international organizations – may be parties in cases before the Court (article 34, paragraph 1). My Delegation appreciates the effort of the eight-power amendment (doc.L.69) as well as the significant contribution of Advisory Opinions of the International Court of Justice, particularly some earlier ones, to the development of International Law (e.g., Advisory Opinions in the

Reparation for Injuries case, 1949, and in the Namibia case, 1971). But it also recalls that, while in the past the advisory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice was in fact in a way utilized for settling disputes (previously submitted to the Council of the League of Nations, as, e.g., in minorities problems), the advisory jurisdiction of the International Court of Justice more recently has been utilized – with one notable exception, in the Interpretation of Peace Treaties case, in 1950 – more for settling rather internal problems of intergovernmental organizations, mainly the United Nations, than as a mechanism for settling disputes between States and with other entities. But this trend could admittedly be reverted. Distinct suggestions for the broadening or enhancing of the advisory jurisdiction of the International Court of Justice have been put forward in recent years, and we do not need to recall them here as they are well-known and form the object of a vast specialized literature; suffice it here to note that they are still under consideration and discussion. Moreover, we note that the sponsors of the amendments contained in documents L.66 (United Nations) and L.69 (the eight-power amendment) endeavour to avoid or put aside the risk of regarding an Advisory Opinion (on a dispute pertaining to *ius cogens*) as being purely recommendatory.

Having said that, my Delegation thinks that the solution proposed by the International Law Commission has its merits, for maintaining, on the one hand, the “separate treatment” of disputes concerning allegations of conflict between provisions of a treaty and a peremptory norm of general international law, and for adopting, on the other hand, for those particular disputes, one single procedure, arbitration, to be applied to both States and international organizations. In the lines of the work of the International Law Commission, my Delegation, at this stage, is also considering carefully the amendment introduced by the delegate of China (also on behalf of Algeria and Tunisia), contained in document L.68. My Delegation, however, recognizes the need here for some degree of flexibility in order to reach a consensus formula on the matter; it reckons so, based on the belief that dispute-settlement in this context is linked to the acknowledgement that the infiltration of an evolving system of values – of a minimum universally acceptable – into positive law is desirable and renders it more precise, and that particularly in our times the international legal system appears not as a voluntary but as a necessary one.

This is tantamount to admitting that, in this particular context (*ius cogens*), the treatment of dispute-settlement is closely linked to the work of

codification itself. However, we also take note of the arguments of those delegations for whom, even in this specific context, the question of settlement of disputes would retain its “autonomous” character, so to speak. At this stage, my Delegation thus finally reserves, if need be, its definitive position on the point under discussion until the end of its consideration, in the hope that a compromise solution may be found.”

Articles 24, 25 and 12

*Entry into Force, Provisional Application and Expression of Consent
(Plenary, 18 March 1986)*

12. Mr. Cançado Trindade (Brazil) said that, for the records and for the purpose of interpretation, his Delegation wished to hold that articles 24 and 25 (on entry into force and provisional application of treaties) as well as article 12 (on consent to be bound by a treaty expressed by signature) of both the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and the present draft articles as adopted by the Drafting Committee (as contained in document A/CONF.129/11, of 16 March 1986), remained in its view to be regarded, in respect of States, against the background of the general principle of parliamentary approval of treaties and of the practice ensuing therefrom; but his Delegation also recognized the “residuary nature” of such provisions of both the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and the present draft articles as adopted by the Drafting Committee.

*Adoption of the Convention and Methodology of the Conference
(Articles 6 and 2(1)(j): Treaty-Making Capacity of International
Organizations and “Rules of the Organization”; Article 66 and
Annex: Jus Cogens and Settlement of Disputes)
(Plenary, 20 March 1986)*

*13. Mr. Cançado Trindade (Brazil) made the following statement:
– “Now that the present Convention – to which my Delegation attaches much importance for the progressive development of International Law – has been adopted, with our vote in favour, my Delegation wishes to leave on record that, for the consideration of the key provisions on treaty-making power of international organizations (article 6) and on “rules of the organization” (article*

2(1)(j)), my Delegation would have preferred a distinct methodology from the one followed in this Conference. My Delegation would have preferred a “joint” consideration of those two provisions, even though we agreed with, and supported, the resulting texts.

My Delegation supported the express recognition by this Convention of the treaty-making capacity of international organizations, as it stands, maintaining the parallelism with the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties with regard to States, and wisely leaving open the question of the status of international organizations in international law (cf. Yearbook of the International Law Commission, 1982, vol. II – part II, p. 24 § 2).

My Delegation wishes to leave on record that it supports the provision that treaty-making capacity of international organizations is governed by the rules of each international organization (article 6), such rules comprising in particular their constituent instruments, decisions and resolutions in accordance with them and their established practice (article 2 (1) (j)), on the understanding that this happens or it is so by virtue of a general rule of International Law which authorizes the attribution or conferment of that treaty-making capacity to international organizations, as subjects of International Law as distinct from States. My Delegation attaches importance to the “qualification” of the element of practice for the purpose of interpretation of some articles of the present Convention. We think that this Conference has demonstrated the need for qualification of practice (established practice), as this latter was an element underlying the whole discussion of some of the articles of the present Convention, such as, for example, article 2 (1) (j), article 46, article 20, and to some extent the preamble. We deem this element of importance to States just as much as international organizations are likely to refer to their “autonomous” established practice for the very interpretation of their constituent instruments. The richness of international case-law on this matter contrasts with the silence of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties on this particular point, and with the methodology followed in the present Conference which, faced with a complex negotiating process, did not, in the view of my Delegation, leave much room for a more detailed consideration of this particular point. Suffice it here to indicate that there seems at present to be no absolute parallelism amongst international organizations themselves on the extent of the role of qualified practice and the “interpretation” of powers conferred upon them (or upon their organs).

Finally, on the question of settlement of disputes (article 66 and Annex) my Delegation refers to its statement in the Committee of the Whole last 12 March, as reproduced in document A/CONF.129/C.1/SR.27, which is self-explanatory. These are the points that my Delegation wished to make with regard to our vote in favour of the present Convention.”

14. As intervenções da Delegação do Brasil à Conferência, em *questões de procedimento*, foram as seguintes, em ordem cronológica:

- *Election of the President of the Conference* (by Mr. Nascimento e Silva), 18.2.1986;
- *Application of Rules of Procedure* (Mr. Nascimento e Silva), 6.3.1986;
- *Election of the Chairman of the Credentials Committee* (by Mr. Cançado Trindade), 7.3.1986.

Os textos das intervenções do Brasil supracitadas são reproduzidos a seguir.

*Election of the President of the Conference
(Plenary, 18 February 1986)*

15. *Mr. Nascimento e Silva (Brazil) said that his Delegation seconded the proposal of the representative of France to nominate Mr. Karl Zemanek, of Austria, as president of the Conference. He recalled Mr. Zemanek’s professional experience in the field as well as his academic standing as a distinguished representative of the “Vienna School of International Law”. He added that he had full confidence in his performance as president of the Conference.*

(Mr. Zemanek was elected president of the Conference by acclamation).

*Application of Rules of Procedure
(C.1/SR.22, 6 March 1986)*

16. *Mr. Nascimento e Silva (Brazil) said that paragraph 2 of rule 48 of the rules of procedure provided that the Drafting Committee should*

consider any draft articles referred to it by the Committee of the Whole after initial consideration by that Committee. It was also empowered to prepare draft and give advice on drafting as requested by the Committee of the Whole. Accordingly, the Drafting Committee could send articles back to the Committee of the Whole for further consideration. As he understood it, after initial consideration of a draft article, the Committee of the Whole was entitled to send amendments to that article to the Drafting Committee for an opinion.

*Election of the Chairman of the Credentials Committee
(First meeting, 7 March 1986)*

17. Mr. Cançado Trindade (Brazil) said that his Delegation proposed to nominate Mr. Jean-Paul Hubert, of Canada, as Chairman of the Credentials Committee. He recalled not only Mr. Hubert's large experience as an international lawyer, for 15 years a member of the Department of External Affairs in Canada and presently the Director of its Economic Law and Treaty Division, but as well the fact that Canada had also been the Chairman of the Credentials Committee at the XL Session of the General Assembly of the United Nations in New York last year. He added that he had full confidence in his performance as Chairman of the Credentials Committee.

(Seconded by the Delegation of Thailand; Mr. Hubert was elected by unanimity).

18. Além das intervenções *supra* dos dois Delegados do Brasil, em matéria substantiva assim como processual, três emendas foram apresentadas pela Delegação, com êxito. A primeira delas (doc. C.1/L.49), pela supressão do projeto de artigo 36 (*bis*), co-patrocinada pela Áustria, vingou ao final de prolongados debates: prevaleceu o argumento brasileiro-austriaco de que a matéria coberta pelo projeto do artigo 36 (*bis*) não se encontrava suficientemente amadurecida para codificação. A segunda proposta brasileira (doc. C.1/L.71), co-patrocinada pela Índia, serviu de base ao preâmbulo da presente Convenção; o preâmbulo (cf. doc. C.1/L.77), tal como adotado, resultou de consultas de Grupo de Trabalho Informal presidido pelo Embaixador Nascimento e Silva, e se deve sobretudo à habilidade deste último, como fizeram questão de reconhecer e ressaltar Delegados de países os mais diversos, ao final da consideração do item. Enfim, como ocorrera na Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados de 1968-1969, algumas

Delegações solicitaram à Delegação do Brasil que apresentasse um modelo para as cláusulas finais da presente Convenção: donde a terceira proposta brasileira (doc.C.1/L.79), co-patrocinada por Camarões, Egito, Índia e Iugoslávia, que serviu de base às cláusulas finais da presente Convenção.

19. A metodologia adotada e seguida na presente Conferência apresentou aspectos que não podem passar despercebidos e que merecem, a meu ver, registro e destaque. A decisão de se considerar substancialmente nesta Conferência apenas os chamados “artigos problemáticos” (cf. meu Parecer CJ/10, *cit. supra*, item IV, p. 29-36) foi tomada *conscientemente*, no decorrer das prolongadas negociações preparatórias em Nova York das *rules of procedure* da Conferência (adotadas ao início desta). No caso do projeto de que resultou a presente Convenção, levou-se em conta que tal método se viabilizaria pela própria *existência* da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e pela reconhecida necessidade de se assegurar um paralelismo entre as duas Convenções (a de 1969 e a de 1986). De outro modo, a metodologia adotada e seguida na presente Conferência não teria sido possível, e tampouco justificável; na mesma linha de raciocínio, *não se pode*, a meu ver, erigir tal metodologia, seguida em meio às circunstâncias singulares da presente Conferência (*supra*), em precedente para futuras Conferências de Codificação do Direito Internacional.

20. É certo que reinou na presente Conferência a consciência de que se lidava com temática específica do direito dos tratados – acoplada ao direito das organizações internacionais – e não com o direito dos tratados em geral. Ademais, o texto básico da Comissão de Direito Internacional da ONU foi em geral considerado bom, o que parece ter facilitado razoavelmente os trabalhos da Conferência, além de já se dispor do paralelo com a Convenção de Viena de 1969. Não obstante, a técnica inédita utilizada nesta Conferência de discutir substancialmente apenas os “artigos problemáticos” tornou os debates, a meu ver, por vezes compartimentalizados, e levou diversos delegados a perderem a visão de conjunto da Convenção (e.g., quando da discussão dos artigos 27 e 65(3) do presente projeto). Os debates teriam sido mais abrangentes se se tivesse procedido a *cross-references* – por vezes necessárias – entre os “artigos problemáticos” e os artigos não considerados como tais.

21. Outra reflexão transcende, em escala mais ampla, o âmbito da presente Conferência, ao espelhar as vicissitudes do multilateralismo

contemporâneo. Alguns dos principais debates da presente Conferência não constarão das *Atas* da mesma: questões cruciais levantadas pelos artigos 2 e 66 da presente Convenção, que não puderam ser resolvidas no *Committee of the Whole*, foram transferidas para as *Informal Consultations* com o Presidente da Conferência. Aí tiveram um tratamento cuidadoso em prolongadas sessões e ricos debates – estes, sim, por vezes luminosos, – cuja memória será o apanágio e privilégio dos que estivemos presentes à *Festsaal* e à *Neuer Saal* do *Hofburg* em Viena. O que, para os propósitos da análise futura da matéria, uma vez mais evidencia o valor essencialmente *relativo* dos *Official Records* das grandes Conferências de Codificação do Direito Internacional...

22. No tocante à tática de negociação, pareceu-me inadequado que dois pilares básicos da presente Convenção, os artigos 6 e 2(1)(j), essencialmente *interligados*, pudessem ter sido tratados, como o foram, *separadamente* na presente Conferência; donde a crítica que formulei em Plenário especificamente à metodologia da Conferência (intervenção de 20 de março último, reproduzida *supra*), dentre outros pontos. Ao final desta Conferência, mantenho, ademais, as críticas que desenvolvi em meu Parecer CJ/10 (*cit. supra*): o relator da Comissão de Direito Internacional da ONU, professor Paul Reuter, como grande e erudito internacionalista que é, poderia ter dado um tratamento menos sumário e mais satisfatório às *questões fundamentais* da *interpretação* de tratados e da *personalidade jurídica* das organizações internacionais. A teoria da “competência funcional” das organizações internacionais continua a parecer-me, como antecipei em meu Parecer CJ/10, reminescente da construção doutrinária dos “poderes implícitos” – tal como erigida pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça¹; tal teoria, continuo a sustentar, retém a sua utilidade na determinação do *alcance* da capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados, ao mesmo tempo em que identifico a ausência de um paralelismo absoluto entre as organizações internacionais no tocante à atribuição de poderes a seus órgãos e ao papel de sua prática qualificada em matéria de tratados. Em suma, a capacidade de *treaty-making* das organizações internacionais rege-se pelas regras de cada organização internacional (artigo 6) – compreendendo

¹ Cf. A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 194-197.

estas em particular seus instrumentos constitutivos, decisões e resoluções de acordo com eles, e sua prática estabelecida (artigo 2 (1) (j)) – *em virtude de uma regra geral do direito internacional que autoriza a atribuição de tal capacidade de celebrar tratados às organizações internacionais*, como sujeitos do direito internacional distintos dos Estados.

23. Do cotejo das intervenções dos dois Delegados do Brasil e das emendas da Delegação do Brasil à Conferência que ora se encerra com meu Parecer CJ/10 (“Subsídios para as Instruções à Delegação do Brasil...”, de 17 de janeiro de 1986) e com as Instruções à Delegação (telegrama nº 39, de 14 de fevereiro de 1986), constato que as Instruções foram efetivamente seguidas pela Delegação do Brasil. Esta se esforçou, dentro do espírito das Instruções, em buscar soluções de consenso sobre a matéria. Como se pode depreender das intervenções dos dois Delegados do Brasil, acima reproduzidas, a Delegação do Brasil, ademais, se ateu conscientemente à nossa melhor tradição sobre a matéria; isto é particularmente importante se considerarmos que, no Brasil, a melhor sistematização do direito internacional até o presente floresceu – no meu modo de ver – à sombra do Itamaraty². Enfim, e significativamente, em relação a uma Convenção – como a presente – que reúne os elementos ou ingredientes de codificação e de desenvolvimento progressivo do direito internacional³, os dois Delegados do Brasil souberam apontar, como se pode depreender do material transcrito *supra*, os possíveis novos rumos da matéria para o futuro.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Viena, 21 de março de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

² O que imprime um cunho de superioridade e até certo ponto de originalidade ao *Direito Público Internacional* de C. Bevilacqua e ao *Tratado de Direito Internacional Público* de H. Accioly em relação às demais obras pátrias? A meu ver, o fato de que os autores, ambos ex-consultores jurídicos do Itamaraty, souberam equilibrar ou entremear as considerações de ordem doutrinária (não raro levadas a exageros na América Latina) com as ilustrações pertinentes da *prática* [brasileira] do direito internacional público. É esta linha de pensamento que, dentro de minhas modestas possibilidades, me esforço em seguir, com a elaboração do *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*.

³ Cf., a respeito, Krystyna Marek. Thoughts on Codification, 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1971, p. 498-520; cf. também, e.g., H.W.A. Thirlway. *International Customary Law and Codification*. Leiden: Sijthoff, 1972, p. 18 e 125-143.

Imunidade Jurisdicional do Agente Diplomático: Reclamações Trabalhistas. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Alcance e Efeitos. Prática dos Estados.

PARECER

A Questão da Imunidade de Jurisdição do Agente Diplomático em Matéria Trabalhista

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. O sistema da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. III. A Recente Prática dos Estados à Luz do Disposto na Convenção de Viena de 1961. 1. Fiel Observância das Imunidades Jurisdicionais. 2. Pressões sobre a Observância das Imunidades Jurisdicionais. 3. Acordo Amigável e Indenização Voluntária em Reclamações Trabalhistas. 4. Assistência e Controle nas Relações Trabalhistas através de Órgãos Especiais. 5. Estrito Cumprimento da Legislação Trabalhista Local. IV. Ponderações Finais e Conclusões.

I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer

Em princípio de setembro de 1985, a Embaixada em Port-of-Spain informou que o Governo de Trinidad-e-Tobago manifestara estranheza diante do fato de ter sua Embaixada em Brasília recebido intimação judicial – através da Secretaria de Estado – para comparecer perante o Juizado Federal e prestar

esclarecimentos sobre processo de natureza trabalhista contra ela movido por um ex-motorista da referida Missão. Na ocasião, o Senhor Chefe do Cerimonial propôs revisão da sistemática de trabalho do Itamaraty – pela qual o envio de intimações de cunho trabalhista às Embaixadas em Brasília faz-se habitualmente através do Serviço de Processamento Jurídico do MRE, – no entendimento de que incumbe ao Itamaraty resguardar a imunidade de jurisdição das Missões estrangeiras perante as autoridades judiciais brasileiras. Em fins de setembro de 1985, o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores solicitou-me Parecer sobre a matéria; tão logo recebi esta solicitação, determinei a expedição de circular telegráfica desta Consultoria Jurídica (nº 13.859, de 27/09/1985) a todas nossas Embaixadas no sentido de informarem sobre o tratamento dado à matéria nos respectivos países. Agora, de posse das respostas recebidas, disponho de elementos e informações atualizadas indispensáveis à emissão do Parecer solicitado.

II. *O sistema da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961*

2. Com efeito, o problema em questão há de ser examinado à luz da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961¹ e da *prática dos Estados à luz do disposto na Convenção de Viena sobre a matéria*. O dispositivo básico da Convenção de Viena de 1961 sobre o assunto – o artigo 31 – consagra o princípio da *imunidade* de jurisdição do agente diplomático, que não sofre restrições quanto à jurisdição penal, e que admite três exceções específicas quanto à jurisdição civil e administrativa (a saber, em ação real sobre imóvel privado, em ação sucessória a título privado, e em ação referente a profissão liberal ou atividade comercial fora de funções oficiais).²

3. Estas três exceções específicas, consagradas na Convenção de 1961, haviam sido incluídas originalmente no projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU; mas na Conferência de Viena houve tanto quem se

¹ Embora a questão da imunidade de jurisdição seja também tratada na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 (artigo 43, e cf. artigos 45 e 71), o presente problema, tal como levantado pelo Governo de Trinidad-e-Tobago (*supra*), requer que me concentre nos dispositivos pertinentes da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e na prática internacional daí decorrente.

² A par destas exceções específicas, há as exceções genéricas, a saber, renúncia à imunidade, gozo de imunidades por nacionais do Estado acreditado, e sujeição à jurisdição do Estado acreditante: G.E. do Nascimento e Silva. *A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. 2. ed., Brasília: MRE. 1978, p. 145.

batesse pela consagração na Convenção tão-somente da regra geral sem especificar os tipos de imunidade jurisdicional (a delegação alemã), quanto quem advogasse aumento do número de exceções (além das três supracitadas e acolhidas pela Convenção): o professor Bartos, e.g., declarou que teria votado a favor de serem incluídas outras exceções, como “as ações relativas a contratos de emprego com serviços locais”³. No entanto, tais sugestões não prosperaram. Assim, não surpreende que as três exceções consagradas no artigo 31 (1) da Convenção de Viena de 1961 têm sido objeto de interpretação restritiva ou taxativa.

4. Não tem sido outro o entendimento da questão pela autoridade judiciária no Brasil. Aqui, como em outros países, faculta-se à autoridade diplomática estrangeira, uma vez citada, com Parecer a juízo para excepcionar a jurisdição pela afirmação de sua imunidade. E ainda que não o faça, não lhe advirão conseqüências adversas, dado que não se pode presumir renúncia à imunidade: não há “aceitação tácita” de jurisdição, pois pela própria Convenção de Viena de 1961 (artigo 32 (2)) a renúncia à imunidade de jurisdição “será sempre expressa”. Além disso, mesmo quando expressa a renúncia à imunidade jurisdicional na ação (cível ou administrativa), a Convenção de Viena de 1961 requer (artigo 32 (4), e cf. artigo 31 (3)) nova renúncia à imunidade quanto às medidas de execução da sentença⁴. Impõe-se, assim, o princípio *par in parem non habet iudicium*.

5. Reconhecido e afirmado este último, é de se acrescentar que a questão da imunidade jurisdicional em matéria trabalhista não se exaure no artigo 31 da Convenção de Viena de 1961: o ali disposto encontra-se temperado por outras cláusulas significativas da Convenção. O artigo 33 (disposições sobre seguro social) reveste-se de importância indiscutível, ao preceituar que os funcionários e empregados nacionais do Estado acreditado, ou que nele tenham residência permanente, sujeitam-se à legislação social do Estado acreditado, cabendo aos agentes diplomáticos o pagamento e cumprimento das obrigações que incumbem aos demais patrões no Estado acreditado. É notório o desenvolvimento desta matéria particularmente nos últimos anos; a questão da imunidade jurisdicional em matéria trabalhista

³ G.E. do Nascimento e Silva, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 145, 143 e 146.

⁴ A autoridade judiciária no Brasil tem se mostrado atenta a esses requisitos da Convenção de Viena de 1961; cf., e.g., Procuradoria-Geral da República, processo PGR nº 54.773/83 (consulta da Embaixada da República Federal da Alemanha sobre imunidade de jurisdição).

talvez não tenha sido suficiente ou exaustivamente debatida na Conferência de Viena de que resultou a Convenção de 1961 por se tratar então de uma questão relativamente nova.

6. Ora, sabe-se que a tendência nas últimas décadas do desenvolvimento no campo das garantias sociais é no sentido de “estender tais benefícios ao maior número de pessoas possível”, – o que faz com que nada justifique

que um Estado cuja legislação exige a contribuição aos institutos de previdência em benefício dos trabalhadores do país, queira subtrair-se ao cumprimento de encargos análogos no tocante aos funcionários ou empregados contratados localmente⁵

(sobre a situação do pessoal de serviço, cf. também o artigo 37(3) da Convenção de 1961). Subsiste, porém, de modo claro, a dificuldade de harmonizar as obrigações de cunho social com as prerrogativas e imunidades diplomáticas. O artigo 41 da Convenção de Viena de 1961 volta-se a este problema, ao dispor *inter alia* a um só tempo que todos os que desfrutam de privilégios e imunidades deverão, “sem prejuízo de seus privilégios e imunidades”, “respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado” (artigo 41(1)).

III. *A recente prática dos Estados à luz do disposto na Convenção de Viena de 1961*

7. A questão da imunidade de jurisdição do agente diplomático em matéria trabalhista – a exemplo de tantas outras questões do direito internacional e do direito diplomático – há de ser propriamente examinada à luz tanto das normas internacionais vigentes quanto da decorrente prática dos Estados. No tocante ao problema em questão, a prática dos Estados

⁵ G.E. do Nascimento e Silva, *op. cit., supra* nº (2), p. 163. A Convenção de 1961 “deveria modificar a jurisprudência” dos países que “opinavam pela incompetência dos tribunais locais” para tomar conhecimento de questões trabalhistas ou sobre legislação social atinentes aos agentes diplomáticos. Já se sugeriu que, em caso de dúvida sobre a interpretação da legislação social local, o agente diplomático não poderá ser processado perante a justiça competente, mas se o agente diplomático não tiver razão e estiver “abusando de suas prerrogativas, o Ministério do Exterior do Estado acreditado, uma vez esgotados todos os demais recursos amistosos, poderá, se assim julgar conveniente, solicitar a retirada do funcionário faltoso”; *ibid.*, p. 166-167.

nos últimos anos é particularmente rica e bastante elucidativa, e está longe de ser uniforme. Demonstram-no as respostas recentes de nossas embaixadas à circular telegráfica desta Consultoria Jurídica (nº 13.859, de 27.9.1985) sobre o tratamento dispensado à matéria em questão nos respectivos países, vistoriadas a seguir. Os distintos matizes ou variações na prática dos Estados permitem detectar ou identificar as seguintes correntes: fiel observância das imunidades jurisdicionais, pressões sobre a observância das imunidades jurisdicionais, acordo amigável e indenização voluntária em reclamações trabalhistas, assistência e controle nas relações trabalhistas através de órgãos especiais, e estrito cumprimento da legislação trabalhista local. A tendência ou inclinação predominante nos últimos anos, tem sido em favor dos avanços no campo das relações trabalhistas e garantias ou benefícios sociais. Senão vejamos.

1. *Fiel Observância das Imunidades Jurisdicionais*

8. Um primeiro grupo de países se diz observador da imunidade de jurisdição para as Missões diplomáticas consoante a Convenção de Viena de 1961, sem maiores comentários (El Salvador⁶, Filipinas⁷, Grã-Bretanha⁸, Hungria⁹, Israel¹⁰, Jordânia¹¹, Trinidad-e-Tobago¹² e Zâmbia¹³. Na Argentina, reclamante e reclamado buscam em geral acordo amigável; acionada a Justiça, a Chancelaria local não dá seguimento ao processo¹⁴. As imunidades jurisdicionais são fielmente seguidas na Jamaica¹⁵, no Paquistão (em que as reclamações trabalhistas são apreciadas pela via diplomática entre o Protocolo do Ministério das Relações Exteriores e a Missão

⁶ Telegrama 482, de 4.11.1985.

⁷ Ofício 188, de 9.10.1985.

⁸ Telegrama 1.146, de 1º.10.1985.

⁹ Telegrama 377, de 30.9.1985.

¹⁰ Telegrama 269, de 4.10.1985.

¹¹ Telegrama 577, de 16.10.1985.

¹² Telegrama 299, de 30.9.1985.

¹³ Telegrama 421, de 8.10.1985.

¹⁴ Telegrama 2.782, de 10.10.1985.

¹⁵ Telegrama 280, de 1º.10.1985.

interessada)¹⁶, na República Dominicana¹⁷, no Japão¹⁸, em Gana¹⁹, no Peru²⁰, e, na prática, no Panamá²¹.

9. No Uruguai, a Chancelaria atua tão-somente como órgão de encaminhamento às Embaixadas de reclamações trabalhistas remetidas pela *Dirección General de Seguridad Social* do Ministério do Trabalho e Previdência Social; apenas em casos mais graves intervém no processo, convocando os representantes estrangeiros para instá-los a “encontrar fórmulas adequadas de solucionar eventuais pendências trabalhistas”²². E nos Estados Unidos, o Departamento de Estado procura, em princípio, não se envolver em questões trabalhistas com Missões diplomáticas (no entendimento de que o assunto é da competência da Justiça, que julgaria o processo como qualquer outro, podendo até haver condenação); no entanto, face às imunidades diplomáticas, “seria sustada a *execução* final da sentença”²³.

2. *Pressões sobre a Observância das Imunidades Jurisdicionais*

10. Em outros países, a observância das imunidades jurisdicionais não tem passado sem pressão: na Suécia, que segue a Convenção de Viena de 1961, os empregados beneficiários da legislação social têm por vezes como reclamantes exercido pressão sobre os reclamados através dos meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão)²⁴. Na Venezuela, as autoridades trabalhistas e até mesmo o Ministério das Relações Exteriores procuram, vez por outra, apoiar reclamações trabalhistas contra as Missões diplomáticas; em caso de despedida por falta grave (em 1982) de motorista da Embaixada

¹⁶ Telegrama 136, de 7.10.1985.

¹⁷ Ofício 268, de 11.10.1985.

¹⁸ Telegrama 768, de 1º.10.1985.

¹⁹ Telegrama 248, de 9.11.1985.

²⁰ Ofício 458, de 9.11.1985.

²¹ Telegrama 341, de 7.10.1985.

²² Telegrama 1.392, de 12.11.1985.

²³ No tocante a acidente do trabalho, a Embaixada brasileira “está protegida por seguro que, além de cobrir despesas médicas do empregado local, cobre também, na eventualidade de um processo, despesas com advogado e com pagamento de indenizações até US\$ 100,000.00”; telegrama 3813, de 15.11.1985. – Em casos de reclamações trabalhistas contra agentes diplomáticos, pode ser necessária a presença destes na Corte para arguição de imunidade; “o Departamento de Estado só age quando acionado, *via* Corte, e apenas para fornecer, nos casos cabíveis, certificado de imunidade”; telegrama 4370, de 24.12.1985.

²⁴ Telegrama 303, de 11.11.1985.

do Brasil (em que esta não lhe concedeu indenização em virtude das razões da demissão), o empregado entrou com ação trabalhista e a referida Missão se recusou a efetuar o pagamento. A Embaixada em Caracas dá conta de que periodicamente a Chancelaria venezuelana “envia nota ou convoca funcionário diplomático para pressionar no sentido de ser paga uma indenização ao ex-motorista”²⁵. E na República Federal da Alemanha, em que é respeitada a Convenção de Viena de 1961, decisão judicial dada na reclamação trabalhista (de 1979) de Thea Redder *versus* Embaixada do Brasil foi tida como “exceção à norma”²⁶.

11. Não surpreende, assim, constatar em alguns países uma busca de equilíbrio entre as imunidades e os requisitos da legislação trabalhista local. A Guatemala, por exemplo, reconhece as imunidades previstas na Convenção de Viena de 1961, mas “espera” que as Missões diplomáticas respeitem a legislação trabalhista interna; no caso de não-cumprimento desta última, o próprio Ministério das Relações Exteriores pode – a pedido do reclamante – intervir para solução conciliatória²⁷. A Finlândia sempre respeitou as imunidades de jurisdição das Missões diplomáticas, mas estas devem respeitar também a legislação social local²⁸. Na Costa Rica, o Ministério das Relações Exteriores solicita às Missões diplomáticas que cumpram as leis trabalhistas, e para dispensa de funcionário administrativo cabe indenização²⁹. Similarmente no Equador é respeitada a Convenção de Viena de 1961, mas verificando-se o descumprimento da legislação trabalhista e previdenciária local a Chancelaria faz gestões informais para a satisfação dos direitos do reclamante³⁰. E na Austrália, que segue a Convenção de Viena de 1961, o Governo anunciou recentemente sua intenção de submeter ao Parlamento projeto de legislação, contendo exceções à regra geral atinente às imunidades, versando basicamente sobre transações comerciais, mas podendo também

²⁵ Telegrama 1.209, de 4.10.1985.

²⁶ Ofício 447, de 17.10.1985. Já o embargo de conta e penhora contra o IBC, determinados pelo tribunal da comarca de Hamburgo (sentença de 1980), foram explicados pelas autoridades locais como caso de “terceiro dependente” (o IBC) do Consulado-Geral do Brasil em Hamburgo e, conseqüentemente, do SECOM da Embaixada (*ibid.*).

²⁷ Telegrama 368, de 14.11.1985.

²⁸ Telegrama 337, de 18.11.1985.

²⁹ Telegrama 483, de 27.9.1985.

³⁰ CT – 692, de 24.10.1985.

“estabelecer exceções ao princípio da imunidade diplomática em casos de contratos de trabalho e disputas envolvendo bens imóveis”³¹.

3. *Acordo Amigável e Indenização Voluntária em Reclamações Trabalhistas*

12. Há um grupo de países que se esforça por favorecer ou propiciar um acordo ou solução amigável entre as partes. É o caso, por exemplo, da Argélia, em que as reclamações trabalhistas se resolvem por acordo amigável, com intermediação do Ministério dos Negócios Estrangeiros³². Em Portugal, em alguns casos o Ministério dos Negócios Estrangeiros aconselha verbalmente as Missões diplomáticas com vistas a um “acordo razoável” com o autor da ação³³. Na Noruega, as reclamações trabalhistas são tratadas, normalmente, entre o Ministério Real dos Negócios Estrangeiros e a Missão envolvida, “de acordo com a praxe”³⁴. Na Dinamarca, em que há imunidade de jurisdição e as reclamações trabalhistas não chegam ao nível judicial, os poucos casos registrados foram solucionados por acordo entre as partes, promovido pelo próprio Ministério dos Negócios Estrangeiros³⁵. Na Indonésia, que segue a Convenção de Viena de 1961, o Ministério dos Negócios Estrangeiros espera que as Missões cooperem no respeito às leis trabalhistas e oferece assistência às partes para solução amigável³⁶.

13. Na Nicarágua, as reclamações trabalhistas são sempre encaminhadas pelo Ministério do Trabalho à Chancelaria, que procura acordo; o reclamante comparece em geral com advogado na Chancelaria, que também convoca o demandado. Todos os casos têm sido resolvidos amigavelmente. Teoricamente, ocorrendo causa grave (e.g., agressão física), o agente diplomático poderia ser convidado a retirar-se do país³⁷. Na Suíça, em virtude de legislação social avançada não se têm verificado problemas, mas o entendimento da Chancelaria é no sentido de que os privilégios e imunidades “não excluem a

³¹ Telegrama 279, de 1º.10.1985.

³² Telegrama 1.215, de 2.10.1985.

³³ Telegrama 1.237, de 1º.10.1985.

³⁴ Telegrama 182, de 1º.10.1985.

³⁵ Telegrama 1.215, de 2.10.1985.

³⁶ Ofício 236, de 14.11.1985.

³⁷ Telegrama 801, de 7.10.1985.

obrigação de atendimento” às reclamações trabalhistas, que “se originam de um contrato privado, em que o diplomata não atua em virtude de uma *raison d’État*”; considera, ademais, que tais casos não podem ter regra de procedimento generalizada, cada um a requerer solução individual³⁸.

14. Assim, como há países que têm deixado a matéria a cargo de entendimento direto entre as partes (Angola³⁹ e Haiti⁴⁰), também há países em que as autoridades trabalhistas participam do processo de composição. Na Guiné-Bissau, por exemplo, as reclamações trabalhistas são canalizadas para a União Nacional de Trabalhadores da Guiné-Bissau (UNTG), central sindical que atua como intermediária entre empregado e empregador; o Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE) funciona como órgão receptor dos ofícios da UNTG, contendo o depoimento e as queixas do reclamante e reivindicação de esclarecimentos da parte do empregador. O MNE, atento à Convenção de Viena de 1961, tende a propor solução informal e se esforça “ao máximo para evitar o confronto direto entre os demais órgãos do governo (como a UNTG) e as Missões”⁴¹. Na Tanzânia, o Ministério do Trabalho, através da Chancelaria, em casos de reclamações bem fundamentadas solicita à Missão diplomática as providências cabíveis⁴².

15. Há países que parecem enfatizar determinados aspectos das relações trabalhistas. No Quênia, nos poucos casos em que funcionários foram dispensados por razões graves, sem aviso prévio (previsto pelas leis trabalhistas quenianas e que as Missões procuram obedecer), apresentaram reclamação junto ao Ministério do Trabalho; as Missões foram notificadas pelo Ministério dos Assuntos Estrangeiros e apresentaram justificativas para suas atitudes, aceitas até o presente pelo Governo local⁴³. Em Cingapura, país não-signatário da Convenção de Viena de 1961, não tem havido problemas maiores quanto às imunidades jurisdicionais; as disputas que ocasionalmente surgem dizem respeito ao pagamento, obrigatório para as Missões e agentes diplomáticos (como empregadores), de contribuição para o *Central Provident Fund*⁴⁴.

³⁸ Telegrama 600, de 16.10.1985.

³⁹ Telegrama 745, de 6.11.1985.

⁴⁰ Telegrama 193, de 21.10.1985.

⁴¹ Telegrama 381, de 4.10.1985.

⁴² Ofício 86, de 11.10.1985.

⁴³ Telegrama 356, de 2.10.1985.

⁴⁴ Ofício 082, de 15.10.1985.

16. Com efeito, há exemplos na prática dos Estados de *indenizações voluntárias*. Na Iugoslávia, a lei estabelece a obrigatoriedade de contrato entre empregador e empregado com fixação dos direitos e obrigações mínimas dos empregados. Embora na prática esta exigência não seja cumprida, “todos empregadores procuram ajustar-se às praxes observadas localmente” e evitar assim reclamações trabalhistas. Em duas pendências trabalhistas na Embaixada do Brasil, ambas dispensas deram margem a indenização voluntária⁴⁵. Outro caso recente ocorreu na Embaixada do Brasil em Bogotá: um mensageiro, após pedir dispensa, nomeou advogado para reclamar indenizações por tempo de serviço; ao ser informada, a Secretaria de Estado autorizou o pagamento dos US\$ 1,000 (mil dólares) solicitados para um acordo extra-judicial, concluído em maio de 1985⁴⁶.

4. *Assistência e Controle nas Relações Trabalhistas através de Órgãos Especiais*

17. Para casos do gênero, em alguns países estabeleceu-se mecanismo de assistência e/ou controle através de órgãos especiais. Na República Democrática da Alemanha, em que é obrigatório o contrato de admissão que rege também as reclamações, há o “Escritório de Prestação de Serviços às Missões Diplomáticas Estrangeiras”; para dispensa de empregado, cabe comunicação prévia, por escrito, ao referido Escritório⁴⁷. No Senegal, o Ministério dos Negócios Estrangeiros mantém, integrado em seu Serviço Jurídico, um Inspetor de Trabalho, cuja função é ouvir as reclamações de empregados de Missões diplomáticas; ao se dirigirem à Justiça comum, tais empregados são orientados a procurarem esse Inspetor que, após apreciação do caso concreto, estabelece uma conta de liquidação dos direitos do interessado. Esta conta, depois de conferida e homologada pelo Inspetor do Trabalho da Região de Dacar, é enviada, por Nota do Ministério, à Embaixada reclamada, que poderá efetuar o pagamento ou contestar – total ou parcialmente – o pedido. Nos casos de não-pagamento o Ministério reserva-

⁴⁵ Telegrama 496, de 18.10.1985.

⁴⁶ Telegrama 854, de 24.10.1985. A Colômbia situa-se entre os países que procuram dar fiel cumprimento à legislação trabalhista local (cf. *infra*).

⁴⁷ Telegrama 508, de 4.10.1985.

se a faculdade de convocar, pelo Chefe da Divisão Jurídica, o Chefe da Missão implicada; na prática, no entanto, os resultados não têm sido satisfatórios⁴⁸.

18. Na Tchecoslováquia, o “Escritório de Serviços para o Corpo Diplomático” (*Sprava Sluzeb*) tem cooperado na solução de pendências entre empregado e empregador. Os empregados podem se fazer representar por sua entidade sindical; pode o contrato de trabalho ser rescindido⁴⁹, mas pelo não-cumprimento das normas legais cabe indenização⁵⁰. Na China, o “Escritório de Serviços às Missões Diplomáticas” em Pequim fornece funcionários às Embaixadas e cuida de todos os assuntos decorrentes, detendo o “controle total sobre a matéria”⁵¹. Na União Soviética, que observa as imunidades previstas na Convenção de Viena de 1961, as reclamações trabalhistas são tratadas através do “Departamento de Assistência ao Corpo Diplomático” (UPDK), subordinado ao Ministério dos Negócios Estrangeiros, que “supervisiona o cumprimento das cláusulas contratuais. A intermediação de reclamações é formalizada por Nota às Missões diplomáticas, meio corrente para agilizar a solução de conflitos eventuais entre as partes”⁵².

5. *Estrito Cumprimento da Legislação Trabalhista Local*

19. Há, enfim, um grupo significativo de países que têm deixado clara sua determinação de assegurar o fiel cumprimento de sua legislação trabalhista. Mais digno de nota é o fato que em um ou outro caso isto se tem dado à luz de sua própria interpretação da Convenção de Viena de 1961. A Grécia, por exemplo, dá “rigoroso cumprimento” à legislação trabalhista: as reclamações às Missões diplomáticas são encaminhadas pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros, que “invoca o artigo 41 da Convenção de Viena” de 1961 (cf. *supra*), ou pelo Instituto Helênico de Previdência (IKA), subordinado ao Ministério do Trabalho⁵³. A posição também da Colômbia é de

⁴⁸ Ofício 295, de 11.11.1985.

⁴⁹ Há prazo para a rescisão, e há também seguro de trabalho e de saúde; cf. nº (50) *infra*.

⁵⁰ Telegrama 509, de 16.10.1985.

⁵¹ No atual sistema, não há até o presente precedente de reclamação trabalhista; é prevista nova legislação para 1986. Telegrama 588, de 4.10.1985.

⁵² Telegrama 1.024, de 4.10.1985.

⁵³ Telegrama 362, de 8.10.1985.

estrita observância dos artigos 33 e 41 da Convenção de Viena [de 1961 – cf. *supra*], ou seja, as Missões diplomáticas (...) deverão cumprir as leis trabalhistas nacionais, basicamente no que se refere ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, férias remuneradas, 13º salário e seguro social.

Na prática, o tribunal trabalhista comunica a queixa ao Ministério das Relações Exteriores (MRE); o empregado se dirige à Seção Jurídica do MRE, que se comunica por Nota com a Embaixada buscando composição⁵⁴. Também na Bélgica a legislação referente a contratos de trabalho e previdência social deve ser cumprida⁵⁵.

20. O cumprimento da legislação previdenciária (a incluir assistência médica e seguro de trabalho) é obrigatório em Cabo Verde; se o empregado é dispensado, a Chancelaria pede esclarecimentos à Embaixada, e a dispensa requer dois meses de aviso prévio e indenização⁵⁶. Também em Moçambique é previsto o pagamento de indenizações, sendo que a legislação vigente “não dispensa tratamento privilegiado às Embaixadas”⁵⁷. Na Tunísia, os funcionários locais das Missões diplomáticas estão cobertos pela legislação trabalhista; os litígios são julgados pelos tribunais segundo o Código Trabalhista, cujas disposições regem as relações de emprego⁵⁸. As reclamações trabalhistas “têm livre curso na Bolívia, e tendem a favorecer o reclamante”; a Embaixada permanece “vulnerável” a ação trabalhista de seus funcionários administrativos locais em caso de dispensa⁵⁹.

21. É das mais elucidativas a posição da Áustria, país que sediou a Conferência de que resultou a Convenção de 1961:

– A prática austríaca é a de submeter à jurisdição local as reclamações trabalhistas (...), sem que se possa fazer valer qualquer tipo de imunidade. Alega o Ministério dos Negócios Estrangeiros

⁵⁴ Telegrama 854, de 24.10.1985.

⁵⁵ Em caso de não-cumprimento, a Chancelaria efetua todas as gestões necessárias, respeitada a Convenção de Viena de 1961; telegrama 459, de 30.10.1985.

⁵⁶ Telegrama 685, de 23.10.1985.

⁵⁷ Foi recentemente designada Comissão de Estudos para elaborar nova legislação trabalhista; telegrama 320, de 2.10.1985.

⁵⁸ Telegrama 206, de 21.10.1985.

⁵⁹ Telegrama 1.584, de 1.10.1985.

que esta é a prática predominante nos países da Europa continental, Estados Unidos da América e Reino Unido⁶⁰.

Não é outro entendimento da Espanha, para a qual em relação de emprego a Missão diplomática é parte igual a qualquer outro empregador, não cabendo invocar imunidade de jurisdição. A posição da Espanha é bastante clara:

– Os tribunais espanhóis, e especificamente as Varas de Trabalho, são competentes para ajuizar reclamações trabalhistas, como parece suceder nos demais países europeus ocidentais. Entendem tratar-se de uma relação puramente de trabalho entre uma Missão estrangeira e um súdito espanhol, atuando aquelas como qualquer outro empregador em território espanhol, pelo que não caberia invocar a exceção de imunidade diplomática ou de jurisdição prevista na Convenção de Viena. Segundo a Consultoria Jurídica do Ministério de Assuntos Exteriores já existem numerosos precedentes de reclamações deste tipo, com farta jurisprudência dos tribunais trabalhistas que têm julgado causas do gênero⁶¹.

22. A justiça italiana tem, em ocasiões recentes, admitido a execução de sentenças condenatórias, em “casos de inobservância de normas imperativas do direito do trabalho”, quando, no seu entender: a) fica comprovado que a imunidade é invocada para encobrir desrespeito à obrigação; b) persiste a recusa de respeito às normas trabalhistas substantivas; c) há transgressão grave de normas imperativas sobre salário, previdência e seguro, após o esgotamento das vias conciliatórias a nível diplomático⁶². Na Itália é a matéria regulamentada pelo chamado “Contrato Nacional de Trabalho”, Regulamento que resultou de entendimentos entre o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, o Ministério dos Negócios Estrangeiros e os sindicatos italianos. O Vaticano segue a Itália (consoante o artigo 12 do Tratado de Latrão de 1929 entre a Itália e a Santa Sé). Como a Itália considera que a imunidade jurisdicional não exime as Missões diplomáticas de respeito à legislação trabalhista do Estado acreditado, tem havido casos de ação executória; o mencionado “Contrato Nacional de Trabalho”, que rege a relação

⁶⁰ Telegrama 384, de 22.10.1985.

⁶¹ Telegrama 550, de 13.11.1985.

⁶² Telegrama 1.186, de 22.10.1985.

de emprego na Itália, prevê (cf. artigo 25) tentativas de conciliação através do Ministério dos Negócios Estrangeiros ou do Escritório Provincial do Trabalho⁶³.

23. No entendimento da França, as Missões diplomáticas devem respeitar as leis e regulamentos franceses, à luz do artigo 41 da Convenção de Viena de 1961 (cf. *supra*). As imunidades podem permitir às Missões diplomáticas evadirem oficialmente seus compromissos diante da Justiça do Trabalho; assim, em caso de reclamação, o Protocolo do *Quai d'Orsay* pode intervir de três modos: a) enviar Nota Verbal à Embaixada; b) entregar Nota Verbal pessoalmente a diplomata convocado especialmente para este fim; c) dirigir carta pessoal ao Embaixador, ou ao Ministro-Conselheiro, ou ainda ao Chefe da Administração da Embaixada. Busca-se sempre solução amigável, mas em caso de falta grave do empregador, com evidente “denegação de equidade ou perturbação da ordem pública, pode-se recorrer em última instância às sanções previstas no artigo 9 da Convenção de Viena de 1961 (declaração de *persona non grata*) sem qualquer publicidade⁶⁴ (sobre este ponto, cf. *infra*).

24. No Marrocos, os empregados locais de Missões diplomáticas são protegidos pela mesma lei trabalhista que rege as relações entre empregado e empregador no setor privado, invocando-se para isto os artigos 33(3) e 37(4) da Convenção de Viena de 1961. Aplica-se, pois, a legislação trabalhista marroquina em matéria de salário, condições de trabalho, férias e dispensa, sendo obrigatório o contrato de trabalho. Em caso de contencioso, os tribunais marroquinos especializados são competentes para julgar as reclamações trabalhistas, e suas decisões têm de ser acatadas pelas Missões estrangeiras⁶⁵. Enfim, no Togo, a relação de emprego se rege pelo contrato de trabalho segundo o Código do Trabalho (de 1974) e a Convenção Coletiva Interprofissional do Togo (de 1978). As reclamações se processam através de Notas do Ministério das Relações Exteriores; as Missões diplomáticas devem também contactar a Inspeção do Trabalho e a Caixa Nacional de Seguro Social para esclarecer dúvidas. A Embaixada do Brasil teve reclamação trabalhista em 1983, ocasião em que um funcionário da referida Caixa

⁶³ Telegrama 182, de 15.10.1985.

⁶⁴ GTM 395, de 14.11.1985.

⁶⁵ Ofício 121, de 24.10.1985.

Nacional apresentou-se na Embaixada para prestar “esclarecimentos que contribuíram para a solução do problema”⁶⁶.

IV. *Ponderações Finais e Conclusões*

25. O exame do presente caso se prende a consulta acerca da sistemática interna de trabalho do Itamaraty atinente a imunidades diplomáticas em casos de reclamações trabalhistas; ultrapassa, assim, os limites e propósitos do presente Parecer um estudo da jurisprudência do tribunais nacionais sobre a matéria (de que, no entanto, tenho registro nesta Consultoria Jurídica). É este um ponto distinto. Os antecedentes nesta Consultoria Jurídica, de 1961 até o presente, dizem respeito a aspectos distintos do vasto capítulo das imunidades de jurisdição; é esta, pois, a primeira vez, nos últimos 25 anos, que o Consultor Jurídico do Itamaraty opina sobre a questão específica das imunidades jurisdicionais *em matéria trabalhista* em base comparativa a partir dos dados do *cas d'espèce*.

26. Nunca é demais recordar que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 reflete em grande parte o próprio direito consuetudinário; a consagração das imunidades diplomáticas – como exceção à regra geral da jurisdição territorial – atende aos critérios da necessidade funcional dos agentes diplomáticos e do equilíbrio de interesses entre Estado acreditante e Estado acreditado. Por outro lado, imunidade não é impunidade (em matéria penal) ou irresponsabilidade (em matéria civil), como, aliás, deixa bem claro o artigo 31 (4) da Convenção de Viena de 1961⁶⁷. Nos últimos anos a preocupação de diversos países tem-se voltado à necessidade de coibir possíveis abusos de imunidades e privilégios diplomáticos (e não apenas em matéria trabalhista – cf. *infra*), mas as iniciativas nesse sentido jamais chegaram – até o presente – ao ponto de propor a revisão ou emenda da Convenção de Viena de 1961. Permanece esta reconhecidamente como um marco ou conquista na evolução do direito internacional e do direito diplomático.

27. Assim, por exemplo, possivelmente sob a influência do incidente com a Líbia em abril de 1984, o Governo britânico (Comissão de Relações

⁶⁶ Telegrama 184, de 3.10.1985.

⁶⁷ Dispõe o artigo 31(4) que “a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante”.

Exteriores da *House of Commons*) vem de realizar estudo sobre possíveis abusos de privilégios e imunidades diplomáticos (em matérias outras que a trabalhista)⁶⁸, levando em conta inclusive memorandos do *Foreign and Commonwealth Office*. Ora, não passou despercebido que tanto a Comissão de Direito Internacional da ONU em seu projeto sobre Relações Diplomáticas quanto a conferência de que resultou a Convenção de Viena de 1961 afastaram deliberadamente a idéia de exceções específicas em razão de “abuso manifesto”⁶⁹. O referido estudo da Comissão de Relações Exteriores da *House of Commons* britânica entendeu que, para fazer face a possíveis abusos, revisão ou emenda da Convenção de Viena de 1961 *was not only virtually impossible to achieve, but of doubtful desirability*⁷⁰; relembrou a referida Comissão a “importância da reciprocidade”, e ponderou que o propósito em questão (coibir abusos) poderia ser melhor servido pela própria interpretação devida da Convenção de Viena de 1961 e aplicação de recursos nela previstos (declaração de agente diplomático como *persona non grata*, artigo 9, e determinação de que o efetivo da Missão seja mantido dentro dos limites que considere “razoável e normal”, artigo 11) de forma mais rigorosa⁷¹.

28. Talvez estejamos testemunhando, *no caso específico das imunidades jurisdicionais em matéria trabalhista*, o que eu ousaria chamar – parafraseando Morin⁷² – de revolta dos fatos contra os textos, mas com a diferença que estes também reagem, se readaptam e revigoram para continuar a reger os fatos. Com isto quero dizer que, para a presente questão, não suficientemente amadurecida à época da Conferência de Viena de que resultou a Convenção de 1961, uma solução há de ser encontrada à luz do disposto na própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

29. Se se aceita a existência de uma *soft law* no direito internacional e no direito diplomático, o artigo 33 da Convenção de Viena de 1961

⁶⁸ E.g., infrações de trânsito, uso indevido da mala diplomática; cf. nº (70) *infra*.

⁶⁹ Michael Hardv. *Modern Diplomatic Law*. Manchester: University Press/Oceana, 1968, p. 44-45; Rosalyn Higgins, *op. cit.*, *infra* nº (70), p. 646.

⁷⁰ Rosalyn Higgins. The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience, 79 *American Journal of International Law*. 1985, p. 649-650, e cf. p. 644-645.

⁷¹ E não reservados apenas para questões relativas a espionagem: R. Higgins, *op. cit.*, *supra* nº (70), p. 644 e 649-651.

⁷² *La révolte du droit contre le code*, 1945. – É de se admitir o surgimento de uma norma, a partir de um fato, mediante *processo valorativo* (e não de causalidade); A. A. Cançado Trindade. *Considerações acerca do Relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1972, p. 70.

(cf. *supra*) pode ser tido como fornecendo ilustração pertinente. Como já bem se advertiu, não se deve subestimar os efeitos da *soft law*, que não raro exerce influência decisiva na formulação de princípios e regras, fundamentação de posições e cristalização de práticas; na ponderação de Seidl-Hohenveldern, as “regras de *soft law* desfrutam de certa importância no direito internacional”, ainda que

não possam resolver conflitos internacionais entre os Estados, se nem todos os Estados-partes no conflito as tiverem aceito ou se os Estados interpretarem o conteúdo de tais regras de modo diferente⁷³.

30. O levantamento acima sobre a recente prática dos Estados sobre a matéria em estudo revela não só os matizes nas atitudes dos Estados como a tendência predominante nos últimos anos em prol dos avanços no campo das relações trabalhistas e garantias ou benefícios sociais (cf. *supra*). Na área em apreço, os riscos naturalmente se configuram em razão inversa do grau de desenvolvimento do sistema previdenciário e de relações trabalhistas. Nos países particularmente atentos a este setor, têm-se verificado pressões sobre a observância das imunidades jurisdicionais (em matéria trabalhista) e têm-se registrado diversos casos de acordo amigável e indenização voluntária. Em grande número de países, de legislação social mais avançada, as Chancelarias, ao surgir o problema, convocam as Embaixadas ou os agentes diplomáticos em questão na busca de uma solução conciliatória. Muitas vezes há interferência direta do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social. Há países que estabeleceram mecanismos de assistência e/ou controle nas relações trabalhistas através de órgãos especiais (e.g., os países socialistas), assim como há países que simplesmente dão cumprimento estrito à legislação trabalhista local, inclusive submetendo à jurisdição local as reclamações trabalhistas sem que se possa fazer valer as imunidades (e.g., países europeus ocidentais) e admitindo até mesmo sanções (e.g., Itália, França).

31. Ante o quadro geral resultante do levantamento acima e os desenvolvimentos da matéria nos últimos anos, no presente caso vejo-me na impossibilidade de concordar com a revisão da sistemática de

⁷³ I. Seidl-Hohenveldern. International Economic ‘Soft Law’, 163, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. 1979, p. 225 e 194-197.

trabalho do Itamaraty (no tocante a imunidades diplomáticas e reclamações trabalhistas) proposta pelo Senhor Chefe do Cerimonial do MRE. No presente, o Itamaraty limita-se a encaminhar às embaixadas em Brasília, habitualmente através do Serviço de Processamento Jurídico, as intimações de cunho trabalhista, *sem comentários*. No presente caso, causa-me estranheza o fato de ter o Governo de Trinidad-e-Tobago manifestado estranheza ante tal procedimento (cf. *supra*), que representa, a meu ver, o mínimo que se pode fazer. Tanto é assim que as Chancelarias de diversos outros países, como acima descrito, *entram no mérito do cas d'espèce*, exercem pressões e não excluem a possibilidade de conseqüências para os agentes diplomáticos em reclamações de cunho trabalhista.

32. Os reclamos do bom senso nos indicam que um tratamento excessiva e indevidamente generoso dispensado nesta área pelo Itamaraty às embaixadas em Brasília não se justificaria, quando em muitos outros países o tratamento dispensado pelas Chancelarias a nossas Missões em matéria trabalhista vem sendo sensivelmente mais rigoroso. Assim, não apenas considero correta e irrepreensível a atual sistemática de trabalho do Itamaraty, como estaria disposto a ir mais além: a se introduzir nesta alguma modificação, haveria que ser – na minha opinião – no sentido ou direção contrária à sugerida pelo Cerimonial do Itamaraty, buscando um papel mais ativo, a exemplo do que vem ocorrendo em tantos outros países.

33. Como proceder? A meu ver, somente ao amparo da norma jurídica, sempre à luz do disposto na própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. Esta, em seu artigo 47, refere-se aos princípios da não-discriminação e da reciprocidade, nos seguintes termos:

- “1º Na aplicação das disposições da presente Convenção, o Estado acreditado não fará nenhuma discriminação entre Estados.
- 2º Todavia, não será considerada discriminação:
 - a) o fato de o Estado acreditante aplicar restritivamente uma das disposições da presente Convenção, quando a mesma for aplicada de igual maneira a sua Missão no Estado acreditado;
 - b) o fato de os Estados em virtude de costume ou convênio, se concederem reciprocamente um tratamento mais favorável do que o estipulado pelas disposições da presente Convenção.

34. Por ocasião dos trabalhos preparatórios da Comissão de Direito Internacional da ONU do projeto que serviu de base à Convenção de 1961, travou-se debate acerca do alcance da reciprocidade no âmbito do projeto (Convenção de 1961). Houve quem manifestasse reservas sobre este ponto, na alegação de que se estava aqui diante de um esboço de Convenção (multilateral) que continha artigos não baseados na reciprocidade e em que os direitos e obrigações dos Estados estavam claramente definidos, muito embora nas relações diplomáticas a reciprocidade de tratamento – era de se admitir – exercesse papel importante. Mas, também, houve os favoráveis à inclusão no projeto de um artigo sobre a matéria (e.g., Fizmaurice), ressaltando

não só a importância incontestável do princípio da reciprocidade diplomática, mas, também, a existência na Convenção de artigos em que os direitos ou as obrigações não são fixados de maneira clara, permitindo, em conseqüência, uma aplicação liberal ou restritiva conforme o caso. Daí pode resultar que o tratamento recebido pelos funcionários do Estado acreditante será aquém daquele dado pelo referido Estado acreditante aos funcionários do Estado acreditado lotados em seu território.⁷⁴

Caber-me-ia acrescentar que a pretensa antinomia entre o bilateralismo e o multilateralismo mostra-se em grande parte baseada em falsas premissas, dado que os tratados multilaterais, em grande número, funcionam primordialmente nas relações bilaterais entre as partes⁷⁵.

35. No presente domínio, a reciprocidade pela reciprocidade, invocada simultaneamente por dois ou mais Estados, formaria um círculo vicioso que inviabilizaria solução satisfatória para a questão das imunidades jurisdicionais em matéria trabalhista. No entanto, se provocada por iniciativa de um Estado e se contar com a aquiescência de outro(s), poderá apontar o caminho de possível solução. Desse modo, poder-se-ia contemplar a possibilidade de o Itamaraty se empenhar na busca de solução amigável entre

⁷⁴ G. E. do Nascimento e Silva, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 246, e cf. p. 245-251.

⁷⁵ A. A. Cançado Trindade. O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina, In: *VIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 1981*. Washington: Secretaria-General de la OEA, 1982, p. 250-251 (1ª edição), e In: *74 Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. 1982, p. 176-177 (2ª edição).

as partes; assim, em matéria trabalhista, além de enviada Nota à Missão, o agente diplomático seria convocado para prestar esclarecimentos ao Itamaraty sobre o encaminhamento que tenciona dar ao caso. Se ficar claro que não é sua intenção pagar indenização voluntária (quando das circunstâncias do caso se puder deduzir sem dificuldade que caberia indenização consoante a legislação local), o agente diplomático seria notificado que a Embaixada do Brasil em seu país seria instruída pela Secretaria de Estado a passar Nota à Chancelaria local informando-a da situação existente (em Brasília) e consultando sobre a posição daquele Governo em situações análogas. Na hipótese de a resposta ser vaga – ou seja, e.g., de que aplicaria a reciprocidade, – a Embaixada do Brasil ficaria autorizada a declarar que, ocorrendo em relação a ela situação análoga à existente em Brasília (*vis-à-vis* a Missão diplomática), seria ela autorizada ao pagamento de indenização, em conformidade com a legislação local. A moderna prática dos Estados à luz da Convenção de Viena de 1961, como visto, revela distintas possibilidades de solução; esta última, acima descrita, além de parecer-me justa, propiciaria o bom desenvolvimento da prática dos Estados consoante a letra e o espírito da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 22 de abril de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Imunidades do Estado. Nova Lei Australiana de 1985. Tendências Recentes; Prática dos Estados. Questão da Reciprocidade.

PARECER

O Foreign States Immunities Act 1985 *da Austrália, as Tendências Recentes e a Questão da Reciprocidade no Domínio das Imunidades do Estado*

A Embaixada do Brasil em Camberra vem de encaminhar à Secretaria de Estado a Lei australiana sobre Imunidades de Estados Estrangeiros (*Foreign States Immunities Act*), aprovada pelo Parlamento em fins de 1985, e em vigor a partir de 1º de abril de 1986. Pela referida Lei, na mesma linha de pensamento de legislação congênere em vigor em outros países (e.g., Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, dentre outros), ficam submetidas à jurisdição dos tribunais australianos as representações diplomáticas na Austrália em ações referentes a transações comerciais, contratos de trabalho (com funcionários locais), acidentes, e outras áreas de atividade que a lei especifica; prevalecem as imunidades no exercício de atos propriamente diplomáticos, não sendo tampouco afetadas, naturalmente, as imunidades dos agentes diplomáticos. A Divisão de Privilégios e Imunidades (DPI) do Itamaraty indaga sobre a “base legal” das novas disposições australianas e sobre a possibilidade de “aplicação de reciprocidade” por parte do Brasil. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

2. A questão suscitada, embora recente, não é nova no Itamaraty: em agosto de 1985, foi pela última vez considerada neste Ministério, do ponto de vista da prática e doutrina do direito internacional, por ocasião do exame do Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados. Na época, solicitou-me a Secretaria-Geral do MRE comentários sobre este Projeto: encaminhei-os, como Professor de Direito Internacional do Instituto Rio Branco, à Secretaria-Geral do MRE em 4 de agosto último. Dada sua pertinência ao exame do presente caso, reproduzo-os *in extenso* a seguir:

*Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade
de Jurisdição dos Estados*

Comentários

Uma apreciação do Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados há de partir dos principais motivos que levaram a Comissão Jurídica Interamericana originalmente a redigi-lo. A constatação inicial da ingerência do Estado em campos de atividade tradicionalmente reservados aos particulares levou a crer que era conveniente mitigar a rigidez da distinção clássica entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* (distinção evitada pela Comissão). Buscou a Comissão resguardar a imunidade dos Estados ante órgãos jurisdicionais de outros Estados (por atos a eles imputáveis *ex jure imperii* ou praticados fora do Estado do foro), assim como – quando não correspondesse a imunidade – resguardar o interesse dos particulares em não ser obrigados a demandar os Estados estrangeiros ante os órgãos jurisdicionais destes. Admitindo a insuficiência – mas não a simples falta de vigência – da distinção entre atos estatais *jure imperii* e *jure gestionis*, a Comissão considerou a expressão “poder estatal” (utilizado no artigo 3) sinônima de *jus imperii*, “poder público” e “autoridade soberana”. Na ótica da Comissão, a imunidade de jurisdição abrangia todas as demandas referentes a atos tidos como *jure imperii*, mas nem todas as demandas referentes a atos tidos como *jure gestionis* recaíam fora do alcance da imunidade de jurisdição dos Estados.

A estrutura do Projeto de Convenção é clara: parte o Projeto de Convenção da reafirmação do princípio da imunidade de jurisdição (Parte I), para a seguir deter-se em casos em que deverá cada Estado-parte abster-se de invocar imunidade com respeito à jurisdição dos órgãos jurisdicionais dos outros Estados-partes (Parte II e artigo 14). As normas processuais (Parte III) decorrem do princípio de que não se presumem restrições à independência dos Estados: o “direito de legislação” resultante só admite limitações por regras expressas de direito internacional público.

O Projeto de Convenção elaborado pela Comissão Jurídica Interamericana foi objeto de observações por parte dos Governos do Chile, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela, com base nos quais o Grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) do Conselho Permanente da OEA procedeu à revisão do Projeto de Convenção. O Grupo de Trabalho utilizou outras fontes de consulta, e entendeu que esta primeira etapa de revisão do Projeto de Convenção não comprometia a Governo algum.

O Projeto original da Comissão Jurídica Interamericana foi suficientemente analisado (cf. documentação constante dos arquivos da DEA), cabendo aqui desenvolver e destacar comentários pertinentes à revisão do Grupo de Trabalho (GT) da CAJP. A redação do artigo 1 aprovada pelo GT constitui aprimoramento sensível em relação ao texto da Comissão Jurídica Interamericana, ao fundir os artigos 1 e 4 deste último, com a supressão do artigo 4, redundante. Com a nova redação fica resguardada a asserção do princípio de imunidade de jurisdição, que hoje comporta inevitavelmente determinadas exceções.

Quanto à nova redação do artigo 2, considerou o GT, acertadamente, mais conveniente, para os efeitos do Projeto de Convenção, definir-se os conceitos de “Estado” e “função estatal” pelo direito público interno do Estado demandado, ao invés de pretender definir o conceito de “Estado” mediante lista enunciativa de entidades. A expressão sugerida pela Comissão Jurídica Interamericana, “poder estatal” (*supra*), não passou sem dificuldades, optando o GT pela supressão do artigo 3. Dadas as dificuldades de

definição de “ato comercial”, conceito variável de um sistema jurídico a outro, propôs o GT a via da exclusão do alcance do dispositivo geral sobre as exceções à imunidade de jurisdição (artigo 5) de toda “função essencial” do poder público do Estado demandado. Cabe, naturalmente, acrescentar que tal “função essencial do poder público” determinar-se-á de conformidade com o direito público interno do Estado demandado.

O Governo do Chile, em seus comentários, ressaltou o critério “mais amplo” do Projeto de Convenção considerado no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, para o qual, está-se diante de uma atividade comercial, tanto quando esta se desenvolve na atividade ordinária de comércio, como quando se trata de uma transação ou ato comercial de caráter isolado. É clara a distinção em relação à orientação seguida pelo Projeto de Convenção Interamericana (cf. *supra*). Os dois Projetos também se distinguem em que o das Nações Unidas, diferentemente do interamericano, se refere detalhadamente às imunidades jurisdicionais dos Estados assim como de seus bens. Em relação ao Projeto interamericano, o GT respondeu favoravelmente às preocupações da Venezuela com a padronização ou uniformização da linguagem (e.g., artigos 5, 6, e 9).

Na segunda etapa de revisão do Projeto de Convenção, haverão de merecer cuidadosa atenção as referências a exceções à imunidade de jurisdição com respeito a questões trabalhistas e ações por responsabilidade extracontratual (artigo 6). Quanto às normas processuais do Projeto de Convenção, os comentários relativos ao regime de tramitação de cartas rogatórias no Brasil (telegrama 137 de 13.3.1985 de Exteriores/DEA para Delbrasupa) serão de utilidade para a segunda etapa da revisão do Projeto de Convenção (telegrama 454 de 14.3.1985 de Delbrasupa para Exteriores), não cabendo aqui repeti-los. O texto revisto pelo GT ganhou em precisão. Estimou o GT pertinente prever o caso de rompimento de relações diplomáticas, ausência destas ou inexistência de uma missão diplomática do Estado do foro no Estado demandado: é o de que trata o artigo 9-*bis*, que cautelosamente prevê a comunicação direta entre os órgãos

jurisdicionais somente se estiver esta regulamentada pela legislação de *ambos* os Estados. Tem subsistido, em relação a este artigo, a preocupação em assegurar a tramitação adequada das cartas rogatórias (telegrama 527 de 27.3.85 e 631 de 13.4.1985, de Delbrasupa para Exteriores).

O artigo 10 (documentação) reveste-se de carácter meramente processual; quanto aos prazos para comparecimento do Estado demandado ante os órgãos jurisdicionais do Estado do foro (artigo 11), não se logrou consenso ou acordo e a questão será tomada na segunda etapa de revisão do Projeto de Convenção. O GT optou acertadamente pela supressão do artigo 12, para descartar a figura do “agente especial”, de alcance ou função desconhecida nas legislações processuais dos Estados latino-americanos. O artigo 13 do Projeto de Convenção deixa claro que a questão da imunidade de jurisdição é *prévia* com relação ao mérito da questão. O texto adotado pelo GT aprimora o texto original da Comissão Jurídica Interamericana; recorde-se que o GT optou pela determinação do alcance do conceito de “Estado”, consoante o direito público interno do Estado demandado (artigo 2) e excluiu do conceito de “atividade comercial” toda função essencial do poder público do Estado (artigo 5). Pelo Projeto da Comissão Jurídica Interamericana, o ônus da prova do direito vigente do Estado demandado recaía no autor, que não tinha autoridade para dizer qual era o direito público interno do Estado demandado; por outro lado, para o Estado demandado – como no artigo 13, revisto – o ônus da prova de seu direito vigente não lhe apresenta problema algum.

Já os artigos 14 e 15 (execução de sentenças, imunidade e ações reais sobre bens imóveis) haverão de merecer atenção na segunda etapa de revisão do Projeto de Convenção, para adequá-los à orientação geral (contida no Telegrama 540, de 26.7.1984, de Exteriores para Delbrasupa) no sentido de reduzir ao mínimo as possíveis exceções ao princípio da imunidade de jurisdição. A nova redação do artigo 16 atende a preocupação de que o Projeto de Convenção não venha a afetar os privilégios e imunidades estabelecidos, não apenas em tratados internacionais vigentes, como também no direito internacional consuetudinário. O artigo 17

(sobre a aplicação da futura Convenção somente a ações iniciadas após sua entrada em vigor entre o Estado do foro e o Estado demandado) não apresenta problemas.

A redação dada ao artigo 18 pelo GT é bem melhor do que o texto original da Comissão Jurídica Interamericana, pelas razões apontadas no comentário do GT, incorporando as pertinentes observações do México a respeito. O artigo 18 concede imediato efeito suspensivo do processo no órgão jurisdicional do Estado do foro, tão logo interposto recurso à Corte Internacional de Justiça para que esta resolva o relativo à imunidade de jurisdição. Pelo artigo 18, o Estado do foro aceitaria a competência da Corte de Haia, independentemente de ter ou não firmado a chamada cláusula facultativa da jurisdição obrigatória. A rigor, nada impede que as partes assim convenham, mas não é este o sentido do recurso à via judicial de solução de controvérsias internacionais (subjacente ao próprio Estatuto da referida Corte). O princípio da livre escolha dos meios – concomitante ao dever geral de solução de controvérsias – poderá levar à consagração no Projeto de Convenção de um determinado método, dentre os previstos no direito internacional. Contudo, parece merecedora de consideração – quando pouco por estarmos diante de um projeto de Convenção Interamericana – a sugestão de algumas Delegações – no tocante ao recurso à Corte de Haia – no sentido da conveniência de prévio esgotamento de outras instâncias de arbitragem ou solução de controvérsias comerciais vigentes no sistema interamericano.

A questão da solução de controvérsias entre as partes contratantes com respeito à admissão ou negação da imunidade de jurisdição – com base na futura Convenção – tem implicações próprias ao capítulo da responsabilidade do Estado: como bem recordou a Comissão Jurídica Interamericana, os atos do poder judiciário de um Estado podem acarretar a responsabilidade do Estado ao se afigurarem contrários às obrigações internacionais deste (e.g., sentença que negasse a um Estado estrangeiro as imunidades garantidas pelo direito internacional).

As disposições finais (artigos 19 a 25: depositário, ratificação, adesão, entrada em vigor, revisão, denúncia, textos autênticos)

dão ensejo a dois breves comentários. Primeiro, não há de passar despercebida a ausência no Projeto de Convenção de dispositivo sobre a eventual formulação de reservas; a prevalecer esta posição, a questão rege-se-á pelas normas de direito internacional sobre a matéria (cf. artigos 19 a 23 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969). Segundo, é de todo prudente e aconselhável a inclusão no Projeto de Convenção de dispositivo prevendo a revisão ou emenda da futura Convenção mediante convocação – por um terço dos Estados-partes – de Conferência para tal fim, cinco anos após a entrada em vigor de Convenção (artigo 23). Trata-se de mecanismo ágil, adequado a um tema em constante evolução e mutação como o regido pelo presente Projeto de Convenção.

A esse respeito, cabe acrescentar que, no atual estágio, a orientação geral seguida pela Delegação brasileira permanece a mais aconselhável: como uma atitude intransigente em favor da tese da imunidade absoluta não seria realista, face aos conhecidos desenvolvimentos da matéria na prática dos Estados nos últimos anos, mais indicada parece a posição de admitir a inevitabilidade de certas exceções (previstas na Convenção como tais, como exceções ao princípio amplo e geral, preexistente no direito internacional, de imunidade de jurisdição dos Estados), e buscar reduzi-las ao mínimo. Ainda que um instrumento convencional como a Convenção Européia sobre Imunidades dos Estados de 1972 e textos legislativos com o *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (Estados Unidos) e o *Sovereign Immunities Act* de 1978 (Reino Unido) disponham claramente em favor da imunidade restritiva dos Estados, o direito da imunidade dos Estados está longe de ser homogêneo e, malgrado as tendências recentes em prol da doutrina restritiva, as regras aplicáveis variam de país a país (cf. Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 1982).

Particularmente em países como o Brasil, em que a matéria não é regida por textos legislativos, mas evolui segundo a construção jurisprudencial dos tribunais nacionais, não é de se surpreender esteja ela em contínuo e permanente desenvolvimento. Assim, sentenças

mais recentes sobre a matéria (da Justiça Federal em Brasília) parecem aproximar a jurisprudência brasileira da tendência prevalecente em outros países de restrição das imunidades de jurisdição dos Estados, com repercussões na doutrina pátria contemporânea; o quadro geral revela, no entanto, alguma imprecisão, ainda com o predomínio da tese da imunidade jurisdicional absoluta (nas decisões do STF e TST). Não parece haver razões que levem a identificar em eventual inclinação em favor da doutrina restritiva a inexorabilidade da vitória final desta: mesmo em países que nos últimos anos a adotaram, como os Estados Unidos e o Reino Unido, a aplicação da teoria restritiva da imunidade jurisdicional não tem passado sem dificuldades. Assim, por exemplo, ainda não se logrou desenvolver um critério aceitável para a distinção entre atos governamentais e comerciais dos Estados, – ponto central na aplicação da teoria restritiva da imunidade. A fluidez da evolução da matéria recomenda prudência e discrição em seu tratamento, como vêm até o presente sendo demonstradas pela Delegação do Brasil na negociação do Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados.

a) Antônio Augusto Cançado Trindade.

Os comentários acima transcritos foram encaminhados pela Secretaria de Estado à Missão junto à OEA, como diretrizes para a atuação do representante brasileiro no Grupo de Trabalho, sobre a matéria, da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos no Conselho Permanente da OEA¹.

3. Como tive ocasião de indicar ao final dos comentários reproduzidos acima, o quadro geral de imprecisão da matéria mostra-se comum tanto a países que tendem a favor da doutrina restritiva quanto àqueles em que predomina a tese da imunidade jurisdicional absoluta. Oscilações ocorrem, em graus distintos, no âmbito de incidência das duas grandes concepções, o que se explica pelo fato de que, não sendo o direito da imunidade soberana homogêneo, as regras aplicáveis continuam a variar de país a país. É bom recordar que a doutrina absoluta, exposta pelo juiz Marshall

¹ Cf. MRE, ofício nº 42, de 2.9.1985, doc. DEA/DNU/CJ/910 (040), p. 1-9.

no caso *Schooner Exchange versus M'Faddon* (1812), sobreviveu sem contestação até 1921, mas começou a seguir novos rumos nas décadas de 1940 e 1950; foi, no entanto, nos anos 70 que a matéria evoluiu em ritmo mais acelerado, com a adoção, claramente a favor da imunidade restritiva, tanto de um instrumento convencional como a Convenção Europeia sobre Imunidade dos Estados (que entrou em vigor em 11 de junho de 1976) quanto de textos legislativos como o *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (Estados Unidos) e o *Sovereign Immunities Act* de 1978 (Reino Unido). Foi este último precedido pelas decisões nos casos *Thai-Europe Ltd. versus Governo do Paquistão* (1975) e *Proprietários do Navio "Philippine Admiral" versus W. Shipping (Hong Kong) Ltd. et al.* (1976).

4. A erosão da sacrossantidade da teoria absoluta da imunidade soberana, estimulada pela premissa básica de que em matérias comerciais o Estado estrangeiro não deveria se valer da imunidade², não se limitou aos países de *common law*, e estendem-se igualmente aos países da Europa continental: a mesma tendência se verifica no seio do Mercado Comum Europeu. Com o *Foreign States Immunities Act* de 1985, vem a Austrália de se filiar a esta corrente. Contudo, como adverti nos comentários acima transcritos, não parece haver razões cogentes que levem a identificar hoje na inclinação de um número de países em favor da doutrina restritiva a inexorabilidade da vitória final desta, dado que sua aplicação até o presente não tem passado sem dificuldades.

5. Assim, por exemplo, segundo o *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 – que visa atribuir aos tribunais norte-americanos a determinação se um soberano estrangeiro deve ou não gozar de imunidade – a imunidade de jurisdição permanece o *princípio* (Seção 1603(a) e (b)), que compreende, no entanto, algumas *exceções* (Seção 1605); mas o referido *Act* prevê também *exceções às exceções* (Seção 1611) (fazendo, desse modo, ressurgir uma imunidade enfraquecida), e, curiosamente, não fornece definição precisa da noção de “atividade comercial”,³ deixando margem de

² S.M. Schneebaum. Sovereign Immunity: the End of Absolutism, 16 *Indian Journal of International Law*. 1976, p. 267-275; Georges R. Delaume. Le Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 105 *Journal du Droit International*. Clunet, 1978, p. 187-207; R.B. von Mehren. The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 17 *Columbia Journal of Transnational Law*. 1978, p. 33-66.

³ Cf. G.R. Delaume, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 207.

arbítrio aos tribunais internos. Não surpreende, assim, que, a despeito da nítida tendência da prática recente de países como a Itália, a Bélgica, o Egito, a França, a Alemanha, a Áustria, a Holanda e o Reino Unido em favor da tese restritiva⁴,

– The law and practice of the United States cannot be said to have been settled in favour of an unrestricted doctrine of immunity, in the light of the various limitations adopted, proposed, or in the process of development by various branches of the United States Government. Amidst these uncertainties, the situation has been further complicated by recent applications of the doctrine of Act of State, resulting in practical recognition of sovereign immunity whenever the court is called upon to examine or to pass judgment on the validity of a public act of a foreign government. The unsettled nature of the permissible extent of counter-claims against foreign governments has also contributed to the current gloss of conflicting decisions⁵.

E isto – acrescenta-se – apesar do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976... E mesmo a despeito da nítida tendência nos países supracitados em prol da doutrina restritiva, a aplicação desta tem-se circundado de alguma incerteza.

6. Por exemplo, não tem havido resposta uniforme à questão de saber de que modo e até que ponto, e.g., o Banco Central de um país pode beneficiar-se de imunidade soberana; no seio do Mercado Comum Europeu, a tendência é recusar o benefício da imunidade a tais instituições, a menos que se demonstre que elas exerciam função governamental. Mas a questão básica de interpretação está longe de ser resolvida, como o ilustram dois casos recentes.

7. No celebrado caso *do Banco Central da Nigéria* (1976-1977), o novo Governo nigeriano se recusara a pagar, por seu Banco Central, letras de crédito emitidas pelo Governo anterior a produtores de cimento estrangeiros.

⁴ Para um levantamento recente da prática desses oito países, cf. S. Sucharitkul. *Immunities of Foreign States before National Authorities*, 149 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1976, p. 126-154 e 162-170.

⁵ *Ibid.*, p. 161, e cf. p. 154-161.

O caso foi levado a diversos tribunais, inclusive na Inglaterra e Alemanha, em que se estabeleceu que no caso as atividades do Banco Central nigeriano poderiam ser consideradas atividades comerciais⁶. Mais recentemente, no caso *Alcom versus República da Colômbia* (1983), face ao embargo de contas bancárias da Colômbia no Reino Unido em execução de um julgamento, o Embaixador colombiano atestou que as referidas contas se destinavam à administração da Embaixada e não a fins comerciais, não podendo pois ser objeto de medidas de execução. A *Court of Appeals* britânica não entendeu dessa forma, e decidiu por unanimidade, à luz do *Sovereign Immunities Act* de 1978, que a utilização das contas para a administração da Embaixada “equivale na realidade a uma utilização comercial, dado que implicava a conclusão de uma variedade de transações, tais como a aquisição de bens e serviços, que não necessitavam o exercício da soberania”; o “objeto político” subjacente foi assim declarado “sem importância”⁷.

8. Estes dois casos revelam os problemas que podem surgir quanto a medidas de execução e ao grau de proteção de que desfrutam os Bancos Centrais e mesmo as Embaixadas; persistem, assim, difíceis questões da interpretação quanto à “definição dos atos de poder público” e à “determinação da relação entre o objeto de um ato e sua natureza exata”⁸. Na França, nos últimos anos, tem-se avançado concepção de *acte de commerce* distinta do sentido dado à expressão do direito civil interno francês, de modo a não abranger, e.g., empréstimos públicos ou compra de armas, mais precisamente designados como *acte de souveraineté* (ou *acte de puissance publique*)⁹.

9. Outro problema diz respeito à própria necessidade de verificação se determinada entidade é um “órgão ou agência do Estado” em relação a “suas atividades” ou à “natureza de suas funções”. A dificuldade reside em que “cada Estado tem sua própria ideologia quanto ao âmbito próprio das atividades estatais e funções governamentais”; assim, tem-se sugerido um critério formal como o “único possível”, i.e., a determinação “se a entidade

⁶ Cf. G.R. Delaume, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 196; R.B. von Mehren, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 37.

⁷ Rosalyn Higgins. Les récents développements législatifs et jurisprudentiels dans le domaine de l’immunité de juridiction de l’État au Royaume-Uni, 29 *Annuaire français de droit international*. 1983, p. 29.

⁸ Cf. *ibid.*, p. 35.

⁹ Cf. S. Sucharitkul, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 145.

em questão forma parte essencial do Governo central”¹⁰. Na ausência de um órgão legiferante internacional preexistente, o exame da *prática dos Estados* assume indiscutível importância para o estudo do presente capítulo do direito internacional¹¹; no entanto, como tal prática encontra-se até o presente longe de ser uniforme, persistem dificuldades do gênero das supracitadas.

10. Em perspectiva histórica, o precedente – distinto – das imunidades *diplomáticas* pode ter analogicamente favorecido o desenvolvimento mais recente das imunidades *do Estado*. Na ponderação da Comissão de Direito Internacional da ONU, em seu recente projeto sobre as “Imunidades Jurisdicionais dos Estados e sua Propriedade”, – *immunities accorded to personal sovereigns and ambassadors as well as their property appear to be traceable to the more fundamental immunities of States*¹². Estas últimas, no entanto, só se estabeleceram a partir do século XIX, através sobretudo da prática dos Estados (e seus tribunais internos), vindo a ser *later adopted as a general rule of customary international law on a solid basis in the current practice of States*¹³. Como bem resume a Comissão de Direito Internacional,

– *The general rule of international law regarding State immunity has developed principally from the judicial practice of States. Municipal courts have been primarily responsible for the growth and progressive development of a body of customary rules governing the relations of nations in this particular connection. The opinions or writers and international conventions relating to State immunity are practically all of subsequent growth (...)*¹⁴.

11. O gradual abandono, nos últimos anos, do princípio da imunidade absoluta dos Estados estrangeiros (prenunciado já em 1951 por Hersch Lauterpacht¹⁵ tem levado a estimativas distintas. Nos dois extremos, há quem anteveja na evolução corrente o gradual abandono da *própria*

¹⁰ *Ibid.*, p. 100; encontra o autor base na prática dos Estados para sugerir que *ad hoc State agents, not being permanent agencies or part and parcel of a foreign government, are not entitled to State immunity* (p. 105).

¹¹ Cf. *ibid.*, p. 93, 95 e 126.

¹² UN. *Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session*. 1980, p. 333.

¹³ *Ibid.*, p. 340, e cf. demais referências à prática dos Estados In: p. 331-332, 341 e 344.

¹⁴ *Ibid.*, p. 330.

¹⁵ H. Lauterpacht. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, 28 *British Year Book of International Law*. 1951, p. 220-272.

doutrina da imunidade do Estado¹⁶, assim como há quem se apegue aos princípios básicos do respeito à personalidade do Estado e da igualdade dos Estados para rechaçar a doutrina restritiva¹⁷. Há também quem vislumbre uma Convenção de Codificação sobre a matéria para lograr a tão aparentemente desejada uniformidade da prática dos Estados¹⁸. Uns e outros parecem coincidir ao apontar as insuficiências da distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*, pela qual em primeira instância o próprio Estado estrangeiro determinaria – por referência a suas próprias regras – se o ato em questão é *jure imperii* ou *jure gestionis*¹⁹...

12. Nesta área, em que nas últimas três ou quatro décadas a prática de alguns Estados tem buscado a coerência, a de outros tem sido “contraditória ou inconclusiva”, e a de outros mais “não articulada e não registrada”, e em que a jurisprudência nacional tem apresentado variações e mesmo divergências²⁰, importa trilhar o caminho do equilíbrio. O gradual distanciamento da tese da imunidade absoluta está relacionado à gradual intervenção do Estado em domínios outrora pertencentes à esfera privada, de modo tal a consagrar como “grande exceção” à imunidade a atividade comercial do Estado; não obstante, alguns países – como os Estados socialistas – continuam a sustentar firmemente a doutrina da imunidade absoluta, e o quadro geral tem se complicado com o surgimento das entidades estatais e com a contratação internacional entre o Estado (e suas agências, mais ou menos autônomas) e particulares, tornando mais incertos os confins entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*²¹.

¹⁶ Cf. G.M. Badr. *State Immunity – An Analytical and Prognostic View*. The Hague: M. Nijhoff, 1984, p. 1-200.

¹⁷ A. Ruiz-Eldredge. *Immunidad de Jurisdicción de los Estados*, In: *IV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. 1977, Washington: Secretaria General de la OEA, 1977, p. 105-120.

¹⁸ Cf. S. Sucharitkul, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 210.

¹⁹ Cf. H. Lauterpacht, *op. cit.*, *supra* nº (15), p. 248 e 272; A. Ruiz-Eldredge, *op. cit.*, *supra* nº (17), p. 117; Haroldo Valladão. *Direito Internacional Privado*. Vol. III, São Paulo: Freitas Bastos, 1978, p. 154.

²⁰ H. Lauterpacht, *op. cit.*, *supra* nº (15), p. 249; M.A.Vieira, *op. cit.*, *infra* nº (21), p. 47. – Para um estudo da jurisprudência nacional a respeito (em países como a Inglaterra, Bélgica, França), cf. N.C.H. Dunbar. *Controversial Aspects of Sovereign Immunity in the Case Law of Some States*, 132 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1971, p. 203-351.

²¹ Cf. Manuel A. Vieira. *La Immunidad de Jurisdicción de los Estados*, In: *IX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. 1982, Washington: Secretaria General de la OEA, 1983, p. 73-74, 76, 81 e 83.

13. Para os avanços, nos últimos anos, da teoria restritiva da imunidade soberana, abriram caminho as celebradas resoluções do *Institut de Droit International* (de 1891, 1951 e 1954), sustentando a imunidade em relação a atos de soberania e a jurisdição no tocante a atos de comércio (atos que, segundo a *lex fori*, não são de autoridade soberana): começaria então a desenvolver-se toda uma corrente jurisprudencial em distintos países. O recente projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU reflete tendência moderna de focar a *natureza* do ato, e não seu fim ou propósito, evitando, desse modo, o problema da verificação se o órgão ou agência (do Estado) que realiza o ato faz ou não parte do Governo central, tem ou não personalidade jurídica distinta²². Recentemente, em 1982, a *International Law Association*, no intuito de “harmonizar” os distintos matizes da Convenção Européia sobre Imunidades dos Estados e do *Foreign Sovereign Immunities Act* dos Estados Unidos (de 1976), preparou e discutiu um projeto de Convenção sobre a matéria, cujo ponto central é a definição de “atividade comercial”. O referido projeto, como o *Foreign Sovereign Immunities Act* norteamericano (seção 1603(d)) engloba no conceito de “atividade comercial” tanto o curso regular da conduta comercial quanto um determinado ato ou transação comercial, e consagra – para a aplicação da definição – a regra de que “o caráter comercial de um determinado ato deverá ser determinado por referência à natureza do ato, e não por referência a seu propósito”²³.

14. Ora, se por um lado este método afasta algumas dificuldades (cf. *supra*), por outro lado – tem-se contra-argumentado – ignora ele o fato de que “uma das partes na transação é um Estado soberano”²⁴. Assim, persistem até o presente sem resposta alguns problemas atinentes à aplicação da doutrina restritiva da imunidade; dentre estes, o principal problema relativo a tal doutrina

– is that it depends on the development of some acceptable criterion that could be used to distinguish between governmental and commercial acts of States. Such a criterion is central to the application of the restrictive theory of immunity. (...)

²² Cf. *ibid.*, p. 88-89.

²³ International Law Association, *Report of the Sixtieth Conference held at Montreal*. 1982, p. 328 e 326-327.

²⁴ M. Sornarajah, *op. cit.*, *infra* n° (25), p. 669.

(...) *The more fundamental basis of sovereign immunity was that the international order is a horizontal order without a supranational authority and that efforts by one sovereign entity to subject another to its decision would result in the upsetting of that international order.*²⁵

15. Com o *Foreign States Immunities Act* de 1985, a Austrália vem de juntar-se aos países que seguem a teoria restritiva (cf. *supra*). Foi nesse passo precedida pelo Canadá, cujo *State Immunity Act* data de 1982. A recente lei australiana apresenta definição – até certo ponto tautológica – de “transação comercial” (seção 11(3)), como *commercial, trading, business, professional or industrial or like transaction into which the foreign State has entered or a like activity in which the State has engaged* (incluindo contratos para fornecimento de bens e serviços, empréstimos e outras operações financeiras, avais e garantias financeiras). A referida lei australiana dispõe ademais (seção 42) sobre a possível modificação de imunidades concedidas a um Estado estrangeiro se semelhante imunidade não for concedida pelo direito de tal Estado estrangeiro à Austrália (reciprocidade).

16. Com o *Act* de 1985, a Austrália, a exemplo de outros países (cf. *supra*), optou por solução legislativa do problema em questão. Na ausência, até o presente, de consolidação da matéria e de um critério de direito internacional geralmente aceito, as soluções de direito interno (e comparado) reterão sua importância, tornando porém os avanços nesta área graduais e empíricos, se não descontínuos e fragmentados. Há quem prefira solução através das decisões judiciais (internas) e não da legislação²⁶, mas esta pressuporia familiaridade e conhecimento sólido do direito internacional por parte dos juízes e tribunais nacionais em diversos países, sobre o que tenho minhas sérias dúvidas.

17. Já me referi às contingências e insuficiências da distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* (cf. *supra*), que só resistiu à erosão do tempo face à ausência de regra de direito internacional que impusesse o reconhecimento da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro (doutrina absoluta). A própria inexistência, até o presente, de um critério geralmente

²⁵ M. Sornarajah. Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, 31 *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, p. 663-664.

²⁶ Cf. M. Sornarajah, *op. cit.*, *supra* nº (25), p. 685.

aceito de direito internacional que prescreva o *método* de distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* reduz consideravelmente a utilidade desta última. Deixar a matéria a cargo da jurisprudência interna tampouco resolveria a questão, pois alguns tribunais poderiam deter-se na natureza do ato e outros em seu propósito. O problema não é novo, conforme ilustrado, já em 1926, pelo caso *Governo Romeno versus Trutta*, que dizia respeito a

– *un contrat d'achat de chaussures militaires: les tribunaux italiens, s'attachant à la nature de l'acte, ont considéré que la transaction appartenait au droit privé et que l'immunité de juridiction n'entraîne pas en ligne de compte, tandis que les tribunaux américains, à propos d'un même achat de chaussures effectué par le même Gouvernement étranger, enonçaient quelques années auparavant qu'il était évident qu'un tel achat ne participait pas d'une opération commerciale, mais que, ce faisant, la Roumanie "exerçait la plus haute fonction du souverain: celle de se protéger contre ses ennemis."*²⁷

Dificuldade do gênero poderia ser hoje levantada em relação a, e.g., empréstimos públicos contraídos no exterior (embora na França, como já visto, sejam considerados atos de *puissance publique* – cf. *supra*). Cabe, ademais, registrar que, com a intervenção do Estado em novas áreas da atividade humana, surge a necessidade de identificação de controvérsias suscetíveis de solução através dos tribunais nacionais, assim como por outros métodos²⁸, a saber, e.g., à luz dos princípios do direito da responsabilidade internacional dos Estados²⁹.

18. À luz do exposto, vejo-me na impossibilidade de – *nesta matéria em particular* (imunidades *do Estado*) – considerar a reciprocidade no atual estágio como solução apropriada, para o problema em geral, ou para a atitude do Brasil em relação à Lei australiana de 1985 (cf. também *infra*). Primeiramente, por ser este um dos capítulos em que o direito internacional tem-se mostrado “longe de ser impermeável a considerações extra-jurídicas”³⁰,

²⁷ J.-F. Lalive. L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales, 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1953, p. 256.

²⁸ Cf. M. Sornarajah, *op. cit.*, *supra* n° (25), p. 666.

²⁹ Cf. A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 1-287.

³⁰ J.-F. Lalive, *op. cit.*, *supra* n° (27), p. 288.

o que requer prudência em seu tratamento. Em segundo lugar, por ser desaconselhada pela própria doutrina, que na reciprocidade identifica uma “variabilidade derivada de situações políticas que a tornam não apropriada”³¹. Em terceiro lugar, por não reduzir o grau de incerteza reinante neste capítulo do direito internacional, e, além disso, por não assegurar, naturalmente, que os *tribunais* nacionais decidam de uma maneira ou de outra. Como já bem se ressaltou,

– *Courts do not, as a rule, make the granting of a remedy to one party conditional upon the observance by that party, on other occasions, of the legal rule in pari materia*³².

E, em quarto lugar, por afigurar-se no momento – ainda que se mostrasse apropriada – prematura à luz da lenta evolução da matéria em nosso país.

19. Em meus comentários de 4 de agosto de 1985 sobre o Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados referi-me à imprecisão do quadro geral da jurisprudência nacional sobre a matéria, mas ainda com certo predomínio da tese da imunidade jurisdicional absoluta (cf. *supra*). Com efeito, no Brasil, em um primeiro – e prolongado – momento, a posição prevalecente refletiu-se em resposta do Governo brasileiro a questionário das Nações Unidas, publicado em 1982: – *The Brazilian courts consider the doctrine of immunity of States as absolute*, e suas decisões baseiam-se “no que consideram ser um princípio de direito internacional”³³. Em um segundo momento, quando das diretrizes encaminhadas pela Secretaria de Estado à Missão junto à OEA para atuação do representante brasileiro no Grupo de Trabalho sobre a matéria da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da OEA (cf. *supra*) em 1985, admitiu-se a inevitabilidade de certas exceções (previstas em projeto de Convenção da OEA) ao princípio amplo da imunidade, a serem reduzidas ao mínimo.

20. Talvez testemunhemos, no futuro, um terceiro momento em que as premissas da formulação se invertam e se admita – a exemplo de um

³¹ M.A. Vieira, *op. cit.*, *supra* nº (21), p. 96.

³² H. Lauterpacht, *op. cit.*, *supra* nº (15), p. 246, e cf. p. 245.

³³ Nations Unies. *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des États et de leur biens*. NY: 1982, p. 562.

número crescente de Estados – que a imunidade não se aplica *exceto* em relação aos chamados atos de *puissance publique* (tais como os atos de administração interior do Estado, os atos legislativos, os atos atinentes às forças armadas)³⁴ – mas no presente resta, a meu ver, um caminho de atenta observação dos fatos e iniciativas a percorrer, com equilíbrio e prudência. O entusiasmo dos desenvolvimentos da década de 1970 (cf. *supra*) vê-se hoje temperado por um novo e talvez mais cauteloso ritmo de evolução da matéria nos anos 80³⁵.

21. Se, no presente caso, a consulta da Divisão de Privilégios e Imunidades (DPI) do Itamaraty sobre a possibilidade de aplicação de reciprocidade pelo Brasil em relação ao *Foreign States Immunities Act* de 1985 da Austrália é motivada pela preocupação – das mais justas e louváveis – em assegurar um equilíbrio entre a posição do Brasil perante a jurisdição de Estados estrangeiros e a posição destes últimos perante nossa jurisdição, parece-me – pelas razões já apontadas – que mais indicada e eficaz do que a simples reciprocidade (no plano bilateral no *cas d'espèce*) seria a própria solução legislativa (introdução entre nós de legislação do gênero). Não poderia, porém, concluir este Parecer sem deixar registro de ressalva importante e esclarecedora.

22. Em Parecer recente, sobre as imunidades – distintas – do *agente diplomático* em matéria trabalhista, encontrei espaço para a aplicação da reciprocidade em determinadas condições, consoante a moderna prática dos Estados e à luz da própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961³⁶. Não há qualquer contradição com o desenvolvido no presente parecer, mas antes um rigor lógico irrepreensível. Os dois contextos – imunidades do Estado e imunidades do agente diplomático – são claramente distintos. No caso das imunidades diplomáticas, há uma Convenção de Codificação que reflete em grande parte e inquestionavelmente o próprio direito consuetudinário. O escopo e alcance das imunidades diplomáticas se explicam ou justificam por suas próprias necessidades funcionais, como ressaltei em ainda outro parecer³⁷, dado que o fiel desempenho de suas funções requer

³⁴ Cf. J.-F. Lalive, *op. cit.*, *supra* nº (27), p. 285-286.

³⁵ Nesse sentido, R. Higgins, *op. cit.*, *supra* nº (7), p. 35.

³⁶ Cf. A. A. Cançado Trindade. Parecer MRE – CJ/14, *A Questão da Imunidade de Jurisdição do Agente Diplomático em Matéria Trabalhista*, de 22.4.1986, p. 1-25.

³⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade. Parecer MRE – CJ/07, *A Proposta Cingapureana de Embaixador Itinerante à Luz do Direito Diplomático Contemporâneo*, de 21.11.1985, p. 1-14.

que o agente diplomático viva e opere em território estrangeiro. Assim, em nada surpreende que o *Act* australiano de 1985, por exemplo, não afete (seção 6), como não poderia deixar de ser, as imunidades diplomáticas.

23. No caso das imunidades do Estado, distintamente, a prática dos Estados tem sido até o presente inconclusiva e não-uniforme, e a jurisprudência nacional (comparada) tem apresentado oscilações e variações³⁸, o que requer particular cuidado e prudência no tratamento da matéria. Nesse quadro de imprecisão, é pouco provável que a reciprocidade seja remédio eficaz a reduzir as incertezas. Enquanto persistir a inexistência, em relação às imunidades do Estado, de consolidação da matéria (por meio de Convenção de Codificação, a exemplo do que ocorre com as imunidades diplomáticas) e de um critério *de direito internacional* geralmente aceito, as soluções de direito interno (e comparado) reterão sua relevância, os instrumentos legislativos continuarão a surtir efeitos, e os graduais avanços nesta área permanecerão marcados por um alto grau de empirismo.

Este, salvo melhor juízo, é o meu parecer.

Brasília, 7 de maio de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

³⁸ Recorde-se que, já em 1927, no *caso Lotus* (França *versus* Turquia), a Corte Permanente de Justiça Internacional expressara dificuldade em “discernir um indício de existência” de uma regra de direito internacional *lorsque la jurisprudence nationale est partagée*; J.-F. Lalive, *op. cit.*, *supra* nº (27), p. 252.

Proteção dos Refugiados no Direito Internacional e no Direito Interno. Determinação da Condição de Refugiado: Condições. Reserva Geográfica: Levantamento pelo Brasil.

PARECER

*A Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos:
a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiado
e a Questão do Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica*

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: Observações Gerais. 1. Proteção dos Refugiados: Interação dos Planos Internacional e Nacional. 2. Proteção dos Refugiados e Proteção Diplomática de Nacionais no Exterior: Distinções. 3. Proteção dos Refugiados e Proteção dos Asilados: Distinções. 4. Proteção dos Refugiados e a Questão dos “Estrangeiros Ilegais”: Distinções. 5. Proteção dos Refugiados no Direito Internacional Convencional e Consuetudinário. III. Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: Problemas Concretos. 1. A Determinação do Estatuto do Refugiado. 2. Concessão de Assistência Jurídica. 3. Cessaçao e Exclusão da Condição de Refugiado. 4. Levantamento das Reservas Temporal e Geográfica. IV. A Questão do Levantamento pelo Brasil da Chamada “Reserva Geográfica”.

I. *Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer*

Ao ratificar, em 1960, a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, optou o Brasil pela aplicação da restrição, de cunho geográfico, pela qual o reconhecimento da condição de refugiados se vincularia a eventos ocorridos “na Europa” antes da data limite consagrada na Convenção de 1951 (artigo 1 (B) (1)); em consequência, tal reserva geográfica veio restringir a aplicabilidade da referida Convenção no Brasil a refugiados de origem européia. Nos últimos anos têm-se levantado argumentos a favor e contra a manutenção de tal reserva. A matéria encontra-se no momento em estudo no Itamaraty. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a questão. Requer esta a mais cuidadosa consideração, porquanto está vinculada ao grau de obrigações por parte do Brasil à luz do disposto na Convenção de 1951.

2. É de todo necessário, antes de examinar o problema em apreço, situá-lo no quadro geral da proteção dos refugiados em seus aspectos jurídicos. Cabe aqui enfocar a interação entre os planos nacional e internacional e, no tocante a este último, entre o direito internacional convencional e costumeiro. Cumpre igualmente abordar as distinções entre, de um lado, a proteção dos refugiados, e, de outro, a de nacionais no exterior, de asilados, e a questão dos “estrangeiros ilegais”. A seguir, há que investigar os problemas concretos congêneres de proteção jurídica dos refugiados, a saber, a própria determinação do estatuto do refugiado, a concessão de assistência jurídica, a cessação e exclusão da condição de refugiado, e a questão do levantamento das reservas temporal e geográfica. O campo estará enfim, aberto ao exame do problema específico, em seus distintos aspectos, do levantamento pelo Brasil da chamada “reserva geográfica”, e à apresentação de minhas conclusões sobre a matéria.

II. *Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: Observações Gerais*

1. *Proteção dos Refugiados: Interação dos Planos Internacional e Nacional*

3. Os primeiros acordos, Convenções e providências relativos à proteção jurídica dos refugiados no plano internacional foram revistos, consolidados e substituídos pela Convenção de Genebra de 1951 relativa ao

Estatuto dos Refugiados¹ e seu Protocolo de 1967², seguidos, mais recentemente, pela Convenção da OUA de 1969 Regendo Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados na África³. Com efeito, desde que o conceito de “proteção internacional” dos refugiados tomou corpo, timidamente, após a Primeira Guerra Mundial⁴, desenvolvendo-se até os nossos dias, todo o trabalho nessa área vem sendo efetuado por órgãos internacionais em cooperação com os Estados contribuindo para mitigar e diminuir as incapacidades dos refugiados, de modo a não deixá-los como pessoas desprotegidas; dificuldades legais criadas pela ausência de nacionalidade ou de proteção (pelo governo do Estado de nacionalidade) têm às vezes resultado em incapacidades sérias dos refugiados e mesmo “discriminação não-intencional”, isto é, “discriminação pela operação normal dos dispositivos legais”⁵.

4. Desde 1951 (Convenção de Genebra), a definição geral de refugiado tem evoluído e se expandido, da concepção individualista inicial (o refugiado como vítima pessoal de perseguição) à noção mais ampliada e recente compreendendo não apenas os que se conformam à definição convencional de “refugiado”, mas também os que se encontram em situações análogas às dos refugiados (e.g., “vítimas de eventos ocasionados pelo homem” sobre os quais não tem controle, e sofrendo “privação resultando de transtorno súbito e separação de seus lares”)⁶. Subjacente a

¹ F.E. Krenz. The Refugee as a Subject of International Law, 15 *International and Comparative Law Quarterly*. 1966, p. 99; e cf. P. Weis. Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 Relating to the Status of Refugees, 30 *British Year Book of International Law*. 1953, p. 478-489.

² Texto in: *Collection of International Conventions, Agreements and Other Texts Concerning Refugees*. Genebra: ed. Office of the UN High Commissioner for Refugees, 1971, p. 28-59. Sobre a Convenção de 1954 relativa ao *status* dos apátridas, cf. observações de P. Weis. The Convention Relating to the Status of Stateless Persons, 10 *International and Comparative Law Quarterly*. 1961, p. 263-264 (sobre as categorias propostas de pessoas desprotegidas no direito internacional). Quanto ao processo para a determinação da qualidade de refugiado, cf., e.g., P. Weis. The Concept of Refugee in International Law/Le concept de réfugié en droit international, 87 *Journal du Droit International*. Clunet, 1960, p. 928-1001.

³ Sobre sua origem, trabalhos preparatórios, redação e caráter complementar (à Convenção de 1951), cf., E. Jahn. The Work of the Asian-African Legal Consultative Committee on the Legal Status of Refugees, 27 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1967, p. 122-138; P. Weis. The Convention of the Organisation of African Unity Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 3 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*. 1970, p. 449-464.

⁴ S. Aga Khan. Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons, 149 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1976, p. 328.

⁵ P. Weis. The International Protection of Refugees, 48 *American Journal of International Law*. 1954, p. 193-194.

⁶ S. Aga Khan, *op. cit.*, *supra* n° (4), p. 339-343.

esta evolução encontra-se o reconhecimento da necessidade de se estender assistência internacional às pessoas destituídas. A função de proteção internacional confiada ao Alto Comissariado da ONU para os refugiados⁷ (ACNUR), através de seu aspecto promocional, inclui atuação – direta ou indireta – “na criação e formulação do Direito dos Refugiados, tanto no nível nacional quanto internacional”⁸. Esta é uma característica fundamental de seu trabalho.

5. Na verdade, a proteção dos refugiados no direito internacional contemporâneo⁹ evidencia a dificuldade de se delimitar estritamente os níveis “nacional” e “internacional” de proteção. Nesse sentido, o próprio Alto Comissário da ONU, em declaração recente, observou que a proteção básica assegurada na legislação internacional, por exemplo, “é vital, pois fundamenta e é a base essencial de toda a estrutura da proteção internacional. Esta só pode operar como um complemento da proteção por parte das instituições internas (nacionais) do país de residência do refugiado”¹⁰.

6. No presente contexto, “exercita-se a proteção internacional nos níveis internacional¹¹ e nacional¹²”; a promoção e proteção dos direitos humanos dos refugiados têm se realizado no nível internacional pelo “estabelecimento de instrumentos internacionais ou incorporação de dispositivos especiais nos instrumentos internacionais gerais de proteção de direitos humanos específicos de refugiados”¹³. E, no nível nacional, verifica-

⁷ Cujo Estatuto foi estabelecido pela Resolução nº 428(V) da Assembléia Geral da ONU 14 de dezembro de 1950.

⁸ S. Aga Khan, *op. cit., supra* nº (4), p. 333. De certo modo, a proteção internacional no presente contexto apareceria como corolário da “aquisição pelos refugiados do *status* de sujeitos do direito internacional”; *ibid.*, p. 329.

⁹ Quanto a seu histórico e tentativas iniciais sob a Liga das Nações e as Nações Unidas, cf.: P. Weis. The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and Human Rights, 1 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*. 1968, p. 243-248.

¹⁰ S. Aga Khan, *op. cit., supra* nº (4), p. 330.

¹¹ E.g., contatos entre o Alto Comissariado e vários órgãos da ONU, agências especializadas, organizações regionais e intergovernamentais, “a fim de salvaguardar os interesses dos refugiados, em particular pelo estabelecimento de acordos internacionais para o aprimoramento de seu *status* ou a inclusão de dispositivos especiais em favor dos refugiados em instrumentos internacionais adotados no campo dos direitos humanos”. P. Weis, *op. cit., supra* nº (9), p. 249-250.

¹² Cf. considerações *infra*.

¹³ E.G., *inter alia*, o direito de liberdade de movimento, o direito a segurança social, o direito a assistência pública; P. Weis, *op. cit., supra* nº (9), p. 249-252.

se também “um reconhecimento crescente do *status* especial dos refugiados” (e.g., através da legislação interna sobre estrangeiros)¹⁴.

7. Os aspectos internacional e nacional da proteção dos refugiados também se refletem no fato de que a aplicação da Convenção de Genebra de 1951 resta primariamente com os Estados contratantes; “seus dispositivos integram-se no direito interno, e a pessoa que busca asilo é desse modo colocada em posição que lhe permite reivindicar seus direitos diante dos tribunais e autoridades nacionais competentes”¹⁵, não obstante o fato de ter o trabalho da ONU nessa área (através, e.g., de uma série de resoluções da Assembléia Geral) colocado a proteção dos refugiados formalmente no plano do direito internacional e visado o estabelecimento de um *standart* internacional de tratamento dos refugiados¹⁶.

2. *Proteção dos Refugiados e Proteção Diplomática de Nacionais no Exterior: Distinções*

8. Torna-se claro, pelo acima exposto, que a proteção dos refugiados distingue-se da proteção diplomática de nacionais no exterior. De início, verifica-se, na primeira, uma asserção dos direitos dos próprios refugiados¹⁷, cuja proteção visa remediar a situação derivada do fato de que aos refugiados “falta a proteção que geralmente é estendida aos nacionais no exterior pelo Estado de nacionalidade”; assim, é “questão debatível” tentar determinar se o refugiado tem direito a tal proteção, e, na realidade, deve-se antes ter em mente que “na medida em que a função de proteção se baseia em tratado, a agência ou órgão internacional encontra-se na obrigação em relação aos Estados-partes no tratado de conceder tal proteção”¹⁸.

9. Não se verifica aqui nenhuma ameaça ou utilização de medidas de retaliação, algumas vezes usadas pelos Estados para proteger seus próprios

¹⁴ Cf., o Estatuto Jurídico dos Alienígenas, da Holanda, de 13 de janeiro de 1965, e o Estatuto Jurídico dos Alienígenas, da República Federal da Alemanha, de 28 de abril de 1965, *cit. in ibid.*, p. 252, particularmente seus dispositivos especiais (relativos aos refugiados) dizendo respeito a seus “direitos de asilo e recursos especiais contra a expulsão e o retorno forçado ao país de origem”. Isto, naturalmente, se encontra diretamente relacionado ao princípio do *non-refoulement*, pelo qual os refugiados não podem em hipótese alguma ser expulsos ou enviados de volta a um país onde sua vida ou liberdade venha a correr perigo.

¹⁵ F.E. Krenz, *op. cit.*, *supra* nº (1) p. 112.

¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

¹⁷ P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (5), p. 219; P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (9), p. 249; S. Aga Khan, *op. cit.*, *supra* nº (4) p. 332.

¹⁸ P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (5), p. 218-219.

nacionais no exterior¹⁹. O caráter inevitavelmente discricionário da proteção diplomática é evidente; já a proteção internacional de refugiados, a seu turno, baseia-se “em resoluções de órgãos internacionais, em tratados multilaterais ou acordos bilaterais entre a agência e o Estado em questão”²⁰. Nesse contexto de proteção, o *status* jurídico dos refugiados (precário no direito internacional costumeiro) pode ser fortalecido “pelo estabelecimento de instrumentos internacionais ou adoção de legislação interna (nacional) apropriada”²¹, – uma função promocional a que já me referi acima.

3. *Proteção dos Refugiados e Proteção dos Asilados: Distinções*

10. A proteção tanto dos refugiados quanto dos asilados se dá em nossos dias à luz de instrumentos internacionais, distintamente da proteção diplomática discricionária de nacionais no exterior no contencioso diplomático interestatal. Na doutrina tem-se travado polêmica acerca da questão se o direito de asilo é um direito do Estado territorial soberano ou um direito do indivíduo²², polêmica até certo ponto ociosa, pois, em última análise, em qualquer caso “os verdadeiros beneficiários são os próprios perseguidos”, – ponto este ligado à questão fundamental do *status* dos indivíduos no direito internacional²³.

11. Mesmo à luz dos instrumentos internacionais vigentes sobre a proteção dos refugiados e o direito de asilo, subsiste porém, um elemento de discricionariedade – reduzidíssimo em comparação com a proteção diplomática de nacionais no exterior, esta em sua totalidade discricionária – na faculdade reservada ao Estado de reconhecer a condição de refugiado (do

¹⁹ S. Aga Khan, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 331.

²⁰ P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (9), p. 249; P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (5), p. 219, e cf. p. 193, 199 e 204.

²¹ P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (9), p. 249.

²² Cf. discussão In: e.g., P. Weis. The United Nations Declaration on Territorial Asylum, 7 *Canadian Yearbook of International Law*. 1969, p. 119-120.

²³ Cf., e.g., F.E. Krenz, *op. cit.*, *supra* nº (1), p. 91; cf. também, sobre o tema, P. Weis. The Present State of International Law on Territorial Asylum, 31 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de droit international*. 1975, p. 71-96; International Commission of Jurists, *The Application in Latin America of International Declarations and Conventions Relating to Asylum*. Genebra, ICJ. 1975, p. 1-64. Sobre a recente Conferência da ONU sobre o Asilo Territorial (Genebra, 10 de janeiro a 4 de fevereiro de 1977), cf.: ONU, documento A/CONF.78/12, *Report of the United Nations Conference on Territorial Asylum*. 1977, p. 2-70; ONU, documento A/32/12, suppl. nº 12, *Report of the UN High Commissioner for Refugees*. 1977, p. 5-6; e cf. Nota intitulada Diplomatic Conference on Territorial Asylum, *Review of the International Commission of Jurists*. Junho de 1977, nº 18, p. 19-24.

indivíduo em questão) ou de conceder o asilo. Esta faculdade subsiste no âmbito da própria regulamentação internacional da matéria.

12. A Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial (1954) reconhece certos direitos do asilado (artigos III, IV, VII, VIII), mas a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados parece ir mais além, ao dedicar uma série de artigos à própria situação jurídica (estatuto pessoal) do refugiado (artigos 12-34). A distinção mais significativa, no entanto, entre a proteção dos refugiados e dos asilados, reside nos *elementos causais*. Enquanto, e.g., o asilo territorial se estende aos perseguidos basicamente por questões políticas (que possam ser consideradas “delitos políticos” – artigo II da Convenção de Caracas de 1954), o instituto do refúgio cobre – ou visa cobrir – toda pessoa que tenha “temor justificado” de ser perseguida por “motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” (artigo 1 (A) (2) da Convenção de 1951)²⁴. É esta uma concepção mais ampla e global do que a referente ao asilado. É de se observar que foi intencional a introdução do elemento ou critério subjetivo – “temor justificado” de perseguição – na Convenção de 1951, ponto este que está ligado à questão fundamental da própria determinação ou qualificação do *status* ou condição de refugiado, que examinarei mais adiante (cf. *infra*).

4. *Proteção dos Refugiados e a Questão dos “Estrangeiros Ilegais”: Distinções*

13. A condição dos refugiados não se presta a analogia com a dos chamados estrangeiros ou imigrantes “ilegais”, vez que é regulamentada por instrumentos internacionais (além da legislação nacional em diversos países) e sujeita à supervisão de órgãos internacionais (no caso, o ACNUR ou outra instituição das Nações Unidas, consoante o artigo 35(1) da Convenção de 1951). Os próprios refugiados podem, naturalmente, encontrar-se por circunstâncias diversas em situação irregular no país de refúgio, “chegando diretamente ao território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada”, mas, neste caso, os Estados-partes na Convenção de 1951 “não [lhes] aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares”,

²⁴ Para um estudo deste ponto, cf., e.g., H. Gros Espiell. *El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados, Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*. México: Unam, 1982, p. 43 e 64-65.

contanto que “se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares” (artigo 31(1)).

14. As autoridades nacionais não terão necessariamente que autorizar sua permanência no país, podendo-se cogitar de outro país de refúgio (artigo 31(2)), – mas aplica-se aqui de todo modo o princípio do *non-refoulement*. O benefício do artigo 31 da Convenção de 1951 se estende, assim, aos *bona fide asylum-seekers*, na pendência de determinação formal da condição ou *status* de refugiado²⁵. A questão levantada é a da própria regularização do *status* de refugiado, que realça a necessidade de adoção de legislação interna nos diversos países que reconheça e defina com clareza a condição do refugiado em seus aspectos jurídicos, seguida de um estudo sistemático em base comparativa da legislação interna que tenha sido e venha a ser adotada nos diversos países sobre a matéria²⁶.

5. *Proteção dos Refugiados no Direito Internacional Convencional e Consuetudinário*

15. Do acima exposto vê-se que os refugiados constituem uma categoria (de indivíduos) reconhecida e definida pelo direito internacional, e como tal a desfrutar de um padrão de tratamento superior à dos chamados imigrantes ou estrangeiros “ilegais”²⁷. Na proteção dos refugiados verifica-se uma interação não apenas dos planos nacional e internacional (como já visto), mas também, no âmbito deste último, do direito internacional convencional assim como consuetudinário. Assim, e.g., tem-se atentado para o problema segundo o qual “o direito do indivíduo a admissão como refugiado político pode ser mais precário no direito internacional convencional do que no costumeiro”, pois, enquanto, por um lado, continuam os Estados a admitir constantemente novos refugiados em demonstração de “verdadeiro espírito humanitário do século XX”, por outro lado eles “teimosamente se opõem aos esforços para registrar por escrito tal situação”²⁸.

²⁵ G.S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 158-159 e 83-84.

²⁶ H. Gros Espiell, *op. cit.*, *supra* nº (24), p. 71.

²⁷ G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, *supra* nº (25), p. 19 e 103, e cf. p. 216.

²⁸ F.E. Krenz, *op. cit.*, *supra* nº (1), p. 108.

16. As circunstâncias difíceis que normalmente cercam os refugiados só se atenuarão se o Estado que concede refúgio adotar “dispositivos especiais regulando seu *status* e capacidade jurídica”²⁹. Como exemplo de dificuldades práticas, recorde-se que, até 1977, não havia o Japão ratificado a Convenção de 1951, que – como se sabe – incorpora o princípio do *non-refoulement*; em consequência, em caso recente atinente ao Japão, “os reclamantes tiveram que se basear no princípio costumeiro da não-extradição de transgressores políticos, e não no princípio do *non-refoulement*, por ser este último uma regra convencional ainda não aceita pelo Japão como uma questão de direito”³⁰. O caso fornece ilustração pertinente da interação – na proteção dos refugiados – entre o direito internacional convencional e o consuetudinário.

17. Não posso, porém, deixar de acrescentar que o próprio princípio do *non-refoulement* apresenta *per se* aspectos tanto de direito internacional convencional quanto costumeiro, assim como a proteção dos refugiados em geral: é certo que reconhecimento da existência de uma categoria de refugiados acarreta consequências jurídicas para os Estados (também em relação ao *non-refoulement*), mas, como já bem se ressaltou,

*the fundamental rights of refugees are firmly entrenched in general international law, while questions of their standard of treatment (for example, after admission and pending a solution) either are covered by treaty or are affected by norms developing under the pressure of recent State practice*³¹.

Em definitivo, também no presente capítulo do direito internacional – proteção dos refugiados – se verifica a interação entre as obrigações decorrentes de tratados e as que emergem da própria prática generalizada dos Estados (costume internacional)³².

²⁹ *Ibid.*, p. 109-110.

³⁰ S. Murase. The Status of Political Refugee in Japan, 71 *Proceedings of the American Society of International Law*. 1977, p. 157-158. - Para dados recentes divulgados pelo Alto Comissariado, cf. ONU, documento A/32/12/Add.1, supl. n.º 12A, *Adición al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. 1977, §§ 37-53, p. 10-16.

³¹ G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, *supra* n.º (25), p. 73 e 224.

³² Cf. e.g., R.R. Baxter. *Treaties and Custom*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1970, – I, p. 31-104.

III. *Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: Problemas Concretos*

1. *A Determinação do Estatuto do Refugiado*

18. Não surpreendentemente, o desempenho da tarefa de proteção dos refugiados não raro se defronta com problemas concretos de natureza jurídica, a começar pela definição do próprio termo “refugiado”. Como exemplo do enfoque estritamente jurídico, o próprio Alto Comissário da ONU referiu-se recentemente a sua dupla função de *redresser of wrongs* e *perpetual petitioner*³³. Com efeito, como a Convenção de 1951 deixa de indicar o procedimento a seguir para a determinação do estatuto do refugiado, fica a cargo de cada Estado-parte a determinação de tal procedimento à luz de seu direito constitucional e estrutura administrativa interna³⁴, em clara ilustração da interação entre os planos internacional e nacional no exercício da proteção (cf. *supra*). Do ponto de vista da aplicação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, a determinação do estatuto do refugiado não visa atribuir a qualidade de refugiado, mas antes constatar a existência de tal qualidade: “*Une personne ne devient pas réfugié parce qu’elle est reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu’elle est réfugié*”³⁵.

19. A chave da definição figura no elemento do “temor justificado de perseguição”, que – na ausência de definição universalmente aceita de “perseguição” e de uniformidade de interpretação do termo – revela o elemento deliberadamente *subjetivo* da operação: a determinação da qualidade de refugiado volta-se, assim, antes a uma avaliação das declarações do indivíduo em questão do que a um juízo pretensamente objetivo da situação prevalecente no país de origem³⁶.

20. A par da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 (dentre outros instrumentos regionais), há ainda o próprio Estatuto do ACNUR³⁷, igualmente de relevância à questão da determinação do estatuto do refugiado. A definição sob o Estatuto, semelhante à da Convenção de 1951, é, porém,

³³ S. Aga Khan, *op. cit.*, *supra* n° (4), p. 335.

³⁴ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le Statut de Réfugié*. Genève: HCNUR, 1979, p. 49.

³⁵ *Ibid.*, p. 9.

³⁶ Cf. *ibid.*, p. 11-15.

³⁷ Em anexo à Resolução n° 428(V) de 1950 da Assembléia Geral da ONU; cf. texto in: UNHCR, *Collection of International Instruments Concerning Refugees*, 2. ed., Geneva: 1979, p. 5-9.

mais ampla, estendendo-se às vítimas de “conflitos internos”, exercendo-se o mandato do Alto Comissário sem a aplicação das reservas temporal e geográfica (cf. *infra*). Distinguem-se, pois, os critérios para reconhecimento do *status* de refugiado do ACNUR e da Convenção de 1951, daí resultando as categorias de refugiados *résultant du mandat* (do Alto Comissário) e os *résultant de la Convention* (de 1951)³⁸. E, como já visto, os critérios para reconhecimento pelos órgãos internacionais da condição de refugiado distinguem-se dos que instruem a decisão do país em questão de reconhecer ou não a condição de refugiado. Assim, por exemplo, um refugiado pode ser reconhecido pelo ACNUR (à luz de seu Estatuto, sob critérios não necessariamente coincidentes com os da Convenção de 1951), independentemente de o país em que se encontra reconhecê-lo ou não como tal.

21. Há, enfim, que registrar a figura do refugiado *sur place*³⁹. Resulta da definição da Convenção de 1951 (artigo 1) que o indivíduo em questão tenha que se encontrar fora de seu país de nacionalidade. Nem por isso encontra-se ele impossibilitado de pleitear o reconhecimento da condição de refugiado *depois de algum tempo* de residência no exterior, e.g., em razão de eventos supervenientes em seu país de origem durante sua prolongada ausência. Isto vem uma vez mais demonstrar a necessidade do exame da matéria à luz das circunstâncias do *cas d'espèce*.

2. *Concessão de Assistência Jurídica*

22. Os procedimentos para a determinação do estatuto do refugiado e concessão de residência – onde existem – assim como o alcance das funções do ACNUR perante as autoridades nacionais variam de país a país⁴⁰. A concessão de assistência jurídica gratuita pode vir a tornar-se necessária para a asserção e salvaguarda dos direitos humanos dos refugiados; com efeito, por meio de um limitado programa de assistência jurídica (dentro de seu programa de assistência material), complementar a suas atividades de proteção, o ACNUR fica capacitado a “auxiliar organizações não-governamentais de ajuda a refugiados na concessão de assessoria jurídica e assistência a refugiados

³⁸ HCNUR, *Guide...*, *op. cit.*, *supra* nº (34), p. 6.

³⁹ Cf. *ibid.*, p. 23-24.

⁴⁰ Para um levantamento recente, cf. G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, *supra* nº (25), p. 165-211.

ou a permitir que refugiados indigentes retenham advogados no transcorrer do processo”⁴¹.

23. Poderia um Estado argumentar que tal assistência material, provindo de fontes no exterior, constituiria uma intervenção em seus assuntos internos? Em princípio, poder-se-ia opor a tal argumento com base em dois fundamentos: primeiramente, as alegações de domínio reservado dos Estados evoluíram dentro de relações essencialmente interestatais, tornando-se próprias a estas últimas⁴²; em segundo lugar, ao fornecer assistência jurídica aos refugiados, tais fontes (quer se encontrem ou não no exterior) estão os auxiliando a obedecer o preceito da utilização das possibilidades de direito interno e recurso às autoridades nacionais na busca do reconhecimento e asserção de seus direitos⁴³.

3. *Cessação e Exclusão da Condição de Refugiado*

24. As chamadas cláusulas de “cessação” (Convenção de 1951, artigo 1, seção C, §§ 1-6) enumeram as condições em que um indivíduo deixa de ser refugiado, a saber: se voltou voluntariamente a valer-se da proteção do país de que é nacional; se, havendo perdido a nacionalidade, a recuperou voluntariamente; se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; se se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido; se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado, não pode mais continuar a recusar valer-se da proteção do país de que é nacional; e se – em caso de apátrida, – por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado, está em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual.

⁴¹ P. Weis, *op. cit.*, *supra* nº (9), p. 252-253.

⁴² 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, p. 715-765; A. A. Cançado Trindade. Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: a Comparative Analysis, 16 *Indian Journal of International Law*. 1976, p. 123-158.

⁴³ Mas há que se admitir que a situação possa complicar-se e gerar outras dificuldades quando, por exemplo, tais alegações de domínio reservado dos Estados vierem a ser interpostas por porta-vozes de um país recentemente emancipado contra fontes provenientes dos antigos poderes coloniais.

25. Há, ademais, as chamadas cláusulas de “exclusão” (Convenção de 1951, artigo 1, seções D, E e F), pelas quais certas pessoas em determinadas circunstâncias não podem se beneficiar do estatuto de refugiado, a saber: pessoas que já se beneficiam de proteção ou assistência da parte das Nações Unidas; pessoas que não são consideradas (pelas autoridades do país em que já instalaram residência) como requerendo proteção internacional, i.e., que já tenham os direitos e obrigações relacionados com a posse de nacionalidade de tal país; e pessoas que se considere como não devendo se beneficiar de proteção internacional (em razão, e.g., de crimes de guerra ou contra a humanidade, crimes de direito comum, atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas)⁴⁴.

4. *Levantamento das Reservas Temporal e Geográfica*

26. A Convenção de 1951 estabeleceu dois tipos de restrições, um de natureza *temporal* e outro de caráter *espacial* ou geográfico. Pela primeira, o reconhecimento da condição de refugiados se prendia a eventos ocorridos “antes de 1º de janeiro de 1951” (artigo 1(A)(2)). Com o passar do tempo e o surgimento de novos problemas de refugiados, impôs-se a necessidade da aplicação da Convenção de 1951 aos “novos” refugiados. A superação da restrição temporal (*supra*) deu-se com o Protocolo de 1967, que aboliu a data limite de 1º de janeiro de 1951⁴⁵.

27. Pela segunda restrição, de cunho geográfico, o reconhecimento da condição de refugiados se ligava a eventos ocorridos “na Europa” antes da data limite consignada na Convenção de 1951 (artigo 1(B)(1)). Tal reserva geográfica – para os Estados que a aplicaram – veio restringir a aplicabilidade da Convenção a refugiados de origem europeia. Os países signatários da Convenção de 1951, porém, em sua grande maioria, já levantaram ou revogaram a restrição geográfica acima; na América do Sul, apenas o Brasil e o Paraguai a mantêm, e alhures, ao início da década de 1980 tão-somente

⁴⁴ Há, ademais, que considerar casos especiais, e.g., refugiados de guerra (à luz das Convenções de Genebra de 1949 sobre Proteção das Vítimas de Guerra e Protocolo Adicional de 1977), desertores e “objetores de consciência”, e pessoas que tenham recorrido à força ou perpetrado atos de violência; cf. ACNUR, *Guide...*, *op. cit.*, *supra* nº (34), p. 43-46.

⁴⁵ Observe-se que, embora ligado à Convenção de 1951, o Protocolo de 1967 é, no entanto, “um instrumento independente, ao qual os Estados podem aderir sem ser partes à Convenção”; ACNUR, *Guide...*, *op. cit.*, *supra* nº (34) p. 4.

Itália, Turquia, Mônaco, Madagascar e Malta a sustentavam⁴⁶. Mesmo assim, o Governo italiano, ao ser assegurado pelo representante do ACNUR na Itália de que um determinado indivíduo recai sob o mandato do ACNUR, tem permitido sua permanência na Itália na pendência de encontrar refúgio em algum outro país; além disso, apesar da reserva geográfica, o Governo italiano tem concedido *status* de refugiado (sob a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967) a certos grupos de refugiados não-europeus admitidos na Itália⁴⁷.

IV. *A Questão do Levantamento pelo Brasil da Chamada “Reserva Geográfica”*

28. Como o Brasil é parte tanto à Convenção de 1951 quanto ao Protocolo de 1967, não mais se coloca em relação a nós a questão da reserva temporal, abolida – como já visto – pelo Protocolo (cf. *supra*). Assim, a questão com que ora nos defrontamos é precisamente a do levantamento ou não pelo Brasil da cláusula da reserva geográfica supracitada. Tem sido ela objeto de estudo no Itamaraty nos dois últimos anos⁴⁸: urge se chegue agora a uma decisão sobre a questão. À luz do acima exposto, passo a reconsiderar os argumentos avançados em justificativa da posição do Brasil, até o presente, de manutenção da reserva geográfica.

29. Tem-se alegado que a Convenção de 1951, que faculta a reserva geográfica, volta-se ao problema específico da Europa do pós-guerra e não há de aplicar-se em quaisquer outras circunstâncias que envolvam deslocamentos significativos de agrupamentos humanos. Tem-se, no entanto, verificado nas últimas décadas, um grande esforço, a nível global assim como regional, no sentido de estender proteção também aos “novos” refugiados, no que se constata uma interação entre os planos nacional e internacional e, no âmbito deste último, entre o direito internacional convencional e consuetudinário (cf. *supra*). Como visto, desde seus primórdios (após a Primeira Guerra Mundial) até nossos dias, os experimentos de proteção dos refugiados vêm-se defrontando com diversos problemas de caráter jurídico

⁴⁶ Cf. G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, *supra* nº (25), p. 150 nº 5.

⁴⁷ Cf. *ibid.*, p. 195.

⁴⁸ Cf., particularmente, MRE, memorando DNU/15, de 16.2.1984, e despachos (posição contrária ao levantamento da reserva); e memorando DNU/102, de 21.8.1985, e despachos (posição favorável ao levantamento da reserva).

(vistoriados acima), a começar pela própria determinação do estatuto do refugiado; não obstante, a evolução geral tem sido no sentido de uma extensão ou ampliação da noção de refugiados, para reduzir ao mínimo possível o número das vítimas desprotegidas de eventos causados pelo próprio homem. Assim, em perspectiva histórica, a cláusula da reserva geográfica da Convenção de 1951 mostra-se como um expediente anacrônico e sua manutenção equivaleria a uma visão estática e ultrapassada da realidade internacional.

30. Tem-se argumentado que o levantamento da cláusula de reserva geográfica levaria a pressões futuras sobre o Brasil, não apenas por parte do ACNUR como órgão supervisor (artigo 35 da Convenção de 1951), como também por parte de países recipiendários de grandes fluxos de refugiados que buscariam compartilhar este ônus com o Brasil; recorda-se, a propósito, que países latino-americanos como México, Venezuela, Cuba, Guiana e Honduras sequer assinaram a Convenção de 1951, e a Colômbia é parte à Convenção de 1951, mas não ao Protocolo de 1967. A esse respeito, um enfoque excessivamente formalista do problema poderia levar a distorções: pode bem ocorrer que um determinado país, embora não-signatário da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, estabeleça uma sistemática *interna* bem estruturada para o tratamento da questão dos refugiados (valeria examinar, e.g., a experiência do México e da Venezuela a respeito). O problema dos refugiados existe *de fato*, independentemente da existência dos instrumentos internacionais sobre a matéria: a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 visam precisamente *regulamentá-lo*. Ainda que um Estado não seja signatário sequer da Convenção de 1951, nem por isso ver-se-á livre do problema: é o atual caso, e.g., de Honduras, não-signatário da Convenção, país em que não obstante se estima haver hoje milhares de refugiados. Não há país que não se preocupe com a possibilidade ou risco de fluxo em massa de refugiados: a existência de uma clara estrutura normativa – a níveis tanto interno quanto internacional – só poderá ajudar os Estados na solução do problema.

31. Tem-se, enfim, objetado que um número elevado de refugiados de diversas regiões – se admitidos nessa condição em território nacional – poderia causar impacto negativo no mercado de trabalho interno, aumentando a concorrência, agregando-se os refugiados aos nacionais desempregados, e agravando os já sérios problemas sociais. Seria irrealista, se não irrisório, pretender que as cifras recentes e atuais de refugiados em trânsito

no Brasil poderiam contribuir para agravar os nossos problemas sociais; a culpa não está nas estrelas⁴⁹... A Divisão das Nações Unidas do Itamaraty já deixou registro de que, desde 1977, a média anual de refugiados em trânsito em território brasileiro tem sido de 201, com

clara tendência decrescente dessa cifra, em boa parte devido ao processo de redemocratização dos países sul-americanos. Assim sendo, em 1984 foram registrados somente oitenta casos de refugiados em trânsito no Brasil⁵⁰.

32. Contudo, é legítima preocupação de todo governo a preservação das boas condições do mercado de trabalho ante qualquer medida de que lhe possam advir conseqüências adversas. Mas esta justa preocupação não deve ceder a exageros. Sobre o problema em apreço, mesmo em termos de projeção para o futuro, a unidade competente no Itamaraty para se pronunciar sobre este aspecto específico, a Divisão de Imigração, já opinou que “não tem fundamento a alegação de que o mercado de trabalho brasileiro seria invadido por refugiados, se fosse retirada a reserva geográfica”, mesmo porque o Estado signatário da Convenção de 1951 “não é obrigado, em nenhum momento, a reconhecer um refugiado como tal. O ACNUR pode reconhecer o refugiado nessa qualidade, submeter seu caso ao Governo brasileiro, e nós não aceitarmos as alegações do interessado”⁵¹. Nesse caso, permaneceria o refugiado em trânsito, como “refugiado mandatário” (cf. *supra*), até o ACNUR conseguir outro país disposto a acolhê-lo. Acrescentou a Divisão de Imigração do MRE que o número de “estrangeiros ilegais” ou clandestinos no Brasil, “incorporados de uma maneira ou de outra ao mercado de trabalho”, é substancialmente superior ao de refugiados reconhecidos pelo ACNUR (e que poderiam eventualmente ser reconhecidos pelo Governo brasileiro), não sendo portanto lícito supor que estes últimos pudessem afetar o mercado de trabalho e oferta de empregos no Brasil⁵².

⁴⁹ *Men at some time are masters of their fates:*

The fault (...) is not in our stars,

But in ourselves (...).

– *Julius Caesar*, Ato I, Cena II, In: *The Complete Works of William Shakespeare*. Black's Readers, 1937, p. 862.

⁵⁰ MRE, memorando DNU/102, de 21.8.1985, p. 4.

⁵¹ MRE, despacho da DIM ao memorando DNU/102, de 21.8.1985, de 7.10.1985.

⁵² *Ibid.*

33. Com efeito, a Convenção de 1951 não consagra qualquer forma de automatismo de sua aplicação, mas faculta antes às autoridades nacionais de cada Estado signatário a decisão sobre a propriedade do pedido de refúgio no *cas d'espèce*. Aceita a Convenção de 1951 como um todo, são as autoridades nacionais que decidem (permanecendo o ACNUR como órgão de supervisão, à luz do artigo 35); não aceita a Convenção integralmente (i.e., mantida a reserva geográfica), o ACNUR continuará a atuar com base em seu Estatuto, reconhecendo o *status* de refugiado *résultant du mandat* (cf. *supra*), e persistirá a atual situação insatisfatória do ponto de vista jurídico de “tolerância provisória” por parte das autoridades nacionais dos casos avalizados pelo ACNUR. Verifica-se nestes que o refugiado permanece ou reside por tempo indefinido no país; esta visão pragmática do problema, além de não fornecer solução razoável ao mesmo, realça a atual precariedade da condição jurídica do refugiado no Brasil. A “transitoriedade” que marca o atual regime, resultante de um *modus vivendi* entre o ACNUR e o Departamento da Polícia Federal, poderia – e deveria – dar lugar a uma solução permanente com a aplicação integral da Convenção de 1951.

34. O levantamento da reserva geográfica haveria de fazer-se acompanhar de outras medidas, no âmbito do direito interno. Sabe-se, por exemplo, que o atual Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), que dispõe sobre a condição do asilado (título III), é no entanto omissa sobre a questão distinta do refúgio; poder-se-ia no futuro estabelecer aí as normas que viessem a reger os direitos e deveres dos refugiados (com o procedimento). Poder-se-iam introduzir condições (de controle), sob critérios bem definidos, e explorar caminhos, com a cooperação com o próprio ACNUR, e levando em conta a experiência jurídica e administrativa de outros países nesta área. A matéria requereria exame por parte de uma Comissão interministerial especializada (composta por representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, da Justiça e do Trabalho), – a exemplo do que se tentou ainda há pouco, por ocasião da última revisão do Estatuto do Estrangeiro (*infra*), – ao mesmo tempo em que se promoveria uma especialização da Polícia Federal (e sua Divisão de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras) para o atendimento de refugiados em zonas fronteiriças mediante um *procedimento* estabelecido pelas autoridades nacionais para as pessoas que cruzam as fronteiras alegando ser perseguidas.

35. Recentemente, procedeu-se no Ministério da Justiça à revisão do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80). O projeto do novo Estatuto do Estrangeiro, publicado no *Diário Oficial* de 10.4.1986 (p. 5170-5173), dispõe, no artigo 29, que

ao estrangeiro reconhecido como refugiado será fornecido documento de identidade (artigo 33), pelo prazo de 90 dias, prorrogável por até 90 dias, mediante comprovação de providências do Acnur para assentamento em outro país.

Findos os referidos prazos, será o estrangeiro deportado, salvo se lhe for concedido asilo (artigo 29, § 1º). E o artigo 30(II) estabelece a obrigação do refugiado registrar-se no Ministério da Justiça (e identificar-se pelo sistema datiloscópico) no prazo de 10 dias, contados a partir da data do reconhecimento de sua situação. Até aí vai o novo projeto, no tocante à condição dos refugiados no país. A formulação não é das mais felizes, porquanto, além das medidas administrativas restritivas, nada dispõe sobre a concessão do refúgio (no sentido da Convenção de 1951 de que o Brasil é parte). Ao limitar-se a explicitar a prática seguida nos últimos anos, estipulando prazos fixos e prevendo inclusive a deportação (artigo 29, § 1º) caso o ACNUR não consiga reassentar o refugiado em outro país nos prazos estipulados, e não regulando a concessão do refúgio, o novo projeto não atende ou reflete o espírito humanitário que inspira e rege a matéria, além de não resolver o problema.

36. O levantamento, pelo Brasil, da reserva geográfica, estaria longe de trazer-lhe encargos adicionais insuportáveis. As obrigações estão já contidas na Convenção de 1951, de que o Brasil é parte. Alguns dispositivos haveriam de merecer uma atenção especial, e.g., um trato mais cuidadoso ou privilegiado dos refugiados (em relação aos estrangeiros permanentes comuns) em aspectos como o da expulsão; a Convenção de 1951, porém, resguarda o interesse nacional dos Estados, quando, ao proibir em princípio a expulsão dos refugiados, admite exceções “por motivos de segurança nacional ou de ordem pública” (artigo 32). É menos difícil a expulsão de estrangeiros comuns, porquanto a legislação pátria prevê casos de expulsão de elementos tidos como nocivos e indesejáveis ao convívio nacional. Mesmo nos possíveis casos de expulsão de refugiados em razão de considerações de *ordre public*, poderiam as autoridades nacionais contar com a colaboração do ACNUR

para a reinstalação em outro país dos refugiados “indesejáveis”. O que a Convenção de 1951 veda é o rechaço de refugiados a país em que estariam sob ameaça (temor fundado) de perseguição (artigo 33), mas tal aplicação do princípio básico do *non-réfoulement* (cf. *supra*) não se limitaria apenas aos refugiados, e haveria de estender-se, *lato sensu*, a todos os estrangeiros, que não poderiam ser devolvidos a um país em que sua vida ou liberdade estaria em risco.

37. Atenção especial haveria igualmente de ser dada a certas providências administrativas. É o caso, e.g., da assistência administrativa, por parte das autoridades nacionais (locais), em contatos com as autoridades estrangeiras às quais o refugiado não pode recorrer (artigo 25); é igualmente o caso da expedição de documentos de identidade (artigo 27) e de viagem (artigo 28) para refugiados. Ora, a preocupação no Brasil com todas estas questões e medidas já existe, *de facto*, com base no *modus vivendi* entre o Departamento de Polícia Federal e o ACNUR. Por que então não regularizar a matéria, mediante a aplicação integral da Convenção de 1951 e medidas no âmbito do direito interno (com o estabelecimento de um procedimento – cf. *supra*), de modo a deixá-la regida pela tão desejável clareza das normas jurídicas?

38. A questão das obrigações do Brasil sob a Convenção de 1951 encontra-se intimamente ligada aos desenvolvimentos recentes da posição do Brasil em relação aos tratados humanitários em geral. Em longo Parecer que emiti em 16 de agosto de 1985, opinei favoravelmente à adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) de 1969 e aos Pactos das Nações Unidas de Direitos Cívicos e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Levei, para isto, em conta, uma série de fatores, a saber: a ativa participação do Brasil nos trabalhos preparatórios dos referidos tratados; o fato de que a adesão do Brasil àqueles tratados estaria inteiramente de acordo com a melhor doutrina e a verdadeira tradição jurídico-diplomáticas brasileiras; o fato de já ter o Brasil ratificado outros importantes tratados relativos a aspectos específicos da proteção dos direitos humanos (como, e.g., a Convenção de 1951 ora em estudo, a Convenção de 1948 sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966); o fato de que a adesão do Brasil àqueles tratados estaria inteiramente de acordo com a evolução do direito internacional

contemporâneo e a evolução favorável do quadro político interno do país e do continente. Relembrei que, também nesta área, os Estados contraem obrigações internacionais no exercício de sua soberania, e que esta não há de ser invocada como elemento de *interpretação* de tratados. Ponderei que os tratados humanitários têm buscado a compatibilização entre seus dispositivos e os de direito interno, consagrando métodos e técnicas que visam prevenir ou evitar conflito entre as jurisdições internacional e nacional. Observei que a adesão do Brasil àqueles tratados constituiria compromisso ou garantia adicional, já não só no plano nacional como também internacional, de efetiva proteção contra violação dos direitos humanos. Os argumentos estão pacientemente desenvolvidos no referido parecer⁵³; algumas das considerações acima, são, naturalmente, pertinentes e válidas igualmente para o levantamento pelo Brasil da reserva geográfica da Convenção de 1951.

39. No tocante à adesão do Brasil aos tratados humanitários (*supra*), o Itamaraty, antecipando-se a possíveis pressões do Congresso Nacional e outros grupos, após cuidadoso exame da matéria, tomou a iniciativa de remeter ao Senhor Presidente da República, em 29 de outubro de 1985, proposta de adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e projeto de Mensagem ao Congresso Nacional a respeito⁵⁴, e, em 22 de novembro de 1985, projeto de Mensagem ao Congresso Nacional sobre a adesão do Brasil aos dois Pactos das Nações Unidas de Direitos Humanos de 1966⁵⁵. Em 28 de novembro de 1985 o Senhor Presidente da República, em cerimônia no Palácio do Planalto, encaminhou ao Congresso Nacional as duas Mensagens⁵⁶, sobre a adesão do Brasil aos dois Pactos das Nações Unidas e à Convenção Americana. A matéria encontra-se no momento pendente no Congresso, em estudo.

40. A recente decisão do Governo brasileiro de aderir aos tratados supracitados de proteção dos direitos humanos é argumento adicional, e de

⁵³ A. A. Cançado Trindade. *O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil*, Parecer MRE-CJ/01, de 16.8.1985, p. 1-62. Cf. também o memorando do consultor jurídico ao Secretário-Geral do MRE (CJ/01, de 3.9.1985, p. 1-5) sobre a matéria.

⁵⁴ MRE, doc. DEA/DNU/SRC/CAI/CJ/138/SHUM-OEA, de 29.10.1985.

⁵⁵ MRE, doc. DNU/DEA/SRC/CAI/CJ/166/SHUM-ECOSOC-LOO, de 22.11.1985.

⁵⁶ Presidência da República, Mensagem nº 620, de 28.11.1985 (sobre a adesão do Brasil aos dois Pactos das Nações Unidas de Direitos Humanos de 1966), e Mensagem nº 621, de 28.11.1985 (sobre a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969).

grande peso, em favor do levantamento pelo Brasil da reserva geográfica da Convenção de 1951. Pelo Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos os Estados-partes se comprometem a assegurar a observância dos direitos consagrados no Pacto a “todos os indivíduos dentro de seu território e sujeitos a sua jurisdição, (...) sem distinção de qualquer tipo, tal como (...) opinião política ou outra, origem nacional ou social (...)” (artigo 2 (1)). Os Estados-partes se comprometem, neste propósito, a adotarem, quando necessário, medidas legislativas ou de outra natureza para implementar os direitos previstos no Pacto (artigo 2 (2)). Qualquer pessoa (*everyone*) que esteja “legalmente” dentro do território de um Estado tem resguardados “o direito a liberdade de movimento e a liberdade de escolher sua residência” (artigo 12 (1)), só se admitindo restrições em razão de *ordre public* (artigo 12 (3)); mesmo assim, no caso de estrangeiros em situação legal, a possibilidade de expulsão só é admitida se determinada de acordo com a lei, e sujeita a recurso para revisão pelas autoridades nacionais competentes, exceto em caso de *compelling reasons of national security* (artigo 13). Acrescenta o pacto o princípio da igualdade de todas as pessoas perante a lei, para desfrutar de igual proteção da lei sem qualquer tipo de discriminação (tal como, *inter alia*, com base em opinião política ou outra, origem nacional ou social – artigo 26).

41. A Convenção Americana de Direitos Humanos, a seu turno, igualmente se refere aos compromissos dos Estados-partes de observância dos direitos consagrados na Convenção de “toda pessoa” sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma (e.g., por motivos, *inter alia*, de “opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social” – artigo 1), e, quando necessário, de adoção das medidas legislativas ou de outro caráter para a implementação de tais direitos (artigo 2). A Convenção reconhece a igualdade de todas as pessoas perante a lei, em virtude da qual todas as pessoas “têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (artigo 24). A Convenção Americana dedica significativamente um artigo ao direito de circulação e de residência (artigo 22), que dispõe:

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*

2. *Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*

3. *El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*

4. *El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.*

5. *Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.*

6. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.*

7. *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.*

8. *En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.*

9. *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.*⁵⁷

Observe-se que o § 7º do artigo acima dispõe sobre o direito de buscar e receber asilo. Vai, assim, a Convenção Americana, mais além do que a Convenção de 1951 nesse particular, como – juntamente com o Pacto de Direitos Civis e Políticos – em relação a algumas das obrigações dos Estados-

⁵⁷ [Ênfase acrescentada].

partes acima transcritas. Por conseguinte, do ponto de vista jurídico a manutenção pelo Brasil da reserva geográfica da Convenção de 1951 seria, além de anacrônica, incompreensível.

Este, salvo melhor juízo, e o meu Parecer.

Brasília, 19 de maio de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Ata de Contadora e Protocolos Adicionais. Evolução; Questão da Assinatura. Alcance das Obrigações. Posição do Brasil.

PARECER

A Ata de Contadora Revisitada: Desenvolvimentos Recentes, os Quatro Protocolos Adicionais e a Posição do Brasil

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. Da Formalização do Grupo de Apoio a Contadora (Cartagena, Agosto de 1985) às Declarações de Caraballeda e da Guatemala (Janeiro de 1986). III. A Declaração de Punta del Este (Fevereiro de 1986) e as Reuniões Subseqüentes para a Criação de Comissão de Investigação da Fronteira entre Nicarágua e Costa Rica. IV. Considerações em torno da Natureza da Missão “Civil” Permanente de Investigação Fronteiriça. V. O Apoio a Contadora e a Superação da Questão de Possível Recurso a Mecanismos de Solução Pacífica no Seio de Organizações Internacionais. VI. Os Protocolos Adicionais à Ata de Contadora.

I. Delimitação do Objeto do Parecer

Volta a esta Consultoria a questão da Ata de Contadora – e Protocolos Adicionais – em seus aspectos jurídicos. O problema com que ora nos deparamos resume-se no seguinte: caso, na reunião que se aproxima do Grupo de Contadora e do Grupo de Apoio, programada para 6 de junho

próximo no Panamá, os cinco países centro-americanos vierem – como se anuncia – a finalmente assinar a Ata de Contadora, ver-se-á o Brasil, como membro do Grupo de Apoio a Contadora, diante da questão de assinar ou não o(s) Protocolo(s) Adicional(ais) à Ata; para isto, cumpre, desde logo, esclarecer o grau e alcance das obrigações que daí adviriam para o Brasil. Encaminha-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores consulta, em caráter de urgência, do Departamento das Américas do Itamaraty, de 27 de maio último, a esse respeito. No exíguo prazo de apenas quatro dias de que dispus para opinar sobre a questão, em esforço de síntese me ative aos aspectos propriamente jurídicos da matéria (desenvolvidos *infra*), em relação a sua evolução nos últimos meses.

2. Desde a última vez em que, consultado, emiti Parecer sobre a questão da Ata de Contadora (9 de setembro de 1985)¹, os eventos se desencadearam em ritmo particularmente acelerado, e o quadro geral que hoje se descortina é um tanto distinto do de nove meses atrás. Cumpre, assim, de início, vistoriar resumidamente a evolução da matéria nos últimos meses, e examinar, a seguir, a natureza da missão civil permanente de investigação (fronteiriça) recentemente proposta; o campo estará aberto enfim, para a consideração dos mecanismos de solução pacífica contemplados no processo de Contadora (Grupos de Contadora e de Apoio) em comparação com a experiência das organizações internacionais (ONU e OEA) nesta área, assim como do grau e alcance das obrigações consignadas nos quatro Protocolos Adicionais à Ata de Contadora.

II. *Da Formalização do Grupo de Apoio a Contadora (Cartagena, Agosto de 1985) às Declarações de Caraballeda e da Guatemala (Janeiro de 1986)*

3. Por ocasião das posses, em meados de 1985, do Presidente Alan Garcia do Peru e Victor Paz Estenssoro da Bolívia, os Chanceleres da Argentina, Brasil, Peru e Uruguai consultaram-se informalmente sobre a criação de um novo grupo de sustentação política ao Grupo de Contadora, o que veio a ser decidido em Lima. O Grupo de Apoio a Contadora formou-se, assim, em meio ao recrudescimento da posição do Executivo e Congresso

¹ A. A. Cançado Trindade. Parecer MRE-CJ/03, *Os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais e a Crise na América Central: Ata de Contadora, Documento de Tegucigalpa e Outras Gestões e Propostas de Paz*, de 9.9.1985, p. 1-23.

dos Estados Unidos em relação à crise centro-americana e aos incidentes fronteiriços recentes entre Costa Rica e Nicarágua. O Grupo de Apoio, tal como originalmente concebido, visava auxiliar e sustentar politicamente o Grupo de Contadora, em um esforço de revitalização do processo negociador, sem, no entanto, tomar iniciativas próprias.

4. Até então a posição do Brasil na crise centro-americana vinha se pautando pela aplicação dos princípios da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados e da autodeterminação dos povos; com a criação do Grupo de Apoio, formalizou-se a sustentação política do Brasil ao processo de Contadora. As circunstâncias ou fatores que levaram o Brasil em particular a ingressar no Grupo de Apoio a Contadora e engajar-se, assim, no processo negociador nunca foram suficientemente esclarecidas ou explicadas. O fato é que hoje, ao início de junho de 1986, sua participação no referido Grupo de Apoio parece irreversível, porquanto Contadora afigura-se hoje como a única iniciativa viável e real de paz na região e que desfruta de apoio generalizado a níveis regional assim como global; nem por isso, contudo, se justificaria, por dificuldades de ordem jurídica, uma simples aquiescência do Brasil em toda e qualquer proposta de ação que proviesse do Grupo de Contadora ou de seus parceiros no Grupo de Apoio (Argentina, Peru e Uruguai).

5. Com efeito, tão logo formalmente constituído o Grupo de Apoio a Contadora, na Reunião de Cartagena de 23-25 de agosto de 1985, ficou claro que Argentina, Peru e Uruguai se empenhavam em “amalgamar” os Grupos de Contadora e de Apoio, em um único “Grupo dos Oito”. Tendo participado da Reunião de Cartagena, como assessor do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores e do Senhor Chefe do Gabinete, bem me recorde de nossos esforços nos prolongados debates para preservar a identidade própria do Grupo de Apoio, graças aos quais o comunicado resultante da Reunião de Cartagena, firmado pelos Chanceleres do Grupo de Contadora, assim como do Grupo de Apoio (mantida a distinção), fixou as tarefas propriamente de sustentação política (e não de iniciativas e atividades operacionais) do Grupo de Apoio, a saber, intercâmbio de informações, consultas, gestões diplomáticas com vistas à conclusão, assinatura e implementação da Ata de Contadora². Prevalecera, assim, a tese sustentada com insistência pelo Brasil.

² Documento reproduzido. In: MRE, Circular Postal nº 8.392, p. 1-6.

6. Nos meses seguintes, no entanto, com a frequência de encontros entre os Chanceleres dos Grupos de Contadora e de Apoio, reforçaram-se tendências de diluir a distinção entre os dois Grupos e prever atividades operativas comuns. Após as Reuniões no Panamá (setembro de 1985) dos Chanceleres do Grupo de Contadora e dos países centro-americanos e na Ilha de Contadora (outubro de 1985) dos Plenipotenciários centro-americanos, resultou claro que as dificuldades maiores levantadas pela Ata de Contadora diziam respeito às manobras militares internacionais e à limitação, redução e controle de armamentos e efetivos militares. A próxima reunião conjunta do Grupo de Contadora e Grupo de Apoio ocorreu em Caraballeda, Venezuela, em 11-12 de janeiro de 1986, com o propósito de evitar um esvaziamento diplomático e impulsionar o processo negociador. A “Mensagem de Caraballeda para a Paz, Segurança e Democracia na América Central”, resultante da reunião, redefiniu as bases permanentes de paz na América Central, após 36 meses de negociações (e.g., solução latino-americana, não-intervenção e autodeterminação, democracia pluralista, integridade territorial, não-presença de armamentos ou bases militares que ponham em risco a paz e segurança na região, não-realização de ações militares que impliquem agressão aos demais países e ameacem a paz na região). Dentre as ações previstas pela Mensagem figuraram a assinatura da Ata de Contadora, o congelamento da aquisição de armamentos e diminuição do programa, a suspensão de manobras militares internacionais, a gradual eliminação de assessores militares estrangeiros, o compromisso de não-agressão.

7. A Mensagem de Caraballeda foi além do Comunicado de Cartagena: por ela, puseram-se de acordo os países do Grupo de Contadora, *com a colaboração requerida do Grupo de Apoio*, a iniciar prontamente gestões diplomáticas para lograr adesões explícitas às bases e ações consignadas na Mensagem. Para incrementar o processo negociador, os países-membro do Grupo de Contadora, *com o respaldo do Grupo de Apoio* ofereceram seus bons ofícios. Concluiu a Mensagem de Caraballeda que *os oito chanceleres* decidiam desenvolver todos seus esforços com vistas à “aceleração das negociações” conducentes à pronta assinatura da Ata de Contadora. Dois dias depois, em 14 de janeiro de 1986, os Chanceleres centro-americanos assinaram a Declaração de Guatemala, de adesão às teses da Mensagem de Caraballeda. Foi esta última encaminhada (pelos Embaixadores dos países dos Grupos de Contadora e de Apoio) aos Secretários-Gerais da ONU e da

OEA, e amplamente divulgada. Em 10 de fevereiro de 1986 reuniram-se os Chanceleres dos Grupos de Contadora e de Apoio, em Washington, com o Secretário de Estado norte-americano, para dar seguimento, dentro do processo negociador, às ações previstas na Mensagem de Caraballeda.

III. *A Declaração de Punta del Este (Fevereiro de 1986) e as Reuniões Subseqüentes para a Criação de Comissão de Investigação da Fronteira entre Nicarágua e Costa Rica*

8. A próxima reunião conjunta dos Grupos de Contadora e de Apoio teve lugar em Punta del Este, em 27-28 de fevereiro de 1986. No Comunicado Final da reunião decidiu-se pela criação de uma “Comissão Civil de Observação, Prevenção e Inspeção na Fronteira entre Nicarágua e Costa Rica”, dotada de “meios técnicos e logísticos indispensáveis para seu funcionamento”, com a gestão a cargo do Grupo de Contadora, *com a colaboração do Grupo de Apoio*. Ao início de 1986 (Caraballeda e Punta del Este), portanto, se “amalgamaram” os Grupos de Contadora e de Apoio, mas ainda há tempo, no presente estágio do processo negociador, para se definirem, com maior clareza, as distintas atribuições dos integrantes de um e de outro Grupos.

9. Pouco depois da Reunião de Punta del Este, tiveram lugar os encontros de Manágua (24 de fevereiro de 1986) e San José (12 de março seguinte) dos Vice-Chanceleres de Nicarágua e Costa Rica, ao final dos quais os dois países firmaram, em San José, em 12 de março de 1986, um Acordo para o Estabelecimento de uma Comissão Permanente para Investigação e Inspeção de Incidentes na Fronteira dos dois Países. O referido Acordo bilateral prevê que se trata de missão “civil” permanente, com a ajuda, porém, de assessores “tecnicamente qualificados em defesa e segurança” (artigo I(1)); no tocante a sua estrutura, uma Comissão Executiva seria composta por representantes dos países participantes Costa Rica, Nicarágua, os do Grupo de Contadora e os do Grupo de Apoio, e um Grupo de Inspeção e Observação seria composto por “assessores em defesa e segurança” dos países de Contadora e do Grupo de Apoio (artigo IV(1)).

10. A decisão foi de ordem nitidamente preliminar, mesmo porque, juridicamente, um acordo bilateral entre Nicarágua e Costa Rica não pode

obrigar os países dos Grupos de Contadora e de Apoio – *res inter alios acta*. Nos preparativos da última reunião conjunta dos Grupos de Contadora e de Apoio, realizada no Panamá, em 5-7 de abril de 1986, a matéria foi objeto de atenção, do que dão conta documentos circulados ao início da última Reunião do Panamá. Atentavam estes para a necessidade de precisar, por acordo, a participação das partes do Grupo de Contadora e do Grupo de Apoio naquela missão civil permanente, que realizaria um reconhecimento da zona fronteiriça em apreço; caberia, igualmente, proceder ao “anúncio formal” dos Grupos de Contadora e de Apoio de participar, “segundo as modalidades que determinem cada um dos países ou os dois Grupos em conjunto” que integram a referida missão.

11. Com efeito, o Comunicado do Panamá, de 7 de abril último, sobre este particular anunciou que a missão civil de investigação e inspeção de incidentes fronteiriços entre Costa Rica e Nicarágua realizaria, com a participação de representantes de “*cada um*” dos dois Grupos, de Contadora e de Apoio, um reconhecimento geral da fronteira entre os dois Estados em abril de 1986. O principal ponto do Comunicado do Panamá foi, no entanto, o convite formulado aos cinco governos centro-americanos a prosseguir nas negociações sobre “os dois únicos aspectos pendentes da Ata de Contadora, isto é, controle e redução de armamentos e manobras militares internacionais, com base nas propostas apresentadas pelo Grupo de Contadora”, até o dia 6 de junho de 1986, quando os cinco países centro-americanos se reuniriam na cidade do Panamá para “dar oficialmente por concluída a negociação do texto da Ata de Contadora e proceder a sua formalização”.

12. Ainda há pouco, teve lugar em Esquipulas, Guatemala, reunião conjunta dos cinco presidentes centro-americanos, de que resultou a Declaração de Esquipulas de 25 de maio de 1986. A Declaração reitera a necessidade da assinatura da Ata de Contadora como passo fundamental no atual estágio do processo negociador, sem o que as demais iniciativas perdem muito de sua eficácia. O ponto principal da Reunião de Esquipulas, no entanto, consignado na Declaração (parágrafo 3), residiu na decisão dos presidentes centro-americanos de formalizar a criação do Parlamento Centro-Americano (não entrando, porém, nos detalhes de sua instituição, que ficarão a cargo de uma comissão). Na mesma Reunião registrou-se a declaração de Honduras e El Salvador de submeter seu diferendo territorial a decisão da Corte

Internacional de Justiça³. Este o estágio de evolução geral da matéria em que nos encontramos no momento presente.

IV. *Considerações em torno da Natureza da Missão “Civil” Permanente de Investigação Fronteiriça*

13. A criação, em 12 de março último, da Comissão Executiva e do Grupo de Inspeção e Observação (de incidentes fronteiriços entre Nicarágua e Costa Rica), pareceu, não sem razão e em boa hora, despertar a atenção do Itamaraty para as implicações de uma questão que transcende o âmbito das relações bilaterais entre Costa Rica e Nicarágua. No dia seguinte (13 de março), em telegrama a nossa Delegação junto à OEA em Washington, a Secretaria de Estado, com toda propriedade, externou “cautela” quanto à constituição da Comissão de Observação e Inspeção e “reticências fortes a que nela participe diretamente pessoal brasileiro”⁴. Quatro dias depois (17 de março), a Secretaria de Estado, em telegrama a nossa Missão junto à ONU, ponderou que as propostas que vinham de ser aprovadas em San José suscitavam “numerosas questões de caráter político e, no que diz respeito ao Brasil, mesmo de âmbito constitucional”; a participação do Brasil na referida missão civil permanente levantava “complexas questões, inclusive pelo mecanismo imaginado de uma Comissão Civil dotada de assessores ‘competentes em matéria de paz e segurança’”, pelo que tornavam-se “indispensáveis consultas internas a nível do Governo brasileiro”⁵.

14. Já no Parecer que emiti em 9 de setembro de 1985 (*cit. supra*) alertei para as dificuldades surgidas na prática quanto às bases “constitucionais”, a estrutura e operação das missões de observação, mesmo no seio de organizações internacionais, e mais ainda fora da estrutura jurídico-institucional destas últimas; adverti, ademais, para o fato de que nem sempre na prática as missões de observação e investigação têm-se mostrado e se mantido em “estado puro”, podendo eventos supervenientes mudar a natureza de sua presença na área convulsionada e aproximar suas funções às de operações internacionais mais

³ MRE, telegrama 129, de 26.5.1986, p. 1-3 (de Brasemb Guatemala para Exteriores); MRE, telegrama 128, de 26.5.1986, p. 1-3 (de Brasemb Guatemala para Exteriores).

⁴ MRE, telegrama 128, de 13.3.1986, p. 1-2 (de Exteriores para Delbrasupa).

⁵ MRE, telegrama 497, de 17.3.1986, p. 2-3 (de Exteriores para Delbrasonu).

próximas às de forças de paz ou emergência. Sendo assim, no presente contexto, concluí que para preservar os objetivos visados pelo Brasil importava que nos esforçássemos para preservar a *identidade própria* do Grupo de Apoio, distinta da do Grupo de Contadora⁶.

15. À luz dos desenvolvimentos nos esforços de solução pacífica da crise centro-americana nos últimos meses, cumpre retomar o exame da questão do processo negociador de Contadora em relação às possibilidades no âmbito das organizações internacionais. A questão formou objeto de consulta da Secretaria de Estado (telegrama de 13 de março último) a nossa Delegação junto à OEA em Washington, como veremos a seguir.

V. *O Apoio a Contadora e a Superação da Questão de Possível Recurso a Mecanismos de Solução Pacífica no Seio de Organizações Internacionais*

16. A referida consulta indagou as razões que estariam levando os países interessados a preferirem uma Comissão Civil de Inspeção do tipo contemplado (cf. *supra*) fora do contexto da OEA, e, comparativamente, o que poderia ter sido feito nos mesmos moldes caso se tivesse optado pela moldura jurídica da estrutura da OEA⁷. Na resposta à Secretaria de Estado, nossa Delegação junto à OEA em Washington identificou duas razões, talvez complementares, de opção pelo mecanismo contemplado de missão civil permanente de inspeção: uma tentativa de contenção dos Estados Unidos por parte dos países da América Latina (proteção da Nicarágua contra intervenção dos Estados Unidos) e uma tentativa de relaxar o clima político interno na Nicarágua e facilitar a instauração ali de forma mais pluralista de Governo⁸. Ora, se são estas as verdadeiras intenções dos países em questão, maiores os riscos de modificação da natureza de sua presença na área e de seu envolvimento em um conflito em que suas reais possibilidades de influência não estão comprovadas.

17. Quanto a possíveis mecanismos congêneres dentro do âmbito da OEA, lembrou nossa Delegação junto à OEA o estabelecimento de Comissões de Investigação para cada caso concreto, atuando *in loco*, quando se

⁶ A. A. Cançado Trindade. Parecer MRE-CJ/03, de 9.9.1985, *cit. supra* nº (1), p. 18, 21 e 23.

⁷ MRE, telegrama 128, de 13.3.1986, p. 2-3 (de Exteriores para Delbrasupa).

⁸ MRE, telegrama 252, de 18.3.1986, p. 1-2 (de Delbrasupa para Exteriores).

fazia recurso ao TIAR (e.g., Nicarágua/Costa Rica, 1948-1949 e 1955; Honduras/Nicarágua, 1957; Panamá/Nicarágua, 1959; e Honduras/El Salvador, 1969). Tais comissões contavam em média com 5 ou 7 integrantes (geralmente Embaixadores junto à OEA), além de assessores diplomáticos e militares, e por vezes funcionários da OEA como secretários. O Brasil participou das Comissões de Investigação supracitadas, exceto a de 1957. Embora não expressamente prevista no TIAR, a constituição de tais Comissões decorria do artigo 7 (medidas para restabelecimento ou manutenção da paz e segurança regionais e solução pacífica de controvérsias), com base no qual o Conselho da OEA – atuando como órgão provisório de consulta do TIAR – adotava resolução em que delimitava a extensão dos mandatos (funções de *fact-finding*)⁹.

18. No tocante à presente crise centro-americana, a participação direta da OEA foi das mais reduzidas. Em 7 de junho de 1985 o Conselho Permanente da OEA criou uma Comissão de Investigação (integrada por representantes dos quatro países do Grupo de Contadora e pelo Secretário-Geral da OEA) para examinar *in loco* incidente na fronteira de Costa Rica com Nicarágua (Comissão *ad hoc*, com consentimento das partes na controvérsia). A Comissão apresentou relatório ao Conselho Permanente da OEA, que o aprovou, deu por concluído o mandato da Comissão, e solicitou aos países do Grupo de Contadora que redobrassem os esforços de negociação com vistas à solução pacífica do problema regional¹⁰.

19. No tocante à ONU, recordei, no Parecer que emiti em 9 de setembro de 1985 (*cit. supra*), a atenção e importância dadas aos métodos de determinação dos fatos, desde a decisão de elaborar em 1967 uma lista de peritos em *fact-finding*, com ênfase na função *preventiva* da investigação. Além das dificuldades práticas (e.g., rateio de despesas – *cf. infra*), mencionei a possibilidade do estabelecimento de Comitês *ad hoc* do Conselho de Segurança para Solução de Controvérsias¹¹.

20. Contudo, com o desencadear dos acontecimentos nos últimos meses, as próprias organizações internacionais em questão (a ONU e a OEA) dão mostras, no momento presente – início de junho de 1986, – de estar convencidas de que Contadora se impõe hoje como a única iniciativa viável

⁹ *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁰ OEA, CP/RES.432(623/85), In: documento OEA/Ser.G-CP/RES. 432(623/85), de 11/07/1985, p. 1-3.

¹¹ A. A. Cançado Trindade. Parecer MRE-CJ/03, de 9.9.1985, *cit. supra* nº (1), p. 15-16 e 23.

e real de paz na América Central. A originalidade do processo de Contadora tem consistido precisamente em se constituir e desenvolver à margem da ONU e da OEA (que se revelaram foros inadequados para a condução das negociações de paz), mas *com o apoio de ambas*. A visão da ONU, a esse respeito, tornou-se clara, quando da visita do Secretário-Geral da ONU a Brasília em princípio de abril de 1986. Na ocasião, o Secretário Pérez de Cuellar recordou que o Conselho de Segurança aprovava resolução “tímida” sobre a América Central, dando-lhe mandato reduzido, o que se poderia atribuir ao fato de que “os Estados Unidos, El Salvador e Honduras não desejam um papel maior para a ONU na América Central”; por outro lado, comentou, a Nicarágua desconfia da imparcialidade da OEA, gerando assim um “vazio que de certa forma é preenchido por Contadora”¹².

21. O Secretário-Geral da ONU acrescentou significativamente que vem sendo “muito cauteloso” em relação a apelos que recebeu recentemente para desenvolver gestões de paz (particularmente junto ao Presidente dos Estados Unidos), porque qualquer esforço de sua parte “teria que contar com o respaldo unânime dos membros do Grupo de Contadora” e, ademais, os Estados Unidos claramente não gostariam de vê-lo engajado no processo; além disso, qualquer esforço da ONU “deveria ser combinado com a OEA”, pela própria filosofia do sistema. Assim, informou que não fizera qualquer contato com o Secretário-Geral da OEA sobre o assunto, face a reação “não muito positiva” dos membros do Grupo de Contadora, principalmente Venezuela e Panamá¹³. Não surpreende, desse modo, que, no recente Comunicado do Panamá, de 7 de abril de 1986, os Chanceleres dos países dos Grupos de Contadora e de Apoio não tenham hesitado em proclamar que o processo negociador de Contadora é hoje “o único meio viável” para se obter um entendimento político que permita a assinatura e entrada em vigor da Ata de Contadora para lograr a paz na região. Mas nem por isso poderão os Grupos de Contadora e de Apoio prescindir da ampla experiência da ONU e da OEA no campo da solução pacífica das controvérsias internacionais em geral, e das missões de observação e investigação em particular, principalmente no tocante à definição das atribuições e encargos

¹² MRE, telegrama 615, de 4.4.1986, p. 3 (de Exteriores para Delbrasonu).

¹³ *Ibid.*, p. 3-4.

das partes, à estrutura, composição e mecanismos de controle das referidas missões.

22. Tanto dentro quanto fora do âmbito institucional das organizações internacionais, as missões de observação e investigação só podem resultar de um *acordo* entre os Governos em questão e têm necessariamente sempre uma base *consensual*: requerem o consentimento de todos os Estados, os que fornecem observadores e recursos materiais assim como os Estados “anfitriões”. No entanto, na prática, como adverti em meu Parecer de 9 de setembro de 1985 (*cit. supra*), as bases “constitucionais” para o estabelecimento de missões de investigação não têm sido claras: têm estas se constituído por arranjos *ad hoc*, que prevêm o rateio das despesas por acordo entre as partes¹⁴; as funções têm variado na prática, cabendo definir no mandato de cada missão questões como os fatos a serem verificados, o sistema de relatórios, o grau de confidencialidade e o acesso às informações veiculadas. No contexto da presente crise centro-americana, o entendimento do Brasil, a meu ver, há de ser o de que o Grupo de Apoio a Contadora *não é mandatário* dos Estados soberanos que o compõem.

VI. Os Protocolos Adicionais à Ata de Contadora

23. As ponderações acima encontram-se diretamente ligadas à consideração dos quatro Protocolos Adicionais à Ata de Contadora. Negociados e redigidos juntamente com a Ata, estes Protocolos antecedem, pois, a criação do Grupo de Apoio a Contadora (em meados de 1985 – cf. *supra*). Assim, nenhum dos Protocolos faz referência expressa ao Grupo de Apoio. Além disso, nenhum dos quatro Protocolos admite reservas (cláusula 4 dos Protocolos I, II e III, e cláusula 5 do Protocolo IV). Se, na reunião programada para 6 de junho próximo no Panamá, os cinco países centro-americanos vierem – como se anuncia – realmente a assinar a Ata de Contadora, ver-se-á o Brasil, como membro do Grupo de Apoio a Contadora, perante a questão de assinar ou não o(s) Protocolo(s) Adicional(ais) à Ata.

24. O Protocolo I se dirige expressamente aos países do Grupo de Contadora (Colômbia, México, Panamá, Venezuela). Como não se trata

¹⁴ A. A. Cançado Trindade. Parecer MRE-CJ/03, de 9.9.1985, *cit. supra* n° (1), p. 16-17.

ainda de questão fechada, poderá à última hora ser aventada a possibilidade de abri-lo à firma também dos países do Grupo de Apoio a Contadora, com base precisamente no argumento de que, quando da elaboração do referido Protocolo o Grupo de Apoio, ainda não existia e urge agora “incorporá-lo” ao mesmo elenco de obrigações do Grupo de Contadora. Se isto ocorrer, a reação do Brasil deve, a meu ver, ser franca e claramente negativa, com base na própria visão de esquema de sustentação política que inspirou a criação do Grupo de Apoio. O Protocolo I vai bem mais além, ao prever todo o apoio dos governos dos países do Grupo de Contadora à “constituição e funcionamento dos mecanismos de execução e seguimento” previstos na Ata (cláusula 2) e sua contribuição à solução pacífica de controvérsias que possam surgir da aplicação e interpretação da Ata, “em conformidade com as disposições da Parte III da mesma” (cláusula 3). As considerações desenvolvidas neste Parecer parecem-me suficientes para fundamentar posição de franca oposição a qualquer tentativa de abertura do Protocolo I à assinatura também dos Governos dos países do Grupo de Apoio a Contadora (cf. *supra*).

25. O Protocolo II se dirige aos Estados do continente americano, e também fala de apoio ao cumprimento das funções dos “mecanismos de execução e seguimento” previstos na Ata, “quando assim o requererem as partes” (cláusula 3); no entanto, ao dispor, de início, que as partes deverão “abster-se de atos em virtude dos quais se frustem o objeto e o fim da Ata” (cláusula 1), parece ter endereço certo: Estados Unidos e Cuba. A mesma disposição é repetida no Protocolo III (cláusula 2), voltado este, porém, a toda a “comunidade internacional”; por este Protocolo as partes se põem de acordo em respeitar os compromissos assumidos pelos Governos centro-americanos (cláusula 1), e – sensatamente – em “cooperar na medida de suas possibilidades com os Estados centro-americanos para o desenvolvimento econômico e social da região” (cláusula 3). O Protocolo III é redigido em linguagem cautelosa e que evita problemas de direito interno (cf. *infra*) para os Estados que a ele aderirem, mas resta verificar se eventual adesão a ele seria tida como compromisso suficiente ou satisfatório por parte do Brasil como integrante do Grupo de Apoio a Contadora.

26. Resta o Protocolo IV. Vai este bem mais além que o Protocolo III, e volta-se aos Estados *propostos pelo Grupo de Contadora*, de comum acordo com as partes; os Estados signatários do Protocolo IV concordam em

aceitar o convite para participar e cooperar na constituição e funcionamento dos mecanismos de execução e seguimento contemplados na Ata, nos termos acordados com as partes por meio de acordos que deverão ser anexados a este Protocolo (cláusula 1);

concordam, ademais, em “atuar com toda imparcialidade no cumprimento das funções de execução e seguimento em que participem” (cláusula 2).

27. Sabe-se que a Ata de Contadora prevê a criação de uma Comissão de Verificação e Controle em Matéria de Segurança, dotada de poderes investigatórios, mediante inspeção *in situ*. A participação dos Estados, em graus distintos, na constituição e funcionamento dos mecanismos de execução e seguimento previstos na Ata, só poderá realizar-se mediante *acordos* que explicitem com clareza os compromissos concretos de cada parte ao Protocolo IV. Este estabelece o compromisso de aceitação do convite para participação e cooperação, que só se efetivarão através dos referidos acordos. Da mesma forma, o disposto na cláusula 2 (*supra*) pressupõe a existência de tais acordos. A cláusula 2 poderia, assim, ser emendada, de modo a ler, com mais propriedade, que os Estados signatários concordam em “atuar com toda imparcialidade no cumprimento das funções de execução e seguimento em que deliberarem participar nos termos dos acordos a serem anexados a este Protocolo”. A cláusula 1 poderia, na mesma linha, ser emendada, de modo a ler, com mais propriedade, que os Estados signatários concordam em “aceitar o convite para participar e cooperar na constituição e funcionamento dos mecanismos de execução e seguimento contemplados na Ata, por meio de acordos a serem anexados a este Protocolo”. Ficaria, assim, afastada a possibilidade de interpretação que almejasse o automatismo na aplicação do Protocolo IV: cabe a cada Estado, individualmente, determinar e precisar o grau de seu comprometimento na constituição e funcionamento dos mecanismos de execução e seguimento previstos na Ata de Contadora.

28. Caso tais emendas ao Protocolo IV não venham a ser aceitas, ou se conclua não haver clima para sua apresentação, e caso haja tentativa de estender o Protocolo I à firma também dos países do Grupo de Apoio a Contadora (cf. *supra*), não há de ser descartada a possibilidade de elaboração de um novo Protocolo, voltado especificamente aos países integrantes do Grupo de Apoio. Este atenderia à filosofia básica que inspirou a criação do

referido Grupo como de sustentação política, dotado de identidade própria (distinta da do Grupo de Contadora), e desprovido de responsabilidades operacionais. No delicado campo da solução pacífica das controvérsias internacionais não há, como não poderia haver, automatismo de participação de qualquer Estado terceiro.

29. Nem mesmo o anúncio formal, dos Grupos de Contadora e de Apoio, no Comunicado do Panamá de 7 de abril último, da missão civil de investigação fronteiriça (cf. *supra*), acarreta *per se* obrigações jurídicas *stricto sensu* para os integrantes dos dois Grupos, se não seguido de *acordos* que definam o grau de participação de cada Estado. Na ausência de tais acordos, o Brasil, como qualquer outro Estado, não poderia ver-se obrigado a implementar um mecanismo investigatório resultante de um processo acelerado e precipitado de negociação de que não participou diretamente.

30. A figura das garantias de execução de um tratado por Estado(s) terceiro(s) (garante(s)) não é desconhecida do direito internacional, e já a partir de meados do século passado era usada com alguma frequência; tal garantia constava ou consta, via de regra, de tratado complementar com que as partes interessadas estivessem ou estejam de acordo¹⁵. Até aí vai o direito indagar se o esquema dos quatro Protocolos Adicionais à Ata de Contadora seria capaz de assegurar a contenção dos Estados Unidos e a proteção da Nicarágua contra eventual intervenção é questão metajurídica, que transcende o alcance dos Protocolos, sobre a qual não me pode ser dado opinar.

31. Do Parecer que emiti em 9 de setembro de 1985 (cit. *supra*) resultou claro, pelas razões ali expostas, que qualquer iniciativa tendente a desfigurar as missões de investigação ou observação da paz e aproximá-las das de forças de emergência há de ser terminantemente rejeitada pelo Brasil. E isto por um imperativo de direito interno:

– A remessa de força armada, terrestre, naval ou aérea para fora do território nacional, sem declaração de guerra e em cumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil como membro de organizações internacionais ou em virtude de tratados, Convenções, acordos, resoluções de consulta, planos de defesa, ou quaisquer outros entendimentos diplomáticos ou militares, só será

¹⁵ Cf., e.g., Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2. ed., vol. I, Rio de Janeiro, 1956, p. 621-622.

feita, nos termos da Constituição, com autorização do Congresso Nacional¹⁶.

Há exemplos da aplicação desta exigência em nossa história recente¹⁷. Além das limitações factuais de uma atuação do Brasil na crise centro-americana, há os limites legais para seu engajamento na mesma.

32. Enfim, cabe-me advertir que, se os Grupos de Contadora e de Apoio se virem investidos, por inspiração de alguns de seus membros, das funções de mandatários dos Estados que os compõem, estarão ferindo o princípio da igualdade jurídica dos Estados. Ademais, ao sustentar a preservação de identidade própria do Grupo de Apoio, distinta da do Grupo de Contadora, não há razões que possam levar o Brasil a temer posição de isolamento diplomático, visto tratar-se de questão de princípio. São estas as reflexões que me ocorreram nestes quatro últimos dias, desde que me foi formulada a presente consulta, e que me parecem suficientemente claras para fundamentar nossa posição sobre a matéria.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 30 de maio de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

¹⁶ Lei nº 2.953, de 17.11.1956, artigo 1º.

¹⁷ Cf., e.g., A. A. Cançado Trindade, *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1961-1981). Brasília: FUNAG, 1984, p. 313-317.

Fronteiras Terrestres e Limites Exteriores
de Zonas Marítimas. Plataforma
Continental Brasileira. Competência
do MRE.

PARECER

*A Questão da Competência do Itamaraty na Determinação do Limite
Exterior da Plataforma Continental Brasileira*

O Ministério da Marinha deu início aos estudos relacionados à delimitação da plataforma continental brasileira; a primeira reunião de Subcomissão da CIRM (Comissão Interministerial para os Recursos do Mar) realizou-se em 15 de abril passado, com a presença de representante do Itamaraty. O Senhor Chefe do Departamento de Temas Internacionais Especiais do MRE atenta para a necessidade, neste estágio inicial dos trabalhos da Subcomissão da CIRM, de definição da participação e das atribuições do Itamaraty. O Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores solicita-me Parecer sobre a questão.

2. A consulta tem objeto específico: ultrapassa seu propósito o exame da questão da natureza e alcance dos direitos do Estado costeiro nas zonas marítimas sob jurisdição nacional (e.g., mar territorial, zona econômica exclusiva, plataforma continental); a matéria é bem conhecida, e encontra-se claramente definida na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Cabe-me, aqui, examinar especificamente a questão da participação do Itamaraty nos futuros trabalhos de delimitação da plataforma continental brasileira. A participação de nosso Ministério nestes estudos é, a meu ver, necessária, pelas razões que passo a expor.

3. Primeiramente, de acordo com o direito internacional clássico as fronteiras consistem em zonas ou linhas que separam os territórios de Estados vizinhos e determinam assim os domínios da validade territorial das distintas ordens jurídicas estatais (i.e., os espaços submetidos às distintas soberanias estatais)¹. A noção de fronteira está ligada ao sistema político com base territorial, ao exercício da soberania territorial², e, assim sendo, importa à própria determinação das esferas de validade da ordem jurídica internacional³. Em relação às zonas marítimas (*supra*), e também ao espaço aéreo, parece-me mais adequado falarmos de *limites exteriores*, e aqui também se fazem presentes questões de delimitação (cf. *infra*).

4. Em segundo lugar, no campo operacional, cabe um paralelo ou analogia entre as providências tomadas pelo Governo brasileiro na demarcação das fronteiras terrestres do Brasil e as providências a serem tomadas na fixação do limite exterior de nossa plataforma continental. O que levou à criação, em 1929, do Serviço de Fronteiras (incorporando as Comissões de Limites) *sob a jurisdição do Itamaraty*? Basicamente, o reconhecimento da necessidade de dar estabilidade e permanência às Comissões de Limites, que vinham até então operando em caráter temporário. Em exposição, sobre a matéria, ao Senhor Presidente da República, reproduzida no *Relatório do MRE* de 1927, ponderou o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores:

O serviço de fronteiras, no que toca ao Ministério das Relações Exteriores, merece, Senhor Presidente, algumas providências, que tenho a honra de submeter à sua alta consideração.

O que se vem praticando, desde muitos anos, sobre o assunto, é o que, em linhas gerais, passo a expor.

Combinada, entre o Brasil e um dos países limítrofes a demarcação de uma fronteira, nomeia-se a comissão que, juntamente

¹ Cf., sobre a matéria, e.g., *inter alia*, S.W. Boggs. *International Boundaries – A Study of Boundary Functions and Problems*. NY: Columbia University Press, 1940, p. 3ss.; e numerosas referências In: A. A. Cançado Trindade. *Delimitação e Demarcação da Fronteira Brasil-Uruguai: A Nota Uruguia de 27 de março de 1985 e os Argumentos do Brasil*. Parecer/MRE, de 22.5.1985, p. 1-35.

² Cf., e.g., Paul de La Pradelle. *La Frontière-étude de droit international*. Paris: Éd. Internationales, 1928, p. 11-17; Daniel Bardonnnet. Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé, 153 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1976, p. 19-21.

³ Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2. ed., vol II, Rio de Janeiro, 1956, p. 125-128.

com a do país vizinho, se incumba de proceder aos respectivos trabalhos. Não dispondo, como não dispõe o Ministério, na sua Seção de Limites, de nenhum funcionário técnico em relação à matéria, é o próprio Chefe da comissão nomeada quem entra a deliberar sobre o que se torne necessário, desde a escolha de instrumentos, ou distribuição do pessoal, até aos planos, processos, inspeção dos serviços. Ele mesmo, em última análise, haverá de elaborar as instruções que lhe terão de ser dadas. Limita-se a Seção a esclarecê-lo sobre os textos assinados, de que a demarcação é consequência.

Se, ao se executarem, no terreno, as disposições do tratado no curso, portanto, das operações topográficas, ou geodésicas, ocorre uma divergência, em que porventura se mantenham, cada qual no seu ponto de vista, as duas comissões demarcadoras, uma de cada país, constituídas em comissão mista, remete-se o caso à Secretaria de Estado. A ela cumpre entender-se ou discutir a questão, por via diplomática, com a do outro país interessado. Pode acontecer, em tal hipótese, a suspensão dos trabalhos, enquanto se decide a controvérsia. As alegações, de ordem técnica, de que o Ministério se faz órgão, serão, necessariamente, as que lhe forem ditadas pela própria comissão brasileira, envolvida no incidente.

Concluída, que seja, a demarcação, geralmente depois de alguns anos, a comissão organiza e entrega o seu relatório. Plantas, cartas, cadernetas, documentos anexos não sofrem qualquer exame. Não há na Secretaria quem possa tecnicamente examiná-los. Arquivam-se os papéis. Declara-se dissolvida a comissão. Daí, uma das razões, provavelmente, porque sempre, desde o Império, cerca o Governo do maior cuidado a escolha dos chefes para as comissões de limites. (...)

(...) Entre assentar, no papel, as características de uma fronteira e estabelecê-la de fato, na sua realidade geográfica, vai, efetivamente, uma distância muitas vezes maior do que parece. De modo que, em boa razão, mesmo que encerremos o debate, no domínio dos tratados, não teremos, até certo ponto, encerrado as nossas questões de limites, enquanto os mesmos

tratados não se tiverem cumprido, pela execução, no terreno, dos seus dispositivos. Ora, cerca de metade da grande linha geral que delimita o Brasil está por demarcar. Mas, das próprias fronteiras demarcadas, há algumas que necessitam de determinadas medidas, senão mesmo, em certos casos, da restauração dos marcos, e outras que, pelo maior povoamento e conseqüente progresso das respectivas regiões – é o que ocorre, por exemplo, na divisa com o Uruguai – exigem melhor se esclareçam pelo estabelecimento de sinais intermediários entre os marcos primitivos.

Releva, finalmente, observar que, nem só na definição do território, por meio de tratados, ou na execução das Convenções, por meio da demarcação, deve consistir, em seu conjunto, o problema das fronteiras. Há outros pontos de vista a considerar na matéria, e que interessam, profundamente, à Nação. (...)

Considere-se (...) o vulto da obra a realizar, a inequívoca importância de que se reveste o problema, verdadeiramente nacional, a sua complexidade, o seu alcance. (...)

Em lugar de Comissões [de Limites], que não se constituam obedecendo a nenhum plano geral, desarticuladas, dispersas, acarretando perda de energias e mesmo de recursos, mais acertado será, grupadas as fronteiras em três setores, confiar cada setor a cada comissão. Vejamos. Primeiro setor (Norte): Guiana Francesa, Guiana Holandesa, Guiana Inglesa e Venezuela. Segundo (Oeste): Colômbia, Peru, Bolívia. Terceiro (Sul): Paraguai, Argentina, Uruguai. Serviços de demarcação, de inspeção, de conservação, ou quaisquer outros, de acordo com as instruções, de naturezas diversas, da Seção de Limites, ficariam atribuídos, conforme a fronteira de que se tratasse, ao setor a que ela pertencesse, de cuja sede o seu Chefe manobriria com o seu pessoal. O Governo regularia cada ano como lhe parecesse conveniente, de conformidade com as verbas concedidas pelo Congresso, e com os acordos internacionais porventura em execução, a atividade a exercer em cada qual das três circunscrições. Estudos, de várias ordens, de que são suscetíveis as regiões em apreço, se animariam ou desenvolveriam, à sombra do aparelho oficial. Então, este Ministério se acharia em condições de melhor habilitar-se, de

melhor instruir-se, de melhor ir cumprindo o seu dever, no que se refere a fronteiras. (...)”⁴

Vê-se, do acima exposto, que, a par das considerações de ordem operacional, houve um outro motivo básico que levou a situar *no Itamaraty* o Serviço de Fronteiras, integrando as Comissões de Limites: a possibilidade, na demarcação de fronteiras, de ocorrência de divergências, quando a consideração da questão passaria do plano técnico ao diplomático.

5. Este ponto conduz ao nosso terceiro argumento: seria de todo ingênuo supor que a possibilidade de ocorrência de divergências se limitaria ao âmbito da demarcação das fronteiras terrestres e não se estenderia ao da determinação do limite exterior de nossa plataforma continental. Senão vejamos. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 – que o Brasil ainda não ratificou, mas cujo exame pelo Congresso, para o fim de aprovação, encontra-se no momento em estágio avançado (no Senado), – dispõe, no artigo 76 (definição da plataforma continental), sobre a determinação pelo Estado costeiro do limite exterior de sua plataforma continental. Prevê aquele artigo *inter alia* que informações sobre os limites da plataforma continental, além das 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, *devem ser submetidas pelo Estado costeiro* à Comissão de Limites da Plataforma Continental, que formulará *recomendações* sobre os limites exteriores da plataforma continental; “os limites da plataforma continental estabelecidos pelo Estado costeiro *com base nessas recomendações* serão definitivos e obrigatórios” (§8). Resta claro, do acima transcrito, que há um processo de negociação, entre o Estado costeiro e a Comissão de Limites da Plataforma Continental (estabelecida consoante o Anexo II da Convenção), até que os limites da plataforma continental estabelecidos pelo Estado costeiro sejam tidos como “definitivos e obrigatórios”.

6. Este processo tem início quando, dentro do prazo de dez anos da entrada em vigor da Convenção para o Estado em questão, resolve este apresentar à Comissão de Limites da Plataforma Continental os resultados de seus levantamentos (Anexo II da Convenção, artigo 4).

⁴ A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1919-1940). Brasília: FUNAG, 1984, p. 150-152.

O Senhor Chefe do Departamento de Temas Internacionais Especiais do MRE ressalta que este tempo não há de ser considerado excessivo (*memorandum* DTE/03, de 16.4.1986, p. 2), com o que concordam especialistas que alertam para a dimensão do trabalho a ser feito e a mobilização dos vultosos recursos que exigirá⁵. A Comissão de Limites da Plataforma Continental apresenta, então, suas *recomendações* ao Estado costeiro (que tenha apresentado a “proposta”) e ao Secretário-Geral das Nações Unidas (Anexo II, artigo 6). Observe-se que os resultados dos levantamentos efetuados pelo Estado costeiro são até então tidos como uma simples “proposta”, e que a fixação definitiva pelo Estado costeiro do limite externo de sua plataforma continental deve basear-se nas recomendações da Comissão (*supra*).

7. Acrescenta, significativamente, o artigo 8 do Anexo II que “*no caso de o Estado costeiro discordar das recomendações da Comissão, deve apresentar à Comissão, dentro de um prazo razoável, uma proposta revista ou uma nova proposta*”. Que dúvida pode persistir sobre a configuração, no caso, de um processo de negociação? E, sendo assim, não estaria igualmente comprovada a competência do Itamaraty para atuar na área, e, mais do que isto, a necessidade de sua atuação?

8. O quarto e último argumento, nesse sentido, é ensejado pelo artigo 9 do Anexo II da Convenção, que estatui que “*as decisões da Comissão não devem prejudicar os assuntos relacionados com a delimitação entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente*”. Distingue-se, pois, a negociação com o organismo internacional (limite exterior da plataforma continental), de outras negociações com Estados vizinhos (com costas adjacentes ou situadas frente a frente), de que há vários exemplos na recente prática dos Estados⁶ a partir do celebrado caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (1969)⁷.

⁵ Cf., nesse sentido, e.g., L.F. de Macedo Soares Guimarães. Um Brasil Ignorado: O Espaço Marinho Nacional, 17 *Revista Brasileira de Tecnologia*. 1986, nº 1, p. 28.

⁶ Para um estudo detalhado, cf. A. A. Cançado Trindade. Direito do Mar: Indicações para a Fixação dos Limites Laterais Marítimos, 55 *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 1982, p. 89-138.

⁷ Cf., para um estudo, e.g., Jack Lang. *Le plateau continental de la mer du nord - arrêt de la Cour Internationale de Justice, 20 février 1969*. Paris: LGDJ, 1970, p. 1-163. E cf., mais recentemente, nos *ICJ Reports*, os casos da *Plataforma Continental do Mar Egeu* (Grécia versus Turquia, 1978), da *Plataforma Continental* (Tunísia versus Líbia, 1982), da *Plataforma Continental* (Líbia versus Malta, 1985), do *Golfo de Maine* (Canadá versus Estados Unidos, 1984). – Para estudos sobre a matéria, cf. Z.J. Slouka. *International Custom and the Continental Shelf*. The Hague: M. Nijhoff, 1968, p. 1-175; Ch. Vallée. *Le plateau continental dans le droit positif actuel*. Paris: Pedone, 1971.

9. A bibliografia especializada identifica a necessidade de um limite exterior *preciso* da plataforma continental⁸. O sistema, consagrado na Convenção de 1982 (*supra*), de fixação do limite exterior pelo Estado costeiro, limite este “certificado” pela Comissão de Limites da Plataforma Continental, resultou de fórmula irlandesa apresentada na III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Já bem se observou que é na determinação do limite externo da plataforma continental, consoante a fórmula irlandesa, *qu’interviendrait le ‘compromis’*⁹.

10. Para o Brasil, a par da fixação do limite exterior das zonas marítimas sob sua jurisdição, colocou-se até há pouco a questão da fixação de seus limites *laterais* marítimos, com o Uruguai e a Guiana Francesa. Ambas negociações, com o Uruguai em 1975, e com a França a propósito da Guiana Francesa em 1981, decorreram em esquema de coordenação entre os Ministérios das Relações Exteriores e da Marinha. A negociação com o Uruguai teve lugar em época em que os trabalhos da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar encontravam-se ainda em suas etapas iniciais. Já para a negociação com a França a propósito da Guiana Francesa, em 1981, pode-se levar em conta, além do disposto no artigo 6 (2) da Convenção de Genebra sobre a Plataforma Continental de 1958, os artigos 15, 74 e 83 do Texto Informal Composto de Negociação/Revisão 2 (1980) e o artigo 74(4) do Texto Informal Composto de Negociação/Revisão 1, da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar¹⁰.

11. Esta foi a primeira missão que me confiou o Itamaraty – então como Professor do Instituto Rio Branco, – em que atuei como assessor jurídico da Delegação do Brasil à VI Conferência da Comissão Mista Brasileiro-Francesa Demarcadora de Limites (Brasília, 1981). Bem me recorde de que, partiu precisamente do representante da Marinha em nossa Delegação, ao final da V Conferência da Comissão Mista (em Paris) e nos meses subseqüentes, a sugestão ao Itamaraty, reiterada com insistência, de que nossa Delegação, a exemplo da Delegação Francesa, contasse com assessoria jurídica para a VI e decisiva Conferência da Comissão Mista (em Brasília), o

⁸ Cf., e.g., A. de Marffý. *La genèse du nouveau droit de la mer*. Paris: Pédone, 1980, p. 174-176.

⁹ L. Caflisch. Les zones maritimes sous juridiction nationale, leurs limites et leur délimitation, 84 *Revue générale de droit international public*. 1980, p. 101-102.

¹⁰ Cf., para um estudo geral da matéria, A. A. Cançado Trindade. *op. cit., supra* n° (6), p. 89-138.

que veio a ocorrer. Os trabalhos de nossa Delegação à VI Conferência da Comissão Mista refletiram o perfeito entendimento e coordenação entre os representantes do Itamaraty e o da Marinha.

12. Só se pode esperar que os mesmos entendimento e coordenação, entre os dois Ministérios, revelados no desempenho da tarefa de fixação de nossos limites laterais marítimos, igualmente se estendam – pelas razões acima expostas – à tarefa vindoura da determinação do limite exterior de nossa plataforma continental. Assim, poderia a Subcomissão da CIRM – na qual se faz representar o MRE – considerar a possibilidade de que o órgão que vier a ser criado para aquele propósito seja *co-presidido* por representantes dos Ministérios das Relações Exteriores e da Marinha.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 5 de junho de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Proteção dos Direitos Individuais:
Planos Internacional e Interno. Não-
Discriminação com Base no Sexo.
Convenção Internacional e Legislação
Nacional. Mudança de Legislação;
Levantamento de Reservas.

PARECER

*A Necessidade de Harmonização entre a Convenção para a
Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
e a Legislação Nacional sobre a Matéria*

O Brasil assinou, em 1981, e ratificou, em 1984, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com reservas ao artigo 15 (4) e ao artigo 16 (1)(a), (c), (g) e (h), por conflitarem com a legislação interna brasileira, e ao artigo 29 (2) relativo à solução pacífica de controvérsias internacionais. As reservas formuladas pelo Brasil com relação ao artigo 15 (4) e ao artigo 16 (1)(a), (c), (g) e (h) têm sido alvo de críticas de países ocidentais, no âmbito das Nações Unidas, como sendo incompatíveis com o objeto e propósito da referida Convenção (à luz do disposto em seu artigo 28(2)). A Divisão das Nações Unidas do Itamaraty sugere um reexame da questão daquelas reservas formuladas pelo Brasil; o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores solicita-me Parecer a respeito.

2. A consulta volta-se especificamente às reservas formuladas pelo Brasil aos artigos 15 (4) e 16 (1) (a), (c), (g) e (h). A reserva formulada ao

artigo 29 (2), referente à solução pacífica das controvérsias internacionais, reitera posição mantida pelo Brasil nos últimos anos; sobre a matéria, permito-me referir-me ao meu Parecer MRE-CJ/06, intitulado “Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos internacionais (com Atenção Especial à Prática do Brasil)”, páginas 1 a 20, de 28 de outubro de 1985. A presente questão é distinta e específica.

3. O reexame, atualizado, das reservas formuladas pelo Brasil aos artigos 15 e 16 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher revela a persistência das seguintes incompatibilidades:

a) entre o artigo 15(4) (igual liberdade de escolha de residência e domicílio) da Convenção e os seguintes dispositivos: artigo 36 parágrafo único (domicílio da mulher casada) e artigo 233 (III) (direito do marido de fixar o domicílio da família) do Código Civil, e artigo 7 (7) (domicílio legal da família) da Lei de Introdução ao Código Civil;

b) entre o artigo 16 (1) (a) (mesmo direito de contrair matrimônio) da Convenção e o artigo 183 (XII) (mulheres menores de 16 anos e homens menores de 18) do Código Civil;

c) entre o artigo 16 (1) (c) (mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução) da Convenção e o artigo 242 (II), (III) e (IV) (necessidade de autorização marital) do Código Civil;

d) entre o artigo 16 (1)(g) (mesmos direitos pessoais como marido e mulher) da Convenção e o artigo 240 (condição da mulher casada) do Código Civil;

e) entre o artigo 16 (1)(h) (mesmos direitos em matéria de propriedade) da Convenção e os artigos 233(II) (administração de bens pelo marido) e 242 (II), (III) e (IV) (necessidade de autorização marital) do Código Civil.

4. Assim sendo, e na persistência de tais incompatibilidades, não me parece ser cabível, no momento presente, propor a retirada (ainda que desejável) das reservas feitas pelo Brasil aos artigos 15 e 16 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: o

levantamento das reservas deverá ser precedido de eventual e necessária modificação da legislação pátria que venha a compatibilizá-la com o texto integral da Convenção. No momento presente, portanto, é a própria modificação da legislação brasileira que constitui questão prévia e medida de efetivo alcance. Recorde-se, ademais, que em 28 de novembro de 1985 o Senhor Presidente da República encaminhou Mensagem (nº 620) ao Congresso Nacional com vistas à aprovação e adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. O Pacto de Direitos Civis e Políticos proíbe a discriminação *inter alia* com base no sexo (artigos 2, 24 e 26). Seria, pois, de todo indicado, no presente, o exame de propostas, pelos órgãos competentes, de eventuais modificações na legislação brasileira de modo a harmonizá-la com as obrigações internacionais contraídas pelo Brasil, consignadas na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher assim como em outros tratados congêneres. Talvez se possa ou deva aguardar a eventual adesão do Brasil aos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, como argumento adicional e decisivo neste sentido e propósito. No importante campo da proteção dos direitos individuais, impõe-se que se assegure a salutar e necessária interação entre o direito internacional e o direito interno.

Brasília, 11 de julho de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Missões de Observação e Forças de Paz.
Direito Internacional; Direito Interno
Brasileiro.

PARECER

*A Constituição de Missões de Observação e Forças de Paz ou
Emergência para Operação Internacional à Luz do Direito Internacional
Público e do Direito Interno Brasileiro*

Sumário: I. Introdução. II. A Constituição de Missões de Observação e Forças de Paz à Luz do Direito Internacional Público. 1. Missões de Observação da Paz. 2. Forças de Paz ou Emergência. III. A Constituição de Missões de Observação e Forças de Paz à Luz do Direito Interno Brasileiro.

I. Introdução

Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre o Projeto de Lei nº 184, de 1982, que submete à prévia autorização legislativa a participação das Forças Armadas em operação internacional. Não é esta a primeira vez que o referido Projeto de Lei é encaminhado ao Itamaraty pelo Gabinete Civil para Assuntos Parlamentares da Presidência da República; desta feita, porém, faz-se acompanhar de emenda da Comissão de Segurança Nacional do Senado Federal que ressalva os acordos internacionais já assinados. No propósito de dissipar de vez quaisquer dúvidas que ainda possam pairar sobre a questão suscitada, examinarei a matéria do

ponto de vista tanto do direito internacional quanto do direito interno (constitucional) brasileiro.

II. *A Constituição de Missões de Observação e Forças de Paz à Luz do Direito Internacional Público*

2. Na prática das Nações Unidas – e, anteriormente, na da Liga das Nações – o estabelecimento de forças de paz tem-se efetuado sem necessariamente basear-se em dispositivos específicos da Carta Constitutiva da Organização¹. Tem-se partido do entendimento de que não é absolutamente imprescindível buscar uma base na Carta Constitutiva da Organização para o emprego de determinados meios para a realização dos propósitos da Organização, desde que não haja qualquer dispositivo na Carta, ou regra internacional geral, que impeça ou proíba a utilização de tais meios². Como, no âmbito das Nações Unidas, as operações de manutenção de paz não se enquadram estritamente no capítulo VI da Carta (referente à solução pacífica de controvérsias) e tampouco no capítulo VII da Carta (relativo à ação coercitiva do Conselho de Segurança), já se sugeriu que se introduzisse na Carta um novo capítulo intermediário – ou, ao menos, um novo artigo – prevendo-as ou regulamentando-as³.

1. *Missões de Observação da Paz*

3. De modo geral tem-se distinguido dois tipos de operações de manutenção da paz: as chamadas missões de observação ou investigação, e as forças de paz propriamente ditas; umas e outras constituem operações de base *consensual*⁴. Os grupos de observadores das Nações Unidas constituem arranjos *ad hoc*, e têm exercido funções distintas, como: controle de fronteiras;

¹ Finn Seyersted. *United Nations Forces in the Law of Peace and War*. Leyden: Sijthoff, 1966, p. 399-400 e 402, e cf. p. 405-406.

² *Ibid.*, p. 402.

³ Observações do Brasil, em 1972, e do Japão, em 1973; cf. Mohammed Bedjaoui. *L'inspection internationale dans le cadre des opérations des Nations Unies pour le maintien de la paix*, In: G. Fischer e D. Vignes (ed.), *L'inspection internationale - quinze études de la pratique des organisations internationales*. Bruxelles: Burylant, 1976, p. 34 n° 18.

⁴ *Ibid.*, p. 27 e 34.

supervisão de acordos de cessar-fogo, trégua e armistício; supervisão de retirada de forças; supervisão de troca de prisioneiros de guerra; e funções quase-judiciais. Os Estados, a seu turno, têm assumido as seguintes obrigações em relação aos observadores: garantir sua liberdade de movimento e segurança; impedir a quebra dos acordos (de cessar-fogo, trégua e armistício); conceder privilégios e imunidades necessários ao desempenho de suas funções; e contribuir para suas despesas. O rateio destas últimas é feito por acordo entre os Estados contribuintes⁵.

4. Assim como as forças de paz, as missões de observação, em sua maior parte, derivam sua autoridade *originalmente* da resolução da organização internacional que as estabelece. À Organização cabe definir o âmbito de atuação da missão, que pode sofrer variações durante as operações. É normalmente *consensual* a base das observações de paz, mesmo porque estas visam se *interpor*, e não se impor, em uma situação de conflito (e.g., estabelecer e supervisionar zonas de demarcação ou neutras entre forças combatentes). Para permitir a observação de paz (e com ela colaborar) em seus territórios, as partes têm celebrado acordos *ad hoc* (para determinadas operações), admitindo-se, porém, que também acordos mais amplos – como, e.g., em tratado de desarmamento – prevejam observações de paz nos territórios dos Estados-parte⁶.

5. Um levantamento de cerca de setenta anos, a partir de 1920, divulgado em meados da década de 1960, revela alguns dados elucidativos: os procedimentos de observação de paz têm sido usados em virtualmente todas as regiões do mundo, em situações envolvendo divergências fronteiriças e territoriais, conflitos internos de diversos tipos, armamentismo; antes de uma solução definitiva dos conflitos, as observações de paz têm logrado sobretudo a cessação das hostilidades e a contenção da violência (impedindo, assim, a escalada dos conflitos). Sua atuação tem-se dado normalmente com o consenso das partes, como condição para sua eficácia. Os indivíduos que

⁵ Persistem incertezas quanto às bases constitucionais dos Grupos de Observadores. D.W. Bowett. *United Nations Forces – A Legal Study of United Nations Practice*. London: Stevens, 1964, p. 61-89.

⁶ D.W. Wainhouse. *International Peace Observation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1966, p. 542, 548-551 e 553, e cf. p. 555 e 557-558. O autor distingue métodos distintos de tratar a questão da observação da paz e do *fact-finding*: o método *ad hoc* (empregado nas Nações Unidas); o treinamento de observadores da paz em Estados-membro, ou pelas Nações Unidas, ou uma combinação destes dois últimos métodos (*ibid.*, p. 618).

compõem tais missões não são necessariamente representantes de Estados⁷. Dificuldades têm ocorrido, e.g., quando um dos governos envolvidos tenta “internacionalizar um conflito interno” de modo a obter vantagens para satisfazer seus interesses e propósitos, ou quando os próprios fatos são distorcidos⁸.

6. Assim, quanto a este último ponto, não surpreende que a tarefa central, comum a todas as missões de observação de paz, tenha sido a de *fact-finding*, para precisamente estabelecer e relatar a verdade dos fatos e evitar distorções⁹. Afinal, dificilmente se poderia proceder com eficácia a outros métodos de solução pacífica, como, e.g., a conciliação, se persistem fatos controvertidos. Assim, não surpreende que, com o cessar-fogo da chamada “Guerra dos Seis Dias” no Oriente Médio (opondo o Egito a Israel), em junho de 1967, foi desencadeada pelo Conselho de Segurança a missão de observação de paz na UNTSO (*United Nations Truce Supervision Organization*)¹⁰. Já se advertiu, em debates nas Nações Unidas, que a determinação dos fatos subjacentes às controvérsias internacionais reveste-se de fundamental importância, pois quando os fatos permanecem controvertidos os Estados tendem a interpretá-los de modo a favorecer seus propósitos; isto recomendaria que se separasse o *fact-finding* das funções propriamente decisórias. Do mesmo modo, ressaltou-se a função do *fact-finding* e investigação na *prevenção* de disputas e de seu agravamento¹¹.

7. Não se deve descartar, no entanto, a possibilidade de que se agreguem às missões de observação de paz as tarefas de conciliação e mediação, e mesmo tarefas quase-políticas (como as confiadas pela Conferência de Genebra de 1954 às Comissões Internacionais de Controle da Indochina, a saber, troca de populações civis e de território, supervisão de eleições e de disposições sobre neutralidade, garantias de direitos humanos)¹². Na prática, vez por outra, ao propósito inicial de separar a observação da paz das funções

⁷ Ao menos nos dois primeiros decênios da OEA, no entanto, os seus observadores de paz não têm atuado em sua capacidade individual, mas têm sido escolhidos como representantes de Estados, sob o TIAR assim como no mecanismo da Comissão Interamericana de Paz (*ibid.*, p. 581).

⁸ *Ibid.*, p. 538, 540, 542, 544-545, 552 e 554.

⁹ *Ibid.*, p. 544 e 558.

¹⁰ Cf. N. Bar-Yaacov. *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*. Oxford: University Press, 1974, p. 258-260; em 1973, eram 220 os observadores da ONU no Oriente Médio (*ibid.*, p. 262).

¹¹ *Ibid.*, p. 307 e 313.

¹² D.W. Wainhouse, *op. cit.*, *supra* nº (6), p. 559.

de conciliação e mediação tem-se seguido uma combinação daquelas funções. Na sugestão de Wainhouse, quando parece impossível conseguir uma solução política, deve-se separar a função de observação da paz da de mediação; quando já se chegou a um acordo quanto aos elementos de uma solução política, pode-se combinar as funções de observação da paz e de mediação; pode também ocorrer que pareça recomendável autorizar a missão de observação da paz mediar determinadas questões ou aspectos, mas não a controvérsia como um todo; pode, enfim, ocorrer que da missão ocorram mudanças (e.g., da observação da paz à mediação) que deveriam ser facilitadas¹³.

2. Forças de Paz ou Emergência

8. Questão que não tem passado sem controvérsia é a das “bases constitucionais” das forças de paz ou emergência da ONU¹⁴. Podem estas exercer funções distintas, como, e.g., medidas coercitivas (*enforcement action*, como no caso da Coreia em 1950) e de manutenção da paz (*peace-keeping*, mediante cessar-fogo, trégua e armistício, controle de fronteira, defesa e segurança de áreas sob controle da ONU, manutenção de ordem em um Estado – como, *inter alia*, a ONUC no Congo em 1961). Embora criadas tais forças por recomendação do Conselho de Segurança, pode alguma delas ser estabelecida como órgão subsidiário da Assembléia Geral, a exemplo da UNEF¹⁵.

9. Embora autorizadas e criadas por resolução do Conselho de Segurança (como a ONUC) ou da Assembléia Geral (como a UNEF) da ONU, as forças de paz, para sua constituição e funcionamento, têm uma base essencialmente *consensual*¹⁶. Tal base consensual é tão mais necessária porquanto as forças de paz *não* se identificam com as medidas coercitivas previstas no capítulo VII da Carta da ONU¹⁷. A composição das forças de

¹³ *Ibid.*, p. 597-598 e 601-602.

¹⁴ Podem estas ser, quando da criação das forças por recomendação do Conselho de Segurança, o artigo 39 *simpliciter* ou combinado com o artigo 42, e os artigos 41 e 40 (este último, principalmente, para a constituição dos grupos de observação da ONU). O Parecer da Corte Internacional de Justiça no caso de *Certas Despesas da ONU* (1962) foi, no entanto, inconclusivo a esse respeito.

¹⁵ Com base no artigo 14, e, desde que não destinada a *enforcement action*, também com base no artigo 11(2).

¹⁶ Cf. M. Bedjaoui, *op. cit.*, *supra* nº (3), p. 37, 39, 43, 51-53 e 56-57.

¹⁷ Dag Hammarskjöld. United Nations Emergency Force, *The Strategy of World Order*. Vol. III: *The United Nations* (ed. R.A. Falk e S. H. Mendlovitz), New York: World Law Fund, 1966, p. 562.

paz tem sido determinada por acordo entre a ONU (através do Secretário-Geral) e os Estados contribuintes (voluntários), seja mediante simples correspondência (como no caso da ONUC), seja mediante acordos por troca de notas (como no caso da UNEF). Seu regulamento rege a autoridade do comandante sobre a força, mas é a própria ONU que detém a exclusividade de controle sobre as forças de paz; como órgãos subsidiários da ONU, desfrutam as forças de paz, de caráter internacional, de privilégios e imunidades (artigo 105 da Carta e Convenção de 1946). Mudanças nas forças de paz devem resultar de consultas entre os comandantes e as autoridades apropriadas dos Estados participantes. No caso das relações da ONUC com o Estado “anfitrião”, surgiu o problema prático da ausência de um governo estável¹⁸.

10. Ainda quanto à sua composição, as forças de paz têm sido de modo geral de três tipos: as compostas de contingentes nacionais fornecidos por Estados-membros da ONU, mas sob o controle da ONU, as estabelecidas em base permanente como órgãos da ONU e sob seu controle, e as compostas mediante combinação de um núcleo permanente com contingentes nacionais de apoio. Para o fornecimento de contingentes nacionais têm-se celebrado acordos *ad hoc* (sob o artigo 43 da Carta da ONU), com a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança ou o Secretário-Geral¹⁹.

11. Sabe-se que a Carta da ONU só atribuiu expressamente o poder de investigação ao Conselho de Segurança (artigo 34), cabendo à Assembléia Geral poderes não-decisórios, mas puramente recomendatórios; sabe-se, ademais, que as forças de paz ou emergência não foram expressamente previstas pela Carta²⁰. Seria, pois, de se indagar por que a Assembléia Geral passou a operar também no estabelecimento de forças de paz ou emergência, uma vez que o órgão *primordialmente* responsável pela manutenção da paz e segurança internacionais é o Conselho de Segurança. Recorde-se que, por ocasião da Guerra da Coréia, a Resolução nº 377A(V) de 1950 da Assembléia Geral da ONU, conhecida como resolução *Uniting for Peace*, operou uma transferência à Assembléia Geral – para superar a paralisia do Conselho de

¹⁸ D.W. Bowett. *United Nations Forces – A Legal Study of United Nations Practice*. London: Stevens, 1964, p. 109-151 e 175-254; e cf. Finn Seyersted, *op. cit.*, *supra* nº (1), p. 410.

¹⁹ D.W. Bowett, *op. cit.*, *supra* nº (18), p. 413-386.

²⁰ M. Bedjaoui, *op. cit.*, *supra* nº (3), p. 43-44.

Segurança em decorrência do direito de veto – de responsabilidade residual pela manutenção da paz; este mecanismo foi acionado em crises como, e.g., as de Suez e da Hungria (1956), do Líbano (1958), do Congo (1960). Ora, a intervenção da Assembléia Geral neste contexto difere claramente das medidas previstas no capítulo VII da Carta (para cessação e prevenção de hostilidades), reservadas ao Conselho de Segurança²¹.

12. Na prática, em caso de paralisia do Conselho de Segurança (pelo veto de um de seus membros permanentes), a celebrada resolução *Uniting for Peace* tem sido acionada antes para a convocação de uma sessão especial de emergência da Assembléia Geral (como, e.g., nos casos da Hungria em 1956 e do Líbano em 1958) do que própria e necessariamente para a criação de forças de paz. Para este objetivo, têm-se invocado particularmente os princípios e propósitos da Carta da ONU (e.g., na criação da UNEF, de que participou a Assembléia Geral – cf. *supra*) e mesmo a doutrina dos “poderes implícitos” da ONU²². Na experiência das Nações Unidas nesta área, nem sequer a retirada de forças de paz tem passado sem dificuldades: durante a crise árabe-israelense de 1967, por exemplo, o Secretário-Geral da ONU resolveu – curiosamente – retirar a UNEF, mas como esta era órgão subsidiário da Assembléia Geral²³, esta última – e não o Secretário-Geral apenas – tinha autoridade legal para terminar sua existência. Tem-se assim sugerido que futuras forças de paz só possam vir a ser retiradas mediante o consentimento do Conselho de Segurança ou da Assembléia Geral²⁴.

13. No plano regional (interamericano), a chamada Força Interamericana de Paz (FIP), enviada a São Domingos em meados da década de 1960, constitui um paralelo com as forças de manutenção da paz das Nações Unidas no Oriente Médio, Congo e sobretudo Chipre (*peace-keeping* em situação de guerra civil): assim como, no caso das *Certas Despesas da ONU* (1962), a Corte Internacional de Justiça esclarecera que as primeiras

²¹ J. Charpentier. *Institutions internationales*. 3. ed., Paris: Dalloz, 1970, p. 54-55.

²² Cf. o estudo detalhado de D.W. Bowett. *United Nations Forces - A Legal Study of United Nations Practice*. London, Stevens, 1964, cap. 8, p. 266-312. Cf. também H. Kelsen. *Recent Trends in the Law of the United Nations. A Supplement to the Law of the United Nations*, London: Stevens, 1951, cap. 4, p. 953-990.

²³ Sob o artigo 22 da Carta da ONU.

²⁴ N. Bar-Yaacov, resenha de *The Arab-Israeli Conflict* (ed. J.N. Moore, 3 vols.), In: 12 *Israel Law Review*. 1977, p. 263-265 e 267-268. Sobre a matéria, cf. também, e.g., F. Seyersted. *United Nations Forces: Some Legal Problems*, 37 *British Yearbook of International Law*. 1961, p. 351-475.

forças de paz da ONU não eram *enforcement action* sob o capítulo VII da Carta, dificilmente se poderia relacionar a FIP ao TIAR (que é “o equivalente no sistema interamericano do capítulo VII na Carta das Nações Unidas”)²⁵. No entanto, a despeito do paralelo acima, a atuação da FIP foi marcada pelas controvérsias geradas em torno da intervenção unilateral norte-americana que a precedeu.

14. No início de maio de 1965 a X Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores estabeleceu uma Comissão (composta por representantes da Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala e Panamá) para investigar a situação na República Dominicana e exercer seus bons ofícios para assegurar um cessar-fogo. Nesse meio tempo, tropas dos Estados Unidos intervieram unilateralmente pela força. A X Reunião da Consulta decidiu então criar a FIP: solicitou ao Brasil nomear seu comandante, o que foi feito. Honduras, Costa Rica, Nicarágua e Brasil enviaram contingentes, que se somaram às tropas dos Estados Unidos (muito mais numerosas) que antes intervieram unilateralmente. Não surpreende, pois, que a operação tenha sido objeto de críticas, tal como foi feita. A X Reunião de Consulta, ampliou, enfim, os poderes da Comissão dos Cinco Membros (*supra*), autorizando-a também a mediar²⁶.

15. Vê-se, assim, por este exemplo, dentre outros, que nem sempre as missões de observação da paz, ou de investigação, assim como as forças de paz, encontram-se em “estado puro”; não raro “co-existem”, mas situações as mais diversas (e.g., investigação de incidentes, controle de fronteiras, de trégua, de armistício, de cessar-fogo, etc.), variando sua atuação desde a observação do comportamento das partes até a mobilização e desenvolvimento de operações militares para a paz²⁷. É inegável a importância da atuação das forças de paz em situações de considerável potencial explosivo: recorde-se, *inter alia*, o acordo egípcio-israelense de desmobilização de forças (de 1974), consoante a Conferência de Paz de Genebra, cuja assinatura foi testemunhada

²⁵ M. Akehurst. Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States, 42 *British Year Book of International Law*. 1967, p. 208; e cf. A. Herrero de la Fuente, *op. cit.*, *infra* nº (26), p. 78.

²⁶ M. Akehurst, *op. cit.*, *supra* nº (25) p. 206-207 e 209-210, e cf. p. 226; Alberto Herrero de la Fuente. *Seguridad Colectiva y Arreglo Pacifico de Controversias – Dos Sistemas en Presencia: ONU y OEA*. Valladolid: ed. Universidad de Valladolid, 1973, p. 14-15, 17-23 e 78-80.

²⁷ M. Bedjaoui, *op. cit.*, *supra* nº (3), p. 55.

pelo comandante da Força de Emergência das Nações Unidas²⁸. E cinco anos depois, em 29 de março de 1979, Egito e Israel ratificavam o tratado de paz²⁹, como etapa da maior relevância das negociações conducentes à solução de um conflito que já perdurava por alguns anos.

16. Problema prático que tem surgido é o do financiamento das forças de paz; os fundos têm sido provenientes de diversas fontes, a saber, dos Estados participantes, de outros Estados-membros (por contribuições voluntárias), de todos os Estados-membros (como parte de uma “responsabilidade coletiva”) surgindo aqui o problema do rateio, em relação ao qual distintos critérios podem aplicar-se³⁰. Recorde-se que, em seu celebrado Parecer de 1962 no caso de *Certas Despesas da ONU*, a Corte Internacional de Justiça, face a controvérsias levantadas particularmente pela França e União Soviética quanto ao rateio das despesas com a UNEF (na crise de Suez em 1956) e a ONUC (na operação do Congo em 1960), esclareceu que as referidas despesas recaíram efetivamente sob o artigo 17(2) da Carta da ONU, ao visarem a realização de um dos propósitos das Nações Unidas³¹.

17. A respeito, já se sugeriu, para o financiamento de futuras forças de paz (voluntárias), o estabelecimento de um fundo de reservas, assim como a celebração de acordos *standy-by* (ao invés de acordos *ad hoc*), pelos quais os Estados concordariam antecipadamente com tal financiamento³². A Resolução nº 3.101 (XXVIII) de 1973 da Assembléia Geral da ONU, relativa ao financiamento da Força de Emergência das Nações Unidas (no canal de Suez), veio a assegurar de modo regular o financiamento de operação de manutenção da paz, conforme o artigo 17(2) da Carta da ONU, ou qualquer outro meio de financiamento recomendado ou decidido pelo Conselho de Segurança³³.

18. Conforme observamos no início desta seção (*supra*), o estabelecimento de forças de paz (da ONU) deu-se sem basear-se

²⁸ Cf. texto do acordo reproduzido In: 13 *International Legal Materials*. 1974, p. 23-24.

²⁹ No tocante às providências quanto ao item da segurança (retirada das tropas israelenses de ocupação, e referências a (um) possível envolvimento das Nações Unidas nas operações acordadas pelas partes), cf. A. Perlmutter. *A Race against Time: the Egyptian-Israeli Negotiations over the Future of Palestine*, 57 *Foreign Affairs*. 1979, nº 5, p. 994-995.

³⁰ D.W. Bowett. *United Nations Forces...*, *op. cit.*, *supra* nº (18), p. 468-483.

³¹ Corte Internacional de Justiça, *caso de Certas Despesas da ONU*, *ICJ Reports* cf. (1962) p. 151 n.

³² D.W. Bowett. *United Nations Forces...*, *op. cit.*, *supra* nº (18), p. 468-483.

³³ M. Bedjaoui, *op. cit.*, *supra* nº (3), p. 56.

necessariamente em dispositivos específicos da Carta Constitutiva de Organização, não tendo elas se enquadrado estritamente nos capítulos VI e VII da Carta. Originalmente, quando da redação da Carta da ONU na Conferência de San Francisco em 1945, pretendeu-se distinguir claramente as questões relativas à solução pacífica das controvérsias internacionais (capítulo VI da Carta, dando margem de ação aos organismos regionais), às referentes à ação em casos de ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão (capítulo VII, outorgando “superioridade hierárquica” aos mecanismos da própria ONU)³⁴. Ora, na prática os eventos não seguiram as fórmulas previstas. Primeiramente, a coordenação entre os sistemas global (ONU) e regional (OEA) de segurança coletiva apresentou no decorrer dos anos incertezas e oscilações que persistem até nossos dias. Em segundo lugar, como se depreende do exame acima, as forças de paz não se enquadraram no esquema claro e hermético consagrado na Conferência de San Francisco de 1945, ao qual de certo modo se superpuseram.

19. Assim, não surpreende que a evolução das forças de paz se tenha dado de modo essencialmente empírico ou pragmático, o que pode até certo ponto explicar as incertezas, dificuldades e controvérsias que as circundaram no decorrer dos anos; tais dificuldades estão circunscritas, no entanto, ao âmbito do chamado direito das organizações internacionais, e não se estendem à questão específica da participação das Forças Armadas de um país em operação internacional, a ser enfocada também sob o prisma do direito interno. As cartas constitutivas de organizações internacionais (como a ONU e a OEA) são esclarecedoras (cf. *infra*) ao se voltarem a esta questão específica, que recebe regulamentação própria.

III. *A Constituição de Missões de Observação e Forças de Paz à Luz do Direito Interno Brasileiro*

20. As disposições do direito interno pátrio são claras a respeito da participação das Forças Armadas em operação internacional. Pela atual Constituição Federal compete à União organizar as Forças Armadas, assim como participar de organizações internacionais (artigo 8 (IV) e (I)), estando

³⁴ A. Herrero de la Fuente, *op. cit.*, *supra* nº (26), p. 13.

consagrado o princípio da solução por meios pacíficos de conflitos internacionais, “com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe” (artigo 7º). As cartas constitutivas de organizações internacionais – de que o Brasil é membro – que contemplam a matéria em apreço esclarecem que a constituição de forças de paz ou emergência para operação internacional só se dá mediante *acordos* entre a organização e os Estados-membros.

21. A Carta das Nações Unidas, por exemplo, não poderia ser mais clara ao ressaltar que tais acordos serão concluídos entre o Conselho de Segurança e os Estados-membros (ou grupos destes), e “submetidos à ratificação, pelos Estados signatários, de conformidade com seus respectivos processos constitucionais” (artigo 43(3)). A Carta da OEA, e.g., da mesma forma, determina expressamente que os meios e procedimentos de solução pacífica de controvérsias internacionais serão estabelecidos e regulados por “tratados especiais” (artigos 28 e 26).

22. Estando, assim, a participação das Forças Armadas em operação internacional condicionada indubitavelmente à celebração de acordos especiais nesse sentido, ao Poder Legislativo está assegurada a autorização da medida: se ao Presidente da República compete privativamente celebrar atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional (artigo 81(X) da Constituição Federal), é do Congresso Nacional a competência *exclusiva* de “resolver *definitivamente* sobre tais atos” (artigo 44(I) da Constituição Federal). Assim, a participação das Forças Armadas não poderia se dar sem a prévia aprovação parlamentar do acordo especial a reger a matéria, aprovação esta a ser estendida ou negada *no momento devido*, e não prematuramente de modo a comprometer o salutar equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo. A persistir a necessidade de esclarecimentos pendentes e ulteriores sobre a matéria, prevê a Constituição Federal o comparecimento do ministro de Estado (no caso, das Relações Exteriores) perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas Comissões, quando uma ou outra Câmara, por deliberação da maioria, o convocar para prestar, pessoalmente, informações sobre a matéria (artigo 38 da Constituição Federal). A participação e o controle do Legislativo, em todo o processo, encontram-se, pois, claramente assegurados.

23. Encontram-se devidamente registrados, no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*, exemplos da prática brasileira em

operações de forças de paz³⁵, inclusive de invocação da lei³⁶ que torna obrigatória a anuência do Congresso Nacional nos casos de envio de contingentes brasileiros ao exterior no cumprimento de obrigações internacionais assumidas em organismos de que é membro o Brasil. A necessidade e utilidade do Projeto de Lei nº 184, de 1982, ora emendado, estão assim a requerer demonstração. São decorridos quatro anos em que o referido projeto transita entre o Congresso e este Ministério, por intermédio do Gabinete Civil para Assuntos Parlamentares da Presidência da República, a despeito da clareza dos preceitos de nosso direito interno que regem a questão específica da participação das Forças Armadas do país em operação internacional. As incertezas que têm circundado a matéria no âmbito próprio do direito das organizações internacionais não têm permeado as disposições do direito interno pátrio sobre a questão. É, pois, de todo razoável se esperar seja esta a última vez que presente Projeto de Lei ocupe o tempo e a atenção do Itamaraty.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 7 de agosto de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

³⁵ Cf. A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1941-1960). Brasília: FUNAG, 1984, p. 294-307; *ibid.*, (Período 1961-1981), p. 310-322.

³⁶ Cf. *ibid.*, (Período 1961-1981), p. 313. – Trata-se da Lei nº 2.953, de 17.11.1956, que fixa normas para a remessa de tropas brasileiras ao exterior, prevendo no artigo 1º a devida autorização do Congresso Nacional. Cf. também: Decreto Legislativo nº 61, de 1956 (autorizando o Presidente da República a contribuir com um contingente para a UNEF (Canal de Suez)); Decreto Legislativo nº 38, de 1965 (pelo qual o *Congresso Nacional* autorizou o Presidente da República a enviar contingente brasileiro à República Dominicana). O acordo entre o Brasil e a ONU relativo à constituição da Unef encontra-se reproduzido na *United Nations Treaty Series*. 1957, p. 200-208.

Apresamento de Navio. Direito de Visita. Beligerância e Neutralidade. Direito de Navegação. Reparação de Danos.

PARECER

O Caso do Apresamento do Navio “Lloyd México” no Estreito de Hormuz pela Marinha Iraniana em Julho de 1986

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. Os Fatos: o *Statement of Facts*, o “Termo de Ocorrência” e o “Protesto Marítimo” da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro. III. As Normas. 1. Alcance da Liberdade de Navegação no Direito do Mar. 2. O Chamado Direito Beligerante de Busca e Visita. IV. Reparação de Danos: Bases.

I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer

Em 27 de julho de 1986, o navio nacional “Lloyd México”, de propriedade e armação da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, no curso de viagem do porto de Karachi ao porto de Dubai, foi abordado por uma fragata de Marinha de Guerra do Irã, para fins de visita de verificação do conteúdo da carga de bordo bem como de seu porto de destino. O Itamaraty prontamente instruiu a Embaixada em Teerã a passar nota ao Ministério de Assuntos Estrangeiros do Irã no sentido de que o fato de a Embaixada ter tomado conhecimento de tal evento por comunicação verbal

das autoridades iranianas *in no way impairs its right to revert to the matter, including with a view to seeking compensation for losses or damages due to the owners of the ship or of the cargo* (telegrama nº 200, de 31 de julho de 1986, de Exteriores para a Embaixada em Teerã). Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, Parecer sobre o caso. Para tal, mister se faz, de início, cotejar os fatos do ocorrido com o navio “Lloyd México” com as normas e princípios de direito internacional porventura aplicáveis ao *cas d’espèce*. Nesse exercício, a atenção se deterá no alcance da liberdade de navegação no direito do mar contemporâneo, e no chamado direito beligerante de busca e visita. O campo estará então aberto a considerações finais sobre as bases jurídicas de eventual reparação de danos.

II. *Os Fatos: O Statement of Facts, o “Termo de Ocorrência” e o “Protesto Marítimo” da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro*

2. Dentre os documentos encaminhados ao MRE pela Lloydbras relativos ao recente apresamento do navio “Lloyd México”, é particularmente elucidativo, para instrução de meu parecer, o *Statement of Facts* do comandante do navio. Esclarece este documento que, ao ser abordado em 27 de julho último pela fragata da Marinha de Guerra do Irã, encontrava-se o “Lloyd México” em “alto-mar”, na posição observada de latitude 26° 13’ norte e longitude 55° 56’ leste (estreito de Hormuz). As autoridades navais iranianas, ao invocar o assim-chamado direito beligerante de busca e visita, contaram com a aquiescência do comandante do “Lloyd México”, ciente da existência do estado de guerra entre o Irã e o Iraque.

3. Efetuadas a visita e busca, comunicaram as autoridades iranianas que o “Lloyd México” seria desviado de sua rota, para ser visitado no porto iraniano de Bandar Abbas, onde atracou no dia 28 de julho. No dia 29 oficiais iranianos compareceram a bordo, efetuaram a vistoria (descrita com detalhes no “Termo de Ocorrência” da Lloydbras), liberaram o navio, que, à noite do mesmo dia, prosseguiu viagem com destino ao porto de Dubai. O “Protesto Marítimo” da Lloydbras dá conta, no entanto, de “prejuízos, perdas e danos e lucros cessantes da arribada forçada”. O navio chegou a Dubai no dia 30 de julho.

4. De acordo com telegrama enviado ao MRE pela Lloydbras (nº 1.112, de 13 de agosto de 1986), os prejuízos estimados até o presente, em

custos diretos, foram da ordem de US\$ 6,600.00, assim distribuídos: US\$ 4,000.00 por dia de apresamento, e US\$ 2,600.00 de custos relativos a gastos de óleo diesel (2 ton.) e de óleo combustível correspondente, por um dia de navegação. Ao total de US\$ 6,600.00 há de acrescentar prejuízos causados por “eventuais danos na carga”, que “só poderão ser constatados após recebidas reclamações dos consignatários”. Estes os dados factuais conhecidos até o presente.

III. *As Normas*

5. Passemos dos fatos às normas, concentrando-nos em duas áreas: a do direito de navegação no direito do mar contemporâneo, e a do chamado direito dos conflitos armados (beligerância e neutralidade).

1. *Alcance da Liberdade de Navegação no Direito do Mar*

6. Tanto a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 (artigos 90 e 87(1)(a)) quanto a Convenção de Genebra sobre o Alto-Mar de 1958 (artigos 4 e 2(a)) reconhecem o direito de navegação em alto-mar a todos os Estados (a navios que arvoem suas bandeiras). A Convenção de 1982 reconhece aos Estados ribeirinhos de estreitos utilizados para a navegação internacional a faculdade de, sob certas condições e requisitos ou limitações, designar rotas marítimas e estabelecer sistemas de separação de tráfego para a navegação pelos estreitos, sempre que a segurança de passagem dos navios o exija (artigo 41).

7. A Convenção de 1982 introduz um regime que se encontra à *demi-chemin* entre a liberdade de navegação no alto-mar (*supra*) e o direito de passagem inocente pelo mar territorial (artigos 17-32 da Convenção de 1982, e artigos 14-23 da Convenção de Genebra sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua de 1958), a saber, o regime do direito de *passagem em trânsito* (artigos 37-44). Esclarece a Convenção (artigo 35(2)) que por “passagem em trânsito” se entende

o exercício, de conformidade com a presente parte, da liberdade de navegação e sobrevôo exclusivamente para fins de trânsito contínuo e rápido pelo estreito entre uma parte do alto-mar ou de uma zona econômica exclusiva e uma outra parte do alto-mar ou uma zona

econômica exclusiva. Contudo a exigência de trânsito contínuo e rápido não impede a passagem pelo estreito para entrar no território do Estado ribeirinho ou dele sair ou a ele regressar sujeito às condições que regem a entrada no território desse Estado.

8. A presente parte da Convenção (Parte III, seção 2, artigos 37-44) consagra o exercício do direito de “passagem em trânsito”, ao mesmo tempo em que dispõe sobre os deveres dos navios (e aeronaves) durante a referida passagem, o poder de regulamentação pelos Estados ribeirinhos de estreitos relativa à passagem em trânsito, a cooperação (mediante acordos) entre Estados usuários e Estados ribeirinhos de estreitos, e os deveres dos Estados ribeirinhos de estreitos. Com efeito, no decorrer dos prolongados debates da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1973-1982), as intervenções das delegações do Irã e de Oman (Estados ribeirinhos do Estreito de Hormuz) sobre a questão em apreço, com distintas nuances, revelaram que os dois países só poderiam vir a aceitar algo como o direito de *regulated transit passage* pelo Estreito de Hormuz¹.

9. Tem-se indagado se o direito de “passagem em trânsito” corresponderia hoje ao direito consuetudinário; novidade em relação à Convenção de Genebra sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua de 1958, as disposições sobre o direito de “passagem em trânsito”

ont un caractère de ‘développement progressif’ du droit international. Elles n’auraient de valeur que dès l’entrée en vigueur de la Convention [de 1982] et pour le seul cercle des États parties à celle-ci, à moins qu’on puisse démontrer que le droit coutumier d’aujourd’hui a adopté des principes correspondant à ceux de la Convention².

10. No presente caso, em vão buscariam as autoridades iranianas amparo jurídico nas disposições pertinentes do direito do mar para tentar justificar o apresamento do navio “Lloyd México”, acima descrito. Dado o

¹ Cf. relato in: R.K. Ramazani. *International Straits of the World: The Persian Gulf and the Strait of Hormuz*. Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1979, p. 80-88.

² R.-J. Dupuy, D. Vignes et alii. *Traité du Nouveau Droit de la Mer*. Bruxelles: Economica/Bruylant, 1985, p. 805-806.

estado de guerra, que perdura por seis anos, entre o Irã e o Iraque³, só lhes restaria recorrer, no âmbito do chamado direito dos conflitos armados, às regras atinentes às relações entre beligerantes e neutros.

2. O Chamado Direito Beligerante de Busca e Visita

11. Com efeito, a doutrina e prática do direito internacional dão conta da existência de um antigo direito beligerante de visita e busca. Seu exercício visa comprovar se os navios mercantes neutros pertencem realmente a potências neutras e, se for este o caso, se não estão *rendering unneutral service to the enemy*⁴. Pressupõe, pois, a existência de estado de beligerância (só o podendo exercer navios de guerra dos beligerantes), e compreendendo o “direito de fazer parar o navio neutro” seguido do de “neste dar busca”⁵. Quanto ao local da ocorrência, esclarece Accioly que “os navios de guerra beligerantes têm o direito de visitar os navios mercantes que encontrem em alto-mar ou nas águas territoriais dos Estados em guerra”⁶. Oppenheim igualmente elucida que *the region where the right may be exercised is the maritime territorial belt of either belligerent, and the open sea (...)*⁷.

12. A prática internacional fornece exemplos de desvio de rota de navio neutro para porto nacional do beligerante captor (para ser efetuada a visita)⁸, mas tal faculdade não é ponto pacífico e pode ser questionada: recorde-se que, no caso do navio francês *Manouba* (França *versus* Itália, 1913), o Tribunal Arbitral julgou que o desvio do navio francês para ser visitado no porto italiano de Cagliari (Sardenha) *was not legal, e an indemnity is due on account of the delay occasioned to the Manouba by its unwarranted capture and its convoy to Cagliari(...)*⁹. O Tribunal Arbitral precisou o montante de

³ Para a tese de que os dois países beligerantes estão obrigados a submeter suas controvérsias a método de solução pacífica, à luz do disposto em tratado celebrado em 1937, cf. S.H. Amin. The Iran-Iraq Conflict: Legal Implications, 31 *International and Comparative Law Quarterly*. 1982, p. 167-188.

⁴ L. Oppenheim. *International Law - A Treatise*. Ed. H. Lauterpacht), vol. 2, 7. ed., London: Longman, 1972 (8ª impr.), p. 848.

⁵ H. Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. III, 2. ed., Rio de Janeiro, 1957, p. 410.

⁶ *Ibid.*, p. 410.

⁷ L. Oppenheim, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 849.

⁸ Cf. H. Accioly, *op. cit.*, *supra* nº (5), p. 411-412.

⁹ Texto do laudo arbitral de 6 de maio de 1913, reproduzido In: 7 *American Journal of International Law*. 1913, p. 634-636.

indenização devida pelo Governo italiano, em razão das perdas e danos sofridos, decorrentes da captura e desvio de rota do *Manouba*¹⁰.

13. O *Tratado* de Oppenheim é claríssimo ao advertir que a visita e busca, em navio mercante neutro, hão de efetuar-se com zelo e sem uso da força, e que os responsáveis pela captura e desvio a porto nacional para busca “*must bear in mind that full indemmities must be paid to the vessel for loss of time and other losses sustained, if finally she is found innocent(...)*”¹¹. Assim, o exercício do chamado direito beligerante de visita e busca não exime o Estado captor da obrigação de reparar as perdas e danos indevidamente infligidos ao navio mercante neutro, comprovadamente inocente.

IV. *Reparação de Danos: Bases*

14. O princípio da reparação de danos no direito internacional encontra seu *locus classicus* no celebrado *dictum* da Corte Permanente de Justiça Internacional, no *caso da Fábrica de Chórzow (Indenização)* (Alemanha *versus* Polônia, 1928), que permanece válido até nossos dias:

– *The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law*¹².

15. Acrescentou a CPJI que *the rules of law governing the reparation are the rules of international law in force between the two States concerned*¹³.

¹⁰ Cf. *ibid.*, p. 636-637.

¹¹ L. Oppenheim, *op. cit.*, *supra* nº (4), p. 853.

¹² CPJI. Série A, nº 17, 1928, p. 47.

¹³ *Ibid.*, p. 27-28.

Quanto à *forma* da indenização, no caso da *Indenização Russa* (Rússia *versus* Turquia, 1912), esclareceu a Corte Permanente de Arbitragem que

*toutes les fautes, quelle qu'en soit l'origine, finissent par être évaluées en argent et transformées en obligation de payer; elles aboutissent toutes, ou peuvent aboutir, en dernière analyse, à une dette d'argent. (...) Identiques dans leur origine, la faute, elles sont les mêmes dans leurs conséquences, la réparation en argent*¹⁴.

16. No presente caso, à luz do acima exposto, vê-se como inquestionável o dever do Irã de reparar os danos infligidos ao “Lloyd México”, cabendo, pois, reclamação nesse sentido. Como observou a Comissão Mista de Reclamações no *caso da Decisão Administrativa nº V* opondo a Alemanha aos Estados Unidos em 1924, *the ultimate object of asserting the claim is to provide reparation*¹⁵ pelos danos causados. Se, no presente caso, interposta a reclamação pelo Brasil, vier o Irã a objetar com base, e.g., na necessidade de prévia utilização e de esgotamento das vias internas ou nacionais de reparação, caberá ao Brasil replicar que no *cas d'espèce* não há como invocar e aplicar a referida objeção, não só por ter a ocorrência de que resultaram os danos se originado em alto-mar, mas também por pertencer o navio nacional “Lloyd México” à Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, de cuja composição acionária participa a União Federal com 99,691% do capital¹⁶. Justificar-se-ia, assim, plenamente, a pronta transposição do caso ao plano do *contentieux diplomatique* interestatal¹⁷.

17. Os estudos sobre a matéria¹⁸ tendem a ser um tanto abstratos, em virtude do fato de que as notas diplomáticas contendo protestos e reivindicando reparação de danos permanecem, em sua maior parte, não-publicadas. Recentemente, porém, o professor Ian Brownlie, da Universidade

¹⁴ UN. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XI, p. 440.

¹⁵ UN. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. VII, p. 153.

¹⁶ Cf. Presidência da República/SEPLAN-SEST. *Cadastro das Empresas Estatais*. 1984, p. 478.

¹⁷ Para o estudo mais recente sobre este ponto, cf. A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 1-412; e cf. A. A. Cançado Trindade. O Contencioso Diplomático e os Recursos de Direito Interno, 66 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. 1980, p. 153-174.

¹⁸ Especificamente sobre a questão da reparação de danos, cf., e.g., L. Reitzler. *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international*. Paris: Suez, 1938; M.M. Whiteman. *Damages in International Law*. Vols. I-II. Washington: Government Printing Office, 1937.

de Oxford, reuniu e deu a público 19 exemplos a ilustrar a prática dos Estados sobre a matéria, dois dos quais parecem-me particularmente pertinentes: a nota do Chanceler da Argentina ao Embaixador do Chile em Buenos Aires, de 1967, anunciando que a Argentina pleitearia reparação pelos danos sofridos pelos proprietários do navio argentino “Cruz del Sur” (em águas supostamente argentinas), e a nota verbal da Embaixada da República Federal da Alemanha ao Ministério Islandês de Assuntos Estrangeiros, de 1972, invocando a responsabilidade da Islândia por danos causados a barcos pesqueiros alemães no alto-mar e reservando o direito de reivindicar reparação¹⁹.

18. Quanto a antecedentes atinentes ao Brasil, recorde-se o caso da apreensão de mercadorias do vapor “Buarque”, pertencente ao Lloyd Brasileiro, efetuada por autoridades inglesas de controle, em Port of Spain. Na ocasião, o então Consultor Jurídico do Itamaraty, S. do Rêgo Barros, em Parecer emitido em 7 de dezembro de 1940, concluiu, após exame do caso, pelo protesto do Governo brasileiro a ser seguido por reclamação de indenização pelos prejuízos sofridos²⁰.

19. No presente caso, o Itamaraty, pela nota que instruiu a Embaixada em Teerã a passar à Chancelaria Iraniana em 31 de julho último, reservou o direito de retomar a questão oportunamente, *including with a view to seeking compensation for losses or damages due to the owners of the ship or of the cargo* (cf. *supra*). Os prejuízos estimados até o presente pela Lloydbras são da ordem de US\$ 6,600.00, aos quais haveria que acrescentar prejuízos causados por “eventuais danos na carga”, que só poderiam ser constatados, como já indicado, “após recebidas reclamações dos consignatários” (*supra*). Até o presente o Governo iraniano ainda não respondeu a nota supracitada de nossa Embaixada em Teerã. Na pendência dessa resposta, e da obtenção de informações adicionais da Lloydbras sobre eventuais danos na carga do “Lloyd México”, penso que a Secretaria de Estado pode cogitar de uma nova manifestação de nossa parte, para o momento que julgar apropriado ou oportuno, do seguinte teor:

¹⁹ Cf. Ian Brownlie. *System of the Law of Nations – Part I, State Responsibility*. Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 90 e 101-103.

²⁰ Cf. MRE. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1935-1945)*. Departamento de Imprensa Nacional, 1961, p. 346-348.

The Government of the Federative Republic of Brazil holds the Government of the Islamic Republic of Iran responsible for any damage that has arisen or may still arise as a result of the action taken with regard to the Brazilian merchant ship “Lloyd Mexico” and reserves the right to assert appropriate claims for damages against the Islamic Republic of Iran after the damage sustained has been finally assessed.

Este, salvo melhor juízo é o meu Parecer.

Brasília, 19 de setembro de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Casais de Diplomatas. Remoção.
Remuneração no Posto.

PARECER

Ponderações sobre a Questão da Remoção de Casais de Diplomatas

Lex Lata:

Para os propósitos específicos do tratamento da questão da remoção de casais de diplomatas, não há como, no presente, equiparar a situação de diplomatas casados com a de casais de diplomatas em situações análogas. Se me fosse dado, como aos sociólogos, debruçar-me tão-somente sobre os costumes e não sobre a lei, sobre o fato social e não sobre o fato jurídico, poderia partir da premissa de que se equiparam, para fins de remuneração no posto, as situações de diplomatas casados e de casais não legalmente casados e, ademais, lamentar que a lei não consiga, ou não tenha conseguido, acompanhar neste particular o ritmo de evolução dos costumes. Persistindo a brecha entre direitos e expectativas (quanto a remoção) (cf. Informação de 16.12.1986) e a diferenciação (quanto a remuneração no posto) entre diplomatas casados e casais de diplomatas não legalmente casados introduzida pela vigência do Decreto-lei nº 2.234/85, saberá a Administração no quadro atual arcar com as conseqüências de suas próprias decisões em cada *cas d'espèce*.

Da linguagem mandatória do artigo 16 da Lei nº 5.809/72 (que dispõe especificamente sobre retribuição e direitos do pessoal em serviço da União no Exterior) tem-se inferido que a representação é parte integrante da remuneração do diplomata no exterior. O subseqüente Decreto-lei nº 2.234/

85 veio a estabelecer que, no caso de diplomatas casados, apenas um dos cônjuges fará jus à indenização de representação e ajuda de custo (transporte). Este Decreto-lei surte efeitos, e foi pela primeira vez aplicado na remoção do casal de diplomatas Didonet/Kleebank.

Enquanto o referido Decreto-lei trata especificamente da questão da [limitação] a remuneração a diplomatas casados no exterior, a Lei nº 7.501/86 (Lei de Reforma sobre o regime jurídico dos funcionários do serviço exterior) dispõe, *incidenter tantum*, que um dos cônjuges pode entrar em licença, sem remuneração ou retribuição (artigo 23). A rigor, não se trata *stricto sensu* da mesma matéria, porquanto nem a Lei nº 7.501/86, nem o recente Decreto nº 93.325/86 (Regulamento de Pessoal do Serviço Exterior, que dispõe – artigo 21 – sobre a remoção de casal de diplomatas legalmente constituído para o mesmo posto ou postos diferentes na mesma sede) tratam especificamente das vantagens devidas a diplomatas no exterior.

Até aí vai o direito positivo, que, no presente, impossibilita a equiparação, para fins de remuneração no posto, entre diplomatas legalmente casados e casais de diplomatas em situação análoga. Por um lado, não há fundamento legal para estender a estes últimos o mesmo tratamento aplicado aos diplomatas casados em virtude do Decreto-lei nº 2.234/85; por outro lado, a não-extensão do regime do Decreto-lei nº 2.234/85 aos casais de diplomatas não legalmente casados cria um desequilíbrio de tratamento, pois os coloca em posição vantajosa quanto a remuneração plena, denegada aos casais legalmente constituídos, precisa e ironicamente em razão de sua condição.

De Lege Ferenda

Como alcançar o objetivo de equidade de tratamento aparentemente visado pela Administração? Passamos aqui do terreno da *lex lata* ao da *de lege ferenda*. Parece-me haver um caminho seguro aberto à Administração: buscar a eliminação do elemento de diferenciação introduzido pelo Decreto-lei nº 2.234/85. Diplomatas casados e casais de diplomatas têm em comum a condição de *diplomatas*, concursados, que desempenham tarefas que se equivalem, às quais devem corresponder remunerações equivalentes, em função da natureza do trabalho e não da condição pessoal de cada um. A simples revogação do inteiro teor do Decreto-lei nº 2.234/85 por um novo

decreto-lei atenderia ao objetivo da equidade de tratamento; afigura-se, ademais, como solução que, além de aproximar a lei dos rumos da evolução dos costumes, atende, a um tempo, aos reclamos da segurança administrativa e da justiça.

Brasília, 19 de dezembro de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

1987

Convenção Americana de Direitos Humanos; Projeto de Protocolo Adicional. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Implementação.

PARECER

O Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Elementos para a Tomada de Posição do Brasil

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. A Dicotomia entre os Direitos Civis e Políticos e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. III. A Superação Doutrinária da Dicotomia pelo Reconhecimento da Indivisibilidade dos Direitos Humanos. IV. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: a Busca de Solução. 1. Os Esforços no Continente Europeu. 2. Os Esforços no Continente Americano. V. Considerações Finais e Conclusões.

I. Delimitação do Objeto do Parecer

Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer sobre o Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ora em exame na Organização dos Estados Americanos (OEA). O último Projeto de Protocolo Adicional, de autoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi recentemente concluído e dado a

público, de modo a possibilitar-me, agora, opinar sobre a matéria. Faço-o em tempo hábil, porquanto os Estados-membros da OEA que desejarem se manifestar sobre a questão têm o prazo de até 31 de março de 1987 para fazê-lo.

2. Para o atendimento à presente consulta, mister se faz examinar, em seqüência lógica, a clássica dicotomia entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a superação doutrinária dessa dicotomia pelo reconhecimento da indivisibilidade dos direitos humanos, e a busca de solução à questão da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais (os esforços desenvolvidos a respeito nos continentes europeu e americano); estará o campo então aberto à apresentação das considerações finais e conclusões.

II. *A Dicotomia entre os Direitos Civis e Políticos e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*

3. As raízes da presente questão – o tratamento distinto das duas categorias de direitos, quais sejam, de um lado, direitos civis e políticos, de outro, direitos econômicos, sociais e culturais – remontam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente a decisão tomada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1951 de elaborar, ao invés de um Pacto, dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, voltados, respectivamente, às duas categorias de direitos (cf. detalhes In: A. A. Cançado Trindade. *Exhaustion of Local Remedies under the UN Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol*, 28 *International and Comparative Law Quarterly*. 1979, p. 734-765). Pressupunha-se, na época, que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação “imediate”, requerendo obrigações de *abstenção* por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas *progressiva*, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado.

4. No âmbito regional europeu, paralelamente à Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950 (seguida de oito Protocolos Adicionais até o presente), concluiu-se a Carta Social Européia de 1961, esta última incorporando os direitos econômicos e sociais, com mecanismo distinto

de implementação (essencialmente, o sistema de relatórios periódicos), devido à pressuposição de que não se poderia aplicar àquela categoria de direitos um procedimento de controle judicial ou quase-judicial.

5. No continente americano, durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, projetos apresentados pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos (em 1959) e pelo Chile e Uruguai (1965) favoreciam a inserção na Convenção Americana também dos direitos econômicos e sociais, mas prevaleceu a tese oposta de que a Convenção deveria cobrir especificamente os direitos civis e políticos, já reconhecidos nas Constituições e legislação da maior parte dos Estados Americanos. Por conseguinte, a Convenção Americana veio a conter apenas um dispositivo (artigo 26) sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, dispondo sobre seu “desenvolvimento progressivo”; tais direitos recaíam sob as normas econômicas, sociais e culturais (artigos 29-50) da Carta (emendada) da Organização dos Estados Americanos.

III. A Superação Doutrinária da Dicotomia pelo Reconhecimento da Indivisibilidade dos Direitos Humanos

6. A dicotomia entre as duas categorias de direitos se veria logo questionada, se não superada. Pouco após a adoção dos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos (e Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos) em 1966, na reavaliação global da matéria a que procedeu a Conferência de Direitos Humanos de Teerã de 1968 proclamou-se a *indivisibilidade* dos direitos humanos: a realização plena dos direitos civis e políticos passou a ser tida como impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (UN. *Final Act of the International Conference on Human Rights*, ONU doc. A/CONF.32/41, de 1968, p. 4-5). Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas nº 32/130 de 1977 reiterou a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos.

7. A nova visão da matéria repercutiria no âmbito regional. No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu *Relatório* referente a 1979-1980, reconheceu a “relação orgânica”, em grande parte “de causa e efeito”, entre as duas categorias de direitos (OEA, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights – 1979-*

1980, p. 151-152). No continente europeu, a Corte Européia de Direitos Humanos, em seu julgamento no *caso Airey*, afirmou não haver divisão clara entre as duas categorias de direitos (Corte Européia D.H., *caso Airey*, julgamento de 9.10.1979, Série A, vol. 32, p. 15 § 26). No continente africano, a nova Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981 incorporou, a par dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais, e os direitos das coletividades. O campo estava assim aberto à busca de uma solução para a questão da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais nos continentes europeu e americano.

IV. *Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: a Busca de Solução*

8. No continente europeu já se dispõe, como acima indicado, da Carta Social Européia, mas a insatisfação com seu mecanismo de implementação levou recentemente à busca de soluções alternativas (cf. *infra*) para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. No continente americano, a despeito da existência da chamada Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (aprovada na IX Conferência Internacional Americana, de Bogotá, de 1948, como declaração dos “direitos sociais do trabalhador”), persiste a brecha no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, porquanto as normas econômicas, sociais e culturais da Carta (emendada) da OEA não visam propriamente proteger ou garantir direitos humanos, mas antes determinar objetivos ou linhas de conduta para os Estados-membros neste domínio (H. Gros Espiell. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. San José: Libro Libre, 1986, p. 111-116).

1. *Os Esforços no Continente Europeu*

9. No continente europeu, a Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa cogitou em 1978 de duas alternativas: o fortalecimento do mecanismo de supervisão da Carta Social Européia (de modo a incluir, a par de relatórios, também o sistema de petições), e a possível incorporação, na Convenção Européia de Direitos Humanos – dotada de sistema de controle judicial – de alguns direitos econômicos, sociais e culturais. Os debates que

logo se abriram, no seio da Comissão de Assuntos Jurídicos da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, concentraram-se na definição de *critérios* a serem seguidos para seleção dos direitos econômicos e sociais que, tidos como *justiciables*, poderiam, se adequadamente formulados, prestar-se ao mecanismo de proteção contemplado na Convenção Européia.

10. Sugeriu-se, por exemplo, que haveriam de ser selecionados os direitos, verdadeiramente *fundamentais* e universais, que pudessem ser estendidos a todas as pessoas (*Everyone has the right to...*) e passíveis de formulação suficientemente precisa de modo a gerar obrigações legais da parte do Estado (F.G. Jacobs. *The Extension of the European Convention on Human Rights to Include Economic, Social and Cultural Rights*, 3 *Human Rights Review*. 1978, p. 166-178). Insistiu-se em que os direitos a serem selecionados para inclusão na Convenção Européia deveriam ser claramente “implementáveis” (*enforceable*), como, e.g., certos direitos em matéria trabalhista e previdenciária, não se excluindo – em discrepância com a proposta anterior (*supra*) – direitos atinentes a certos grupos de pessoas (e.g., mulheres, crianças, etc.) (A. Berenstein. *Economic and Social Rights: Their Inclusion in the European Convention on Human Rights – Problems of Formulation and Interpretation*, 2 *Human Rights Law Journal*. 1981, p. 257-280).

11. Atentou-se para o fato de que os direitos econômicos e sociais constituem, em última análise, direta ou indiretamente, emanação do *direito ao trabalho*:

le noyau des droits économiques et sociaux est constitué par le droit au travail et par le droit à la sécurité sociale” (K. Vasak, “Les problèmes spécifiques de la mise en oeuvre internationale des droits économiques et sociaux de l’homme”, Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux? (Colloque de Louvain, 1972), Bruxelles: Bruylant/Vander, 1973, p. 23-24).

Para a iniciativa dos debates sobre a matéria na Europa ainda nos anos 70 contribuíram certamente o reconhecimento e a cristalização nos países europeus do conceito de *welfare rights* e a proliferação de tribunais nacionais lidando com reclamações industriais e previdenciárias (cf. F.G. Jacobs, *op. cit.*, *supra*, p. 167). No entanto, no âmbito do Conselho da Europa a matéria permanece até o presente em aberto: ainda não se chegou a uma definição

quanto a opção pela incorporação dos direitos adicionais no *corpus* da Convenção Européia ou pelo fortalecimento do mecanismo de supervisão da Carta Social Européia.

2. *Os Esforços no Continente Americano*

12. No continente americano, a Assembléia Geral da OEA, com base em proposta da Costa Rica em 1982, solicitou ao Secretariado da OEA o preparo de um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Projeto foi apresentado pelo Secretariado em 1983; em seus comentários sobre o mesmo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressaltou a importância do sistema de relatórios sob o referido Projeto de Protocolo, acrescentando significativamente que para alguns dos direitos a serem consagrados poder-se-ia cogitar de sistema de proteção similar ao dos direitos civis e políticos.

13. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se duas vezes sobre o referido Projeto de Protocolo. Em seus primeiros comentários, de 1984, advertiu para o risco de expansão do âmbito dos direitos protegidos de modo a abranger – sob o mesmo mecanismo de garantia – direitos “não inteira e imediatamente implementáveis judicialmente”. Em seus comentários subseqüentes, de 1986, no entanto, a Corte Interamericana, em atitude mais positiva, referiu-se à interdependência dos direitos humanos e admitiu que determinados direitos econômicos, sociais e culturais podem ser objeto de um sistema de proteção similar ao dos direitos civis e políticos.

14. Em 1986 a Comissão Interamericana, como anteriormente o fizera o Secretariado da OEA (cf. *supra*), apresentou também seu Projeto de Protocolo Adicional sobre a matéria em apreço. Tal como se apresenta no momento, o Projeto elaborado pela Comissão, ora em exame na OEA, toma como ponto de partida um núcleo de direitos constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação (e outros direitos conexos) assim como direitos atinentes à proteção de três grupos em particular, a saber, crianças, pessoas idosas e inválidos. O mecanismo de proteção contemplado (projeto de artigo 21) compreende um sistema de relatórios especiais (a

ser determinado pelo Regulamento da Comissão) e, em relação a certos direitos (*infra*), o mesmo sistema de proteção estabelecido na Convenção Americana para os direitos civis e políticos (incluindo o direito de petição individual.

V. *Considerações Finais e Conclusões*

15. Na bibliografia especializada, estudos recentes sobre a matéria tendem a admitir a viabilidade de sistema de proteção análogo ao dos direitos civis e políticos para determinados direitos econômicos e sociais, como a liberdade sindical, o direito à greve, e o direito e liberdade de educação (selecionados, por sinal, pelo Projeto de Protocolo da Comissão Interamericana). Embora a posição da OIT a respeito tenha sido até o presente cautelosa, equivaleria a postura acima a admitir para a proteção deste reduzido núcleo de direitos tanto o sistema de relatórios periódicos quanto o de petições. Recorde-se que para a supervisão de suas inúmeras Convenções Internacionais do Trabalho, dispõe a OIT, além do celebrado sistema de relatórios, do sistema de reclamações (queixas interestatais e reclamações, com base nos artigos 26 e 24 da Constituição da OIT, respectivamente, e procedimento especial relativo à liberdade sindical, estabelecido em 1950-1951).

16. No segundo semestre de 1985 tomou o Brasil a decisão de aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos, no âmbito regional, e aos Pactos de Direitos Humanos (e Protocolo Facultativo) das Nações Unidas, no plano global, em um reencontro com sua verdadeira tradição nesta área. A iniciativa do Itamaraty nesse sentido (cf. fundamentos em meu longo Parecer MRE-CJ/01, “O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil”, de 16.8.1985, p. 1-62) configurou-se na remessa ao Senhor Presidente da República, em 29 de outubro de 1985, de proposta de adesão do Brasil à Convenção Americana e projeto de Mensagem ao Congresso Nacional a respeito, e, em 22 de novembro de 1985, de projeto de Mensagem ao Congresso Nacional sobre a adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em 28 de novembro de 1985 o Senhor Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional as duas

Mensagens sobre a adesão do Brasil aos três tratados humanitários supracitados. A matéria encontra-se, até a presente data, pendente no Congresso, em estudo.

17. Coerente com a decisão de 1985, deve o Brasil, no meu entender, prestar seu claro apoio à presente iniciativa do Projeto de Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No propósito de assegurar que este último se fundamente em bases sólidas que lhe garantam a necessária eficácia, duas providências, a meu ver, deveriam neste estágio ser tomadas pelo Itamaraty (Secretaria de Estado):

a) no plano externo, instruir nossa Missão junto à OEA (Delbrasupa) para que solicite ao Grupo de Trabalho Encarregado de Estudar as Propostas sobre o Conteúdo do Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) do Conselho Permanente da OEA averiguar com detalhes os motivos pelos quais a iniciativa congênere tomada em 1978 no âmbito do Conselho da Europa (incorporação à Convenção Europeia de Direitos Humanos de determinados direitos econômicos, sociais e culturais – *supra*) não se concretizou até o presente, e relatar a respeito, – porquanto o recente Relatório do referido Grupo de Trabalho da CAJP do Conselho Permanente da OEA (documento OEA/Ser.G-CP/CAJP-654/86, de 20.10.86) não contém qualquer esclarecimento ou referência a respeito;

b) no plano interno, encaminhar Aviso ao Ministério do Trabalho solicitando seus comentários, a meu ver necessários, sobre as normas substantivas do Projeto de Protocolo à Convenção Americana (artigos 6 a 20, texto In: OEA, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1985-1986*, doc. OEA/Ser.L/V/II.68-doc.8 rev.1, de 28.9.86, p. 216-222).

18. Se estas duas providências, a meu ver apropriadas e necessárias, vierem a ser tomadas pelo MRE (Secretaria de Estado), como espero, muito apreciaria se os dados e resultados obtidos fossem oportunamente encaminhados a esta Consultoria Jurídica para acompanhamento e reavaliação da matéria. As providências acima sugeridas, repito, se inspiram na convicção de que não poderá deixar o Brasil de prestar seu claro apoio

à presente iniciativa, destinada a fortalecer no continente americano a proteção nacional e internacional do indivíduo no domínio econômico, social e cultural.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 26 de março de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Parlamento Latino-Americano: Projeto de Tratado de Institucionalização; Análise Crítica. Parlamento Europeu: Experiência Paralela. Posição do Brasil.

PARECER

Análise Crítica do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. A Experiência Paralela e Distinta do Parlamento Europeu. III. O Parlamento Latino-Americano “Não-Institucionalizado”. IV. A Proposta de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano. V. Análise Crítica do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano (1987). VI. Ponderações Finais.

I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer

Vem ganhando peso nos últimos meses a idéia de institucionalização do chamado “Parlamento Latino-Americano”, devido em grande parte a pressões recentes nesse sentido dos Legislativos nacionais, e mesmo (em menor grau) das Chancelarias, de alguns dos países da região. Assim sendo, solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre o presente Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano (texto em anexo), como parte dos *travaux préparatoires* da Delegação do Brasil à próxima Reunião de Cartagena das

Índias, em que se discutirá o referido Projeto de Tratado. Para tal, mister se faz, de início, estudar a experiência distinta do Parlamento Europeu e, paralelamente, a formação do Parlamento Latino-Americano “não-institucionalizado”; cumprir, a seguir, examinar a recente proposta de institucionalização do Parlamento Latino-Americano, e a evolução da posição do Brasil em relação à mesma. O campo estará enfim aberto a uma análise crítica, artigo por artigo, do presente Projeto de Tratado de Institucionalização, seguida de algumas ponderações finais sobre a matéria.

II. *A Experiência Paralela e Distinta do Parlamento Europeu*

2. Ao se lançarem as bases para futura união política dos países da Europa Ocidental, foi criado o Conselho da Europa em 1949, no âmbito do qual foi estabelecida, com poderes bastante limitados, sua Assembléia Consultiva, inteiramente subordinada ao Comitê de Ministros (do Conselho). No contexto do movimento de integração econômica regional, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) foi estabelecida em 1952 pelo Tratado de Paris, e a Comunidade Econômica Européia (CEE) juntamente com a Comunidade Européia da Energia Atômica (Euratom) foram estabelecidas em 1958 pelos Tratados de Roma: estes tratados básicos europeus criaram organismos quase-governamentais – Assembléia, Conselho, Alta Autoridade e Corte, – objeto de racionalização institucional pelo Tratado de Fusão (Merger) de 1965. Todos os tratados básicos (CECA, CEE, Euratom), assim como o de Fusão, se referiram a uma “Assembléia”, dotada de poderes consultivos e de supervisão. A própria Corte Européia, em sentenças a partir de 1959, passou a usar o termo “Assembléia Parlamentar” ou “Parlamento”. E em resolução de 30 de março de 1962 a Assembléia decidiu se autodenominar “Parlamento Europeu”.

3. A Assembléia Parlamentar, ou “Parlamento Europeu”, jamais se contentou com os poderes bastantes limitados que originalmente lhe foram outorgados, e cedo se esforçou por ampliá-los. No âmbito do Conselho da Europa (Estrasburgo), os membros da Assembléia Consultiva tentaram lograr aquele fim no decorrer dos anos mediante emendas ao Estatuto. Por meio deste artifício, a Assembléia desenvolveu novas relações com o Comitê de Ministros, e adquiriu para si as prerrogativas de determinar sua própria agenda, assegurar a eleição de seus membros pelos parlamentos nacionais,

propor seu próprio orçamento e opinar sobre o do Conselho da Europa, permitir convocação em sessão extraordinária. No âmbito da CEE (Bruxelas), em 1972 reconheceu-se a necessidade de gradual expansão dos poderes regulatórios e de controle do “Parlamento Europeu”, e a previsão de eleição mediante sufrágio universal¹ (em 1979).

4. À época das eleições diretas, o Parlamento Europeu ou Assembléia Consultiva do Conselho da Europa conseguira adotar Regulamento a reger questões capitais como o funcionamento de treze comitês permanentes, a votação, os grupos políticos², a função da presidência, e assim por diante, e desse modo “sintetizar as diferentes tradições parlamentares” europeias³. Ao início da década de 1980 o Parlamento Europeu já reagia prontamente, mediante resoluções, a eventos como o incidente diplomático Irã/Estados Unidos e a questão do Afeganistão. No entanto, a gradual expansão dos poderes do Parlamento Europeu nunca conseguiu livrar-se de uma certa “ambiguidade” em sua própria concepção, como órgão para contribuir ao “diálogo” entre as próprias instituições europeias (*supra*), ou como câmara de ressonância de uma “opinião pública europeia nascente”⁴.

5. Com efeito, relativamente pouco se tem escrito sobre o Parlamento Europeu, em comparação com a vastíssima bibliografia especializada sobre a integração regional europeia. Os juristas europeus são cautelosos em relação ao processo de gradual expansão dos poderes do Parlamento. Meu ex-mestre da Universidade de Cambridge, o professor K. Lipstein, em seu estudo de *scholar* sobre o direito da Comunidade Econômica Europeia, concentra-se sobretudo na Comissão CEE (de Bruxelas) e na jurisprudência da Corte de Justiça da CEE (o Tribunal de Luxemburgo), e

¹ Sobre este último ponto, cf. P.S.R.F. Mathijssen. *A Guide to European Community Law*. 2. ed. London, NY: Sweet and Maxwell/M. Bender, 1975, p. 174.

² A composição do Parlamento Europeu, i.e., o número de delegados a serem enviados por cada país era objeto de regulamentação inclusive do próprio Tratado de Roma (CEE) (artigo 138). Cf. M. Seara Vázquez. *Tratado General de la Organización Internacional*. 2. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 819.

³ Àquela época, a Assembléia Consultiva adotara cerca de mil recomendações ao Comitê de Ministros. Cf. G. Adinolfi. *Pouvoirs limités mais influence réelle d'un organe consultatif: l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe*, 27 *Annuaire européen/European Yearbook*. 1979, p. 25-54.

⁴ R. Jackson. ‘And Now We Are One’: The First Year of the European Parliament, 27 *Annuaire européen/European Yearbook*. 1979, p. 55-70, esp. p. 57.

não dedica o menor espaço ao Parlamento Europeu⁵. E outro grande especialista, o juiz P. Pescatore, da Corte de Justiça da CEE, ao falar da emergência de um “poder legislativo multinacional”, teve em mente especificamente o processo legislativo comunitário (e.g., o poder de regulamentação sob o artigo 189 do Tratado CEE), e *não* o Parlamento Europeu⁶. O fato é que o Parlamento Europeu foi originalmente concebido como – distintamente de um Parlamento clássico – desprovido de poder legiferante e de poder de controle orçamentário (comunitário); este último só lhe foi outorgado mediante um Tratado assinado em Luxemburgo em 1970.

6. Assim mesmo, reveste-se naturalmente de característica parlamentar, não só pela estrutura interna (presidência, mesa do Parlamento e comissões, a exemplo dos Parlamentos nacionais europeus), como pela composição. Por ocasião da primeira eleição direta, de 1979, passou o Parlamento a compor-se de 410 deputados eleitos (provenientes de nove países, e distribuídos em distintos blocos partidários⁷); os debates parlamentares têm em muito contribuído para a formação de uma opinião pública europeia, além de influenciarem nas relações dos Governos com as instituições comunitárias e entre si. Há, ademais, as relações entre o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais, mediante intercâmbio regular de informações e cooperação, e interpelação sobre assuntos europeus de interesse dos parlamentos nacionais. Ao gradual fortalecimento, no decorrer dos anos, dos poderes do Parlamento Europeu corresponde uma delegação de soberania por parte dos Governos nacionais nele representados.

7. Os países europeus têm se mostrado dispostos a levar cautelosamente adiante a experiência, na aparente convicção de que a Europa Ocidental possui hoje uma comunhão de interesses específicos que lhe compete afirmar e buscar “legitimar” no plano internacional. Por vezes levantam-se dúvidas se a expressão das transformações por que passa a sociedade europeia deveria caber ao Parlamento Europeu ou aos órgãos na própria CEE (especialmente a Comissão e a Corte de Justiça); por outro

⁵ Cf. K. Lipstein. *The Law of the European Economic Community*. London: Butterworths, 1974, p. 3-352.

⁶ Cf. P. Pescatore. *The Law of Integration*. Leiden: Sijthoff, 1974, p. 56-77; e cf. P. Pescatore. *Ordre juridique des Communautés européennes*. Liège: Presses Universitaires de Liège, 1971, p. 1-21.

⁷ Quais sejam: Democratas Progressistas, Democratas-Cristãos, Conservadores, Liberais, Socialistas, Comunistas, e outros.

lado, a inelutável tensão ou ambivalência entre a busca da consecução dos objetivos comunitários e a incidência de eventuais políticas nacionalistas (sem falar na diversidade lingüística e em rivalidades crônicas) parece estar condicionada pela existência de um quadro institucional de integração econômica regional e posterior aproximação e união políticas.

III. *O Parlamento Latino-Americano “Não-Institucionalizado”*

8. Ora, este quadro institucional integracionista não existe na América Latina como um todo, e, não obstante, há os que hoje insistem na idéia da institucionalização na região – mediante tratado – de um “Parlamento Latino-Americano”; este último existe, de forma não-institucionalizada desde a decisão de 10 de dezembro de 1964 tomada em Lima, quando se sonhou com órgão que desempenhasse em relação à integração latino-americana função semelhante à da Assembléia Consultiva (Parlamentar) do Conselho da Europa frente à integração européia⁸. Talvez se devesse no momento presente, em que se cogita da institucionalização do Parlamento Latino-Americano, temperar o excessivo voluntarismo latino-americano com um exame mais cuidadoso tanto da experiência européia paralela e distinta, marcada pela prudência e seriedade na evolução das instituições, quanto das dificuldades encontradas pelas experiências latino-americanas de integração e cooperação, das possíveis causas de certos malogros e das lições destes extraídas⁹. A partir daí, poder-se-ia tentar erigir, em terreno mais sólido, as bases de um futuro Parlamento Latino-Americano institucionalizado, para atender aos justos anseios da sociedade latino-americana, intensificados nos últimos anos pelos processos de redemocratização por que felizmente vêm passando diversos países da região.

9. Pouco após sua primeira reunião em Lima em 1964 (*supra*), o Parlamento Latino-Americano teve seu Estatuto original aprovado em nova reunião, naquela mesma cidade, em 14-17 de julho de 1965. Os documentos constantes dos arquivos do Grupo Brasileiro do Parlamento Latino-Americano (situados no 10º andar do Anexo I do Senado Federal), que tive

⁸ Cf. M. Seara Vázquez, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 933.

⁹ Cf., recentemente, e.g., A. A. Cançado Trindade. As Organizações Latino-Americanas e Sua Influência nas Relações Internacionais, *Anuário Jurídico Interamericano 1982*. Washington: OEA, p. 69-138 (o estudo cobre a Aladi, o Grupo Andino, o experimento de cooperação da Bacia do Prata, o experimento de cooperação amazônica, e o Sela).

ocasião de examinar, dão conta de que, desde a aprovação do Estatuto em 1965, o Parlamento Latino-Americano tem-se reunido regularmente, tendo inclusive já realizado até o presente oito assembléias conjuntas com o Parlamento Europeu. O Estatuto do Parlamento Latino-Americano foi objeto de reformas introduzidas em suas assembléias ordinárias, sendo que o texto do Estatuto vigente foi aprovado na nona assembléia do Parlamento, realizada na cidade do México, em 16-18 de julho de 1979. Com a evolução recente do processo de redemocratização em alguns países da região, o próprio Parlamento Latino-Americano começou a considerar prioritária a sua institucionalização, como interlocutor continental do Parlamento Europeu, paralelamente ao fortalecimento do Parlamento Andino (sub-regional) e à projetada criação de um Parlamento Centroamericano.

IV. *A proposta de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano*

10. Cabe-me, assim, examinar a seguir as circunstâncias que levaram ao “ressurgimento” da concepção de um Parlamento Latino-Americano “fortalecido” e as iniciativas recentes formando o movimento em prol de sua *institucionalização*. O impulso inicial proveio da constituição, pela Declaração do Rio de Janeiro de 18 de dezembro de 1986, do Mecanismo Permanente de Consulta e Concertação Política, representado pelo chamado Grupo dos Oito (Argentina, Brasil, Colômbia, México, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela), paralela e independentemente *vis-à-vis* os Grupos de Contadora e de Apoio (voltados estes particularmente à questão da atual crise centro-americana). A primeira reunião do referido Mecanismo Permanente, como parte do recém-estabelecido processo de consultas regulares sobre temas que afetam ou interessam aos países integrantes do Grupo dos Oito no contexto de uma “crescente unidade latino-americana”, teve lugar em Bariloche, em abril de 1987.

11. Naquela reunião se considerou pela primeira vez a questão da institucionalização propriamente dita do Parlamento Latino-Americano. Duas correntes se formaram naquele propósito: a primeira, em prol da institucionalização por forma simplificada, a exemplo da União Interparlamentar, cuja base reside em acordo de sede com o Governo suíço (ponto de vista originalmente sustentado pelo Brasil); a segunda, em prol da institucionalização do Parlamento mediante um tratado, tendência esta que

se afigurou “fortemente majoritária” (MRE, *memorandum* DAA/21, de 13.5.1987, p. 3, e cf. p. 1-4). Em Bariloche chegou-se a cogitar de um projeto de tratado que resultasse de consultas aos Legislativos dos Estados em questão. A primeira referência expressa ao “Parlamento Latino-Americano” surgiu efetivamente no Comunicado Final de Bariloche, de 16 de abril de 1987, que registrou a decisão de “impulsionar as deliberações” entre os Executivos e Legislativos de cada país com vistas à institucionalização do Parlamento Latino-Americano.

12. A segunda reunião do Mecanismo Permanente de Consulta e Concertação Política realizou-se em Campos do Jordão e Brasília, de 9 a 11 de agosto de 1987. Tendo prevalecido a proposta de institucionalização do Parlamento mediante a assinatura de tratado (MRE, *memorandum* DAA/57, de 14.8.1987, p. 1-2), ali se esclareceu que tal tratado haveria de ser negociado entre as próprias chancelarias, que não se limitariam a simplesmente aceitar um texto já acordado entre os Legislativos, como desejavam certos parlamentares. Diga-se de passagem que não poderia ser de outra forma, – sobre este ponto tendo prevalecido o bom senso. A avaliação do setor competente do MRE, o Departamento das Américas (constante do maço, em seus arquivos, sobre a recente reunião de Campos do Jordão), é no sentido de que a evolução da matéria tornou inviável a fórmula simplificada de acordo de sede, cabendo endossar a proposta de um tratado de institucionalização, a ser cuidadosamente redigido (implicando em progresso em relação aos projetos de Bariloche e Campos do Jordão), muito embora possua o Brasil “apenas um interesse moderado” na institucionalização do Parlamento¹⁰.

13. Estes, em suma, os antecedentes recentes que levaram à convocação, para os próximos dias, de reunião técnica de representantes dos chanceleres dos Estados integrantes do Grupo dos Oito, a realizar-se em Cartagena das Índias, para exame jurídico mais detalhado do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano. Como parte dos *travaux préparatoires* da Delegação do Brasil à vindoura reunião de Cartagena, cabe-me no presente estágio o exame da última versão, revista (e

¹⁰ Em virtude, e.g., da possibilidade de vir a nova instituição a exercer pressão em questões internas, da questão dos países que não possuem parlamento, de problemas de ordem prática como os de custos e de determinação do local para instalação do novo órgão.

em castelhano), do referido projeto de Tratado (texto em anexo), a que passo a seguir.

V. *Análise Crítica do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano (1987)*

14. O texto revisto do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano (em anexo), resultante das recentes reuniões do Grupo dos Oito em Bariloche e em Campos do Jordão (*supra*), embora represente algum progresso em relação às minutas anteriores, padece ainda de vários defeitos, alguns dos quais graves, que devem ser corrigidos. Passo às alterações do presente Projeto de Tratado que a meu ver se impõem.

15. A redação dada ao *Preâmbulo* é bem melhor do que a de minutas anteriores; mesmo assim, poder-se-iam omitir as expressões “(*las partes*)” (no primeiro parágrafo), *como objetivo común de nuestros países* (no segundo parágrafo), e *a través de la diversidad de sus corrientes políticas* (no terceiro parágrafo). O *Preâmbulo* se tornaria então mais conciso e palatável.

16. O *artigo 1 (Institucionalização)* dispõe que o Parlamento Latino-Americano é *integrado por los parlamentos, congresos o poderes legislativos nacionales (los Parlamentos Nacionales) democráticamente constituídos en América Latina*. O correto, no entanto, seria, a meu ver, estabelecer que o Parlamento Latino-Americano se compõe de *representantes* dos parlamentos, congressos ou poderes legislativos nacionais democraticamente constituídos na América Latina. O próprio Regulamento (anexo ao Estatuto, revisto, *supra*) do Parlamento Latino-Americano confirma que são os *representantes* dos Parlamentos dos Estados-partes (ao projetado Tratado de Institucionalização) que compõem o Parlamento Latino-Americano, ao dispor (artigo 41) que *cada delegación nacional dispondrá de un máximo de doce votos*. Ademais, no experimento paralelo europeu, o Parlamento Europeu sempre se compôs de representantes dos Parlamentos nacionais, desde seus primórdios, a exemplo do disposto no artigo 138 (1) do Tratado CEE (de Roma), sobre a Assembléia Parlamentar:

– *The Assembly shall consist of delegates who shall be nominated by the respective Parliaments from among their members in accordance with the procedure laid down by each Member State.*

17. Assim sendo, o artigo 1 (*Institucionalização*) do presente Projeto de Tratado poderia ter a seguinte redação:

– Fica institucionalizado, como organismo regional permanente e unicameral, o Parlamento Latino-Americano (doravante denominado “o Parlamento”), integrado por representantes dos parlamentos, congressos ou poderes legislativos nacionais democraticamente constituídos na América Latina.

Esta alteração, a meu ver, de todo necessária, implica em modificações conseqüentes na redação do *artigo 4 (Membros)*, como veremos a seguir.

18. A atual redação do *artigo 2 (Princípios)* e do *artigo 3 (Propósitos, ou, antes, Objetivos)* mais se assemelha a um discurso político do que a dispositivos convencionais. Para citar apenas um exemplo, é bazonha a referência (no *artigo 2*) a solução pacífica “e negociada” (sic) das controvérsias internacionais, porquanto a expressão “solução pacífica das controvérsias internacionais” (consagrada na terminologia do direito internacional) pressupõe o elemento da negociação, presente na livre escolha pelas partes litigantes dos meios de solução pacífica (no cumprimento do dever de solução pacífica). A redação dos artigos 2 e 3 deveria evitar repetições, ser mais concisa, e evitar explicações dos princípios e objetivos enunciados (a clareza da linguagem *per se* evitaria a pretensa necessidade de explicações).

19. Dever-se-ia dar redação mais sintética ao elenco de princípios, tomando-se por base os consagrados na Carta das Nações Unidas (artigos 1 e 2) e na Carta da Organização dos Estados Americanos (artigo 3), assim como nos dois documentos básicos que elaboram a respeito, quais sejam, no plano global, a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta das Nações Unidas (Assembléia Geral da ONU, Resolução nº 2.625 (XXV), de 24.10.1970)¹¹, e, no plano regional, a Declaração relativa aos

¹¹ Para o único estudo existente em língua portuguesa até o presente sobre a referida Declaração *per se*, cf. A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, capítulo II, p. 51-94 (análise dos sete princípios consagrados naquela Declaração, a saber: proibição do uso ou ameaça da força; solução pacífica de controvérsias internacionais; não-intervenção nos assuntos internos dos Estados; dever de cooperação internacional; igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; igualdade soberana dos Estados; boa fé no cumprimento das obrigações internacionais).

Princípios regendo as Relações entre os Estados Americanos (Assembléia Geral da OEA, Resolução nº AG/RES. 128 (III-0/73), de 15.4.1973)¹².

20. Pelas razões já apontadas em relação ao artigo 1 (*supra*), o *artigo 4 (Membros*, ou antes, Composição) deverá especificar a condição de *representantes* dos Parlamentos Nacionais dos Estados-partes, podendo ter a seguinte redação (no *caput*): “São membros do Parlamento os representantes dos Parlamentos Nacionais democraticamente constituídos dos Estados-partes a este Tratado (...)”. O artigo 4 deveria, ademais, indicar os critérios de designação de tais representantes dos Parlamentos Nacionais: como tais critérios já se encontram consignados no Estatuto, revisto, do Parlamento Latino-Americano (artigo 3), bastaria acrescentar uma remissão a este último, nos seguintes termos: – “(...) designados pelos Estados-partes de acordo com os critérios definidos no Estatuto do Parlamento”.

21. A questão da *suspensão da qualidade de membro* é também prevista no artigo 4 do presente Projeto de Tratado; no entanto, deveria ser tecnicamente objeto de tratamento à parte, seja em forma de parágrafo único (do artigo 4), ou em forma de novo artigo. Aliás, o Estatuto, revisto, do Parlamento dedica à questão da suspensão da qualidade de membro um artigo em separado (artigo 4), logo após o dispositivo relativo à composição do Parlamento (artigo 3).

22. O *artigo 5 (Órgãos*, ou antes, Estrutura) do presente Projeto de Tratado é omissivo em relação à matéria, ao dispor simplesmente, e de forma ligeira, que *todo lo relativo a los órganos del Parlamento será dispuesto por su Estatuto*. A meu ver o próprio Tratado de Institucionalização deveria dispor expressamente sobre a constituição e finalidade dos órgãos principais do Parlamento, deixando ao Estatuto a regulamentação dos detalhes de funcionamento daqueles órgãos. Assim, poderão os negociadores do Tratado de Institucionalização seguir o modelo de estrutura já previsto no Estatuto, ou dar ao Parlamento estrutura distinta, como bem entenderem. Em qualquer hipótese, é o Estatuto que deverá obviamente compatibilizar-se com o Tratado de Institucionalização, e não vice-versa. Se os negociadores do Tratado de Institucionalização optarem pela manutenção do modelo de estrutura

¹² Texto reproduzido In: *Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y Otros Documentos* – vol. I: *Asuntos Jurídico-Políticos* (org. F.V. Garcia-Amador). Washington: OEA, 1981, p. 80-82.

constante do atual Estatuto, serão órgãos do Parlamento a Assembléia, a Junta Diretiva, as Comissões Permanentes¹³ e a Secretaria-Geral (cf. Estatuto, revisto, artigos 6-22). De acordo com a atual estrutura, a Assembléia reúne-se bienalmente, por convocação da Junta Diretiva, a qual é eleita pela Assembléia (Estatuto, revisto, artigos 11, 15 e 8).

23. O *artigo 6 (Personalidade e Prerrogativas)* apresenta de início uma imprecisão que cabe remediar: dispõe que *el Parlamento gozará de capacidad jurídica propia*, quando o correto, a meu ver, é estabelecer que “o Parlamento possui *personalidade* jurídica; terá *capacidade* para”: [... especificar]. Estaria assim resguardada a distinção básica entre a personalidade e a capacidade, que, no entanto, se encontram interligadas¹⁴; enquanto a personalidade se consubstanciaria na aptidão do Parlamento para ser titular de direitos e deveres no plano internacional, a capacidade se configuraria no poder jurídico do Parlamento de realizar determinados atos no plano internacional (cf. *infra*). A distinção já se encontra consagrada, e.g., no artigo 1 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (1946) e no artigo 2 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (1947), os quais afirmam a *personalidade* jurídica daquelas Organizações e sua *capacidade* para: a) contratar; b) adquirir e alienar bens imóveis; c) mover ações judiciais.

24. Sobre a matéria, caberia aqui recordar o *dictum clássico* da Corte Internacional de Justiça em seu celebrado Parecer de 1949 no caso das *Reparações de Danos*:

In the opinion of the Court, the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane. (...)

Accordingly, the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person. (...) It does mean (...) that

¹³ Cinco, a saber: a) de integração política; b) de integração econômica e social; c) de integração cultural e educação; d) de coordenação legislativa, estatuto, regulamento e orçamento; e e) de direitos humanos. Cf. Estatuto, revisto, artigos 17-19.

¹⁴ Cf. Union Académique Internationale. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. Paris: Sirey, 1960, p. 100 e 447.

*it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims*¹⁵.

Caberia, igualmente, acrescentar que, em se tratando de *organismos* internacionais, a personalidade (como aptidão para ser titular de direitos e deveres no plano internacional) afirmada em suas cartas constitutivas significa sobretudo *l'aptitude à être titulaire de compétences, de fonctions, de pouvoirs (...) et, corrélativement, d'obligations de caractère international*, ou seja, uma *personalidade funcional, une personnalité créée en vue de l'accomplissement de certaines fonctions*¹⁶.

25. O artigo 6 do presente Projeto de Tratado acrescenta que o Parlamento gozará *de los privilegios e inmunidades respectivos, de acuerdo con el Protocolo que al efecto se concluya*. Torna-se, de fato, necessária, a celebração de um Protocolo sobre Privilégios e Imunidades do Parlamento Latino-Americano, *especificando* tais privilégios e imunidades, aberto à assinatura e ratificação ou adesão dos Estados-partes no Tratado de Institucionalização. Uma simples remissão ao Estatuto não bastaria; ademais, o Estatuto revisto, em sua atual versão, não especifica os privilégios e imunidades do Parlamento. Limita-se a dispor, ampla e inadequadamente (artigo 24), que os “órgãos do Parlamento” gozarão dos privilégios e imunidades necessários à “realização de seus propósitos” (*sic*), quando o correto seria dispor, a meu ver, necessários ao *fiel ejercicio de suas funções*.

26. Para a devida especificação dos privilégios e imunidades do Parlamento no *corpus* do futuro Protocolo, poder-se-á buscar inspiração no tratamento sistemático dado à matéria, e.g., *inter alia*, pelas supracitadas Convenções sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (1946) e das Agências Especializadas das Nações Unidas (1947), assim como pelo Protocolo sobre Privilégios e Imunidades das Comunidades Européias (1965)¹⁷.

¹⁵ ICJ, *Reparation for Injuries case*, *ICJ Reports* (1949), Advisory Opinion, 11.4.1949, p. 179.

¹⁶ P. Pescatore. Les relations extérieures des Communautés européennes – Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales, 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1961, p. 29-30, 40 e 44, e cf. p. 238.

¹⁷ Sobre a imunidade jurisdicional dos organismos internacionais, cf., em geral, e.g., J.-F. Lalive. L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales, 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1953, p. 291ss.

27. Os *artigos 7 (Gastos) e 8 (Sede)* do presente Projeto de Tratado poderão servir de base de negociação para a redação dos dispositivos correspondentes sobre a matéria do futuro Tratado de Institucionalização. Cabem, porém, alguns breves reparos em relação ao *artigo 9 (Cláusulas Finais, ou antes, Disposições Finais)*. Os seus parágrafos 1º e 3º poderiam ser redigidos de forma mais concisa. O parágrafo 4º haverá de definir o momento de entrada em vigor do Tratado (por exemplo, “90 dias após o depósito do 7º instrumento de ratificação ou adesão, etc. (...)). O parágrafo 6º contém uma imprecisão: reza o dispositivo que *el presente Tratado podrá ser emendado por acuerdo de dos tercios de las Partes (...)*, quando o adequado seria, a meu ver, dispor que “o presente Tratado poderá ser emendado por acordo ou consenso das partes, em conferência convocada para este fim pelo voto de dois terços dos membros da Assembléia”. Observe-se, enfim, que o parágrafo 8º, pela primeira vez no presente Projeto de Tratado, se refere expressamente à Assembléia, muito embora o artigo 5, *supra*, sobre a estrutura ou os órgãos do Parlamento, tivesse surpreendentemente se omitido a respeito. Esta falha por si só já bastaria para revelar a forma pouco cuidadosa e apressada com que foi redigido o presente Projeto de Tratado, e vem corroborar minha advertência anterior quanto à necessidade de dispor expressamente, no próprio *corpus* do Tratado de Institucionalização, sobre a constituição e finalidade dos órgãos principais do Parlamento Latino-Americano (cf. *supra*).

VI. *Ponderações Finais*

28. Reportando-me a minhas ponderações iniciais sobre a experiência paralela e distinta do Parlamento Europeu, seja-me permitido aqui lembrar que as instituições européias dispõem e se beneficiam – a contrário das iniciativas latino-americanas – de um elemento de suma importância: a jurisprudência “decisiva” da Corte de Justiça da CEE acerca do fundamento jurídico e âmbito próprio do poder da Comunidade Européia no plano das relações exteriores. Em virtude disso, como bem se ressaltou em recente Colóquio da Universidade de Amsterdam,

– *The Community’s authority to enter into international commitments by virtue of an implied grant of power is no longer disputed. Such a potential power exists in all subject matters for which*

*internal legislative power has been conferred on the institutions. It becomes actual once it has been proved necessary for the Community to assume international obligations. It is not dependent upon the prior coming into force of internal common rules and is not restricted to areas of common policies*¹⁸.

29. Fica, assim, evidenciada a distância que separa a presente iniciativa latino-americana da experiência paralela européia, a recomendar cautela e prudência no tratamento da questão da institucionalização do Parlamento Latino-Americano, para evitar que esta se transforme na construção de mais um castelo sobre a areia. O dia da união política em um quadro integracionista continental está longe de despontar no horizonte latino-americano. A consolidação do processo de redemocratização por que felizmente vêm passando diversos Estados da região haverá de dar-se antes pelo aprimoramento das respectivas instituições nacionais e pelo aperfeiçoamento e fortalecimento da administração interna da justiça.

30. Como, assim mesmo, parece já ter-se feito, ao que tudo indica, a opção pela institucionalização, mediante Tratado, do Parlamento Latino-Americano, impõe-se, a meu ver, pelas razões expostas no presente parecer, que a Delegação do Brasil à vindoura Reunião de Cartagena das Índias mantenha atitude de moderação realista no processo de elaboração do Tratado de Institucionalização; impõe-se que nossa Delegação evite qualquer demonstração de militância ou entusiasmo excessivo na negociação e redação de um texto juridicamente correto e adequado, que, ao menos, remedie as imperfeições apontadas de que padece o atual Projeto de Tratado e que forneça alicerces mais sólidos para a institucionalização do Parlamento Latino-Americano.

31. Uma vez negociado e elaborado o texto básico do Tratado de Institucionalização, duas outras providências, do ponto de vista jurídico, se farão necessárias em etapa subsequente. Primeiramente, caberá compatibilizar o atual Estatuto, revisto, do Parlamento com o Tratado de Institucionalização: será uma ocasião propícia para reelaborar todo o Estatuto, corrigindo as

¹⁸ A. Barav. The Division of External Relations Power between the European Economic Community and the Member States in the Case-Law of the Court of Justice, *Division of Powers between the European Communities and Their Member States in the Field of External Relations* (ed. CWA Timmermans). Deventer: Kluwer, 1981, p. 53.

diversas falhas que o atual texto apresenta; da mesma forma, caberá reescrever o atual Regulamento do Parlamento, com base nas adaptações e alterações propostas do Estatuto. Em segundo lugar, caberá negociar e elaborar o Protocolo sobre Privilégios e Imunidades do Parlamento Latino-Americano, que deverá integrar o Tratado de Institucionalização, e ser aberto à assinatura e ratificação ou adesão dos Estados-partes a este último. Poderei, à época oportuna, incumbir-me desta tarefa adicional, no âmbito próprio de atuação de nosso Ministério, se assim o desejar o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 17 de setembro de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Anexo:

Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano

*PROYECTO DE TRATADO DE INSTITUCIONALIZACIÓN
DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO*

Los Estados participantes en la Conferencia Intergubernamental para la institucionalización del Parlamento Latinoamericano (“las partes”) por medio de sus representantes plenipotenciarios debidamente acreditados;

Considerando que la integración de América Latina como objetivo común de nuestros países, es un proceso histórico que requiere acelerarse y profundizarse;

Teniendo en cuenta, que la participación de los pueblos latinoamericanos a través de la diversidad de sus corrientes políticas, representadas en sus parlamentos nacionales, afirma el fundamento democrático de la integración;

Considerando que, fundado en Lima el 10 de diciembre de 1964, existe el Parlamento Latinoamericano y que es conveniente institucionalizarlo mediante un tratado internacional;

Han convenido en lo siguiente:

ARTICULO 1

Institucionalización

Por medio del presente Tratado las Partes convienen la institucionalización del organismo regional permanente y unicameral, denominado el Parlamento Latinoamericano (“el Parlamento”), integrado por los parlamentos, congresos o poderes legislativos nacionales (“los Parlamentos Nacionales”) democráticamente constituidos en América Latina.

ARTICULO 2

Principios

Inspirado en las tradiciones de los héroes y fundadores de las patrias latinoamericanas, en lo relativo a la defensa de la independencia y al ejercicio

pleno de la soberanía popular y nacional, el Parlamento tendrá los siguientes principios permanentes e inalterables:

- a) La defensa de la democracia.
- b) La integración latinoamericana.
- c) La no intervención.
- d) La autodeterminación de los pueblos para darse, en su régimen interior, el sistema político, económico y social que corresponda a su proyecto nacional.
- e) La pluralidad ideológica como base de una comunidad latinoamericana democráticamente organizada.
- f) La igualdad jurídica de los Estados.
- g) La condena a la amenaza y al uso de la fuerza contra la independencia política y la integridad territorial de los Estados.
- h) La solución pacífica, justa y negociada de las controversias internacionales.
- i) La prevalencia de los principios de derecho internacional a las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

ARTICULO 3

Propósitos

El Parlamento tendrá, entre otros, los siguientes propósitos:

- a) Fomentar el desarrollo económico y social integral de la comunidad latinoamericana y pugnar porque alcance, a la mayor brevedad posible, la plena integración económica, política, social y cultural de sus pueblos.
- b) Defender la plena vigencia de la libertad, la justicia social, la independencia económica y el ejercicio de la democracia representativa.
- c) Velar por el estricto respeto a los derechos humanos fundamentales, y porque no sean afectados en ningún Estado Latinoamericano o extrazonal en cualquier forma que menoscabe la dignidad humana.

d) Luchar por la superación de toda forma de colonialismo, neo-colonialismo, racismo y cualquiera otra forma de discriminación en América Latina.

e) Oponerse a la acción imperialista en América Latina, recomendando la adecuada legislación normativa y programática que permita a los pueblos latinoamericanos el pleno ejercicio de su soberanía permanente sobre sus recursos naturales, y su mejor utilización y conservación.

f) Luchar en favor de la cooperación internacional, como medio para instrumentar y fomentar el desarrollo armónico de la comunidad latinoamericana, en términos de bienestar integral.

g) Contribuir a la afirmación de la paz, la seguridad y el orden jurídico internacionales y luchar por el desarme mundial, denunciando y combatiendo el armamentismo y la agresión de quienes sustenten la política de la fuerza, que son incompatibles con el desarrollo económico, social, cultural y tecnológico a que tienen derecho los pueblos de América Latina.

h) Canalizar y apoyar las exigencias de los pueblos de América Latina, en el ámbito internacional, respecto al justo reconocimiento de sus derechos, en su lucha por la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional.

i) Propugnar, por todos los medios posibles, el fortalecimiento de los Parlamentos de América Latina, para garantizar la vida constitucional y democrática de los Estados, así como propiciar, con los medios a su alcance y en estricto respeto al principio de la no intervención, el restablecimiento de aquellos que hayan sido disueltos.

j) Apoyar la constitución y fortalecimiento de parlamentos subregionales de América Latina, que coincidan con el Parlamento en sus principios y propósitos.

k) Mantener relaciones con parlamentos de todas las regiones geográficas, así como con organismos internacionales.

l) Difundir la actividad legislativa de sus Miembros.

ARTICULO 4

Los Miembros

Son miembros del Parlamento, de conformidad con el artículo 1 del presente Tratado, los Parlamentos Nacionales democráticamente constituidos, de las partes que se obliguen respecto al mismo mediante su ratificación o adhesión.

La calidad de Miembro se suspenderá de conformidad con las disposiciones previstas en el Estatuto del Parlamento.

ARTICULO 5

Organos

Todo lo relativo a los órganos del Parlamento será dispuesto por su estatuto.

ARTICULO 6

Personalidad y Prerrogativas

De conformidad con el derecho internacional, el Parlamento gozará de capacidad jurídica propia y de los privilegios e inmunidades respectivas, de acuerdo con el protocolo que al efecto se concluya.

ARTICULO 7

Gastos

Los gastos de funcionamiento del Parlamento estarán a cargo de las partes, en la proporción que establezca el Estatuto.

ARTICULO 8

Sede

La sede del Parlamento se fijará de común acuerdo por sus miembros.

ARTICULO 9
Cláusulas Finales

1. El presente Tratado esta sujeto a ratificación de las partes y a la adhesión de otros Estados latinoamericanos, conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales incluyendo a quienes formaron parte del Parlamento durante su proceso de institucionalización.

2. El presente Tratado estará abierto a la firma del... de... 198..., al... de 198..., ante el Gobierno del Estado depositario.

3. Los instrumentos de ratificación y adhesión se depositarán ante el Gobierno de , quien notificará debidamente de ellos a cada una de las Partes. Igualmente, notificará de las firmas al presente Tratado y de las reservas que interpongan las Partes, las cuales no estarán permitidas para los Artículos 1 a 4 del mismo.

4. El presente Tratado entrará en vigor días después de que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación o adhesión, y treinta días después de cada instrumento posterior para cada depositante.

5. El presente Tratado podrá ser denunciado por escrito por cualquier Parte con seis meses de anticipación, pudiendo surtir efecto inmediato por decisión de la Asamblea.

6. El presente Tratado podrá ser enmendado por acuerdo de dos tercios de las Partes y con sujeción a las disposiciones del presente artículo.

7. El Estatuto, Reglamentos y Protocolos correspondientes serán parte integrante del presente Tratado.

8. Una vez entrado en vigor el presente Tratado, el Gobierno del Estado depositario convocará a la primera reunión ordinaria de la Asamblea.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios firman el presente Tratado en nombre de sus respectivos Estados.

Hecho en la ciudad de... a los... dias del mes de...de 198..., en textos originales igualmente auténticos en...y en...

Convenção Americana de Direitos Humanos; Projeto de Protocolo Adicional. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Implementação.

PARECER

Novos Elementos para a Tomada de Posição do Brasil em Relação ao Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Em Parecer nº CJ/60 de 26 de março de 1987, tive ocasião de examinar o Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com vistas à eventual tomada de posição do Brasil em relação à questão. Após examinar o referido Projeto de Protocolo Adicional, recomendei que se averiguasse com detalhes os motivos pelos quais a iniciativa congênere de 1978, no âmbito do Conselho da Europa, até o presente não se concretizou e que se ouvisse o Ministério do Trabalho sobre o presente Projeto de Protocolo Adicional no que este concerne à sua área de competência. Tais providências foram prontamente tomadas pela unidade competente da Casa, a Divisão da Organização dos Estados Americanos do MRE. Solicita-me, agora, o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, Parecer sobre documentação que vem de receber o MRE de nossa Missão junto às Comunidades Econômicas Européias, no que possa esta representar de subsídio ao tratamento da questão em apreço, qual seja, o supracitado Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos.

2. Trata-se, com efeito, de detalhado comentário – intitulado *Salariés et droit social* – do consultor jurídico da CEE, Professor Jean-Claude Séché, circulado em 1986; o autor se concentra, no entanto, dentre os tratados que estabelecem as instituições comunitárias europeias (CECA, CEE, Euratom), nos dispositivos especificamente do Tratado de Roma (CEE) voltados ao campo de ação próprio aos direitos trabalhistas e sociais no âmbito da CEE. Procede o autor, assim, a um comentário sistemático do elenco de disposições do Tratado de Roma (CEE) atinentes a, e.g., livre circulação de trabalhadores, seguridade social dos trabalhadores e seus familiares, Fundo Social Europeu, e harmonização de legislações e políticas sociais (cf. artigos 2, 3, 48-51, 117-122 e 123-128 do Tratado de Roma CEE).

3. Para os propósitos específicos da questão ora em exame – a do Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana – o estudo do consultor jurídico da CEE, valioso para uma compreensão da matéria no âmbito específico da CEE, pouco porém nos auxilia, por não dispor hoje o continente americano como um todo de um quadro institucional integracionista como o da CEE na Europa Ocidental (cf. paralelo das iniciativas do gênero e experiências nos continentes europeu e americano em meu recente e longo Parecer MRE-CJ/87, “Análise Crítica do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano”, p. 1-21, e Anexo). Por conseguinte, é em relação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no âmbito do Conselho da Europa em Estrasburgo, e não em relação à CEE em Bruxelas, que a atenção há de ser concentrada para o exame da questão em apreço.

4. Como parece não ter sido possível obter, como recomendei em meu Parecer anterior sobre a matéria (CJ/60, de 26.3.1987), esclarecimentos, *via* nossa Missão junto à OEA (Delbrasupa), por parte do Grupo de Trabalho Encarregado de Estudar as Propostas sobre o Conteúdo do Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) do Conselho Permanente da OEA acerca dos motivos pelos quais a iniciativa congênere tomada em 1978, no âmbito do Conselho da Europa em Estrasburgo (incorporação à Convenção Europeia de Direitos Humanos de determinados direitos econômicos, sociais e culturais), não se concretizou até o presente, – venho de permitir-me tomar iniciativa distinta no propósito de atender a consulta que ora me formula o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores.

5. De contatos telefônicos que venho de manter com assessores jurídicos da Divisão de Direitos Humanos do Conselho da Europa em Estrasburgo (onde, por sinal, estagiei, como pesquisador, em 1974) pude depreender ter havido por parte dos Estados-membros do Conselho da Europa uma aparente falta de vontade política de levar adiante e concretizar a mencionada iniciativa tomada em 1978, talvez por excesso de prudência ao não desejarem assumir compromissos adicionais ou mais amplos sobre os quais não têm certeza absoluta de sua real capacidade de cumpri-los. Nem por isso se justificaria, a meu ver, semelhante atitude e postergação por parte dos Estados do continente americano em relação ao presente Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos.

6. Explico-me e justifico: os Estados europeus já dispõem de mecanismos que asseguram um certo grau de proteção internacional aos direitos econômicos, sociais e culturais, ao passo que os Estados americanos com pouco ou quase nada podem contar no presente em termos de proteção internacional àqueles direitos. Senão vejamos. Paralelamente à Convenção Européia de Direitos Humanos, a Carta Social Européia de 1961 destina-se à proteção dos direitos econômicos e sociais do indivíduo (direitos ao trabalho, à liberdade sindical, à seguridade social, dentre outros), mediante sistema de controle que mais se assemelha ao da OIT: sistema de relatórios, bienais em relação a disposições aceitas da Carta, e não-regulares para disposições não aceitas pelo Estado em questão. A Carta prevê a possibilidade de aceitação “parcial” facultativa, *ratione materiae* (artigo 20, e cf. artigo 33); não obstante, apesar de toda esta flexibilidade, tem-se desenvolvido “jurisprudência” dos distintos órgãos de supervisão, e a Carta tem acarretado conseqüências práticas mesmo para a legislação e a prática nacionais, no âmbito do direito interno dos Estados-partes, – o que, por sua vez, tem estimulado pressões recentes no sentido de fortalecimento de seu sistema de controle (cf. H. Wiebringhaus. *La Charte Sociale Européenne: vingt ans après la conclusion du Traité, Annuaire Français de Droit International*. 1982, p. 934-47).

7. Ademais, paralelamente, ainda no âmbito do Conselho da Europa, o *corpus* da própria Convenção Européia de Direitos Humanos vê-se até o presente acrescido de oito Protocolos, versando sobre pontos distintos como questões processuais e de estrutura dos órgãos de supervisão (Protocolos 3, 5, e 8), competência para emitir pareceres da Corte Européia de Direitos Humanos (Protocolo 2), abolição da pena de morte (Protocolo 6), e,

significativamente para nossos propósitos, extensão ou ampliação dos direitos protegidos (e.g., liberdade de movimento, sob o Protocolo 4; direitos dos estrangeiros, *fair trial* e igualdade de direitos de cônjuges, sob o Protocolo 7). Ora, dentre estes direitos “adicionais”, que ampliam o elenco original da Convenção Européia de 1950, há direitos econômico-sociais, consagrados no Protocolo 1, de 1952, a saber, direito à propriedade privada (artigo 1), direito à educação (artigo 2), direito à livre expressão através da realização de eleições livres periódicas (artigo 3).

8. Não há, além do mais, qualquer impossibilidade lógica ou jurídica para que se amplie o elenco dos direitos protegidos ainda mais. Trata-se de um sistema regional de proteção aberto às transformações econômico-sociais por que passa a sociedade européia, como o admite claramente, e.g., Castberg, que sustenta um *relativistic approach* e para quem – o que subscrevo – há um

dynamic element inherent in the system: the international declarations and conventions do not represent a complete catalogue of human rights whose form and substance have been determined once and for all. (Frede Castberg. *The European Convention on Human Rights*. Leiden/Dobbs Ferry NY: Sijthoff/Oceana, 1974, p. 186-87).

9. No continente americano, por outro lado, optou-se pela inserção na Convenção Americana de Direitos Humanos tão-somente de direitos civis e políticos, contendo a Convenção apenas um dispositivo (artigo 26) sobre o “desenvolvimento progressivo” dos direitos econômicos, sociais e culturais, a recaírem sob as normas econômicas, sociais e culturais da Carta (emendada) da OEA. Cumpre, pois, a meu ver, preencher a lacuna existente em nosso sistema regional de proteção, porquanto as referidas normas da Carta da OEA enunciam objetivos aos Estados-membros nesta área, ao passo que, o de que aqui se cogita, é estabelecer normas que efetivamente *protejam* os direitos humanos, que aprimorem e fortaleçam a medida e grau de proteção dos indivíduos no domínio econômico, social e cultural (cf. discussão detalhada In: 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*. 1987, capítulo II – no prelo).

10. Pelas razões já apontadas em meu Parecer anterior (CJ/60, de 26.3.1987) sobre a matéria, entendo que não poderia o Brasil deixar de prestar seu apoio à presente iniciativa do Projeto de Protocolo à Convenção Americana. Para que se fundamente este em bases sólidas, que lhe assegurem a necessária eficácia, cabe agora ao Itamaraty obter os comentários do Ministério do Trabalho, no âmbito de sua competência, acerca das normas substantivas do Projeto de Protocolo em relação a nossa legislação trabalhista e demais normas pertinentes de nosso direito interno. Tão logo recebamos seus comentários, a meu ver de todo necessários, muito apreciaria se pudessem ser encaminhados a esta Consultoria Jurídica, para acompanhamento e prosseguimento do exame da matéria.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 20 de outubro de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Imunidades do Estado: Codificação e Desenvolvimento Progressivo. Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional: Apreciação; Posições do Brasil.

PARECER

Apreciação do Projeto de Artigos sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de sua Propriedade da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas: Posições do Brasil

Ao final de sua trigésima-oitava sessão a Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas concluiu a primeira leitura de seu Projeto de Artigos sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de sua Propriedade, o qual foi objeto de consideração da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas no decorrer de sua sessão de 1986. Com vistas à elaboração, pelo setor competente do Itamaraty (a Divisão das Nações Unidas), dos comentários sobre o referido Projeto de Artigos da CDI que vier o Brasil a decidir enviar ao Secretário-Geral das Nações Unidas (até 1º de janeiro de 1988), solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre o Projeto. Parece-me, preliminarmente, que se impõe mantermos linha de coerência com as opiniões sobre a matéria externadas nos últimos anos pela Delegação do Brasil à VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Sob a pressão do tempo e do volume de consultas encaminhadas a esta Consultoria Jurídica sobre assuntos os mais diversos, passo a expor minhas ponderações sobre o Projeto da CDI e as posições do Brasil.

2. Cabem, de início, algumas considerações prévias, de cunho teórico, sobre questões básicas que permeiam não só o presente Projeto de Artigos da CDI como todo o capítulo do direito internacional relativo às imunidades do Estado. A distinção clássica entre direito público e direito privado (e atos regidos por um ou outro, sendo apenas os atos da primeira categoria verdadeiros atos públicos do Estado estrangeiro), além de ser mais familiar à maior parte dos países de *droit civil* do que de *common law*, apresenta variações de um ordenamento jurídico nacional a outro. Assim sendo, tem-se buscado, na ausência de aceitação de distinção derivada de categorização jurídica supostamente invariável (*supra*), erigir critérios de distinção em base *factual*. Assim, os chamados atos *jure imperii* (que gozariam de imunidade) poderiam basear-se em critério *objetivo* ou *subjetivo*: pelo critério objetivo, baseado na *natureza* do ato (i.e., atos que somente um Estado, e não uma pessoa, pode realizar), os atos *jure imperii* abarcariam os atos legislativos, executivos e administrativos do Estado estrangeiro; pelo critério subjetivo, baseado no *propósito* do ato, a lista de atos *jure imperii* se estenderia consideravelmente ao compreender não apenas os atos públicos do Estado estrangeiro como também outros atos ordenados por suas autoridades por determinadas razões de Estado.

3. O critério objetivo (*supra*) se identifica com a doutrina da imunidade restritiva, cujos proponentes consideram a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* superada, após cumprir a função histórica de elemento de transição da doutrina da imunidade absoluta à imunidade restritiva na jurisprudência de determinados países. Alguns dos adeptos da tese restritiva apregoam fatalisticamente que, aos Estados que sustentam a tese absoluta, ao terem negada imunidade diante dos tribunais de Estados estrangeiros, só restaria mudar sua posição e aplicar a reciprocidade, também negando imunidade aos Estados estrangeiros, o que levaria à adoção generalizada da tese restritiva.

4. Tal vaticínio, temerário, afigura-se-me como uma simplificação, à luz do estado de evolução da matéria tal como se apresenta no presente. Se a tese absoluta parece perder terreno em nossos dias, as justificativas da doutrina restritiva tampouco se têm mostrado inteiramente satisfatórias. É certo que a distinção clássica entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* se fez circundar de inúmeras dificuldades (em relação a, e.g., empréstimos públicos, funções desempenhadas por bancos, contratos de suprimentos militares), que, no

entanto, como ressaltou o ex-consultor jurídico do *Foreign Office* britânico, Sir Ian Sinclair, nem por isso deixou de fornecer diretriz a indicar que *immunity must continue to be accorded in proceedings which put in issue the sovereign acts of foreign States*.

5. Recorde-se, a respeito, que, paralelamente ao Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre a matéria, o Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados, na redação original da Comissão Jurídica Interamericana da OEA, admitindo a insuficiência – mas não a simples falta de vigência – da distinção entre atos (estatais) *jure imperii* e *jure gestionis*, considerou a expressão “poder estatal” (artigo 3) sinônima de *jus imperii*; a imunidade de jurisdição, na ótica daquela Comissão regional, abrangeria todas as demandas referentes a atos tidos como *jure imperii*, mas nem todas as demandas referentes a atos tidos como *jure gestionis* recaíam fora do alcance da imunidade de jurisdição dos Estados.

6. Os próprios partidários da tese da imunidade restritiva não poderiam negar que a aplicação desta nos países a ela “convertidos” não tem passado sem dificuldades. Como, e.g., determinar uniformemente de que modo e até que ponto o banco central de um país beneficiar-se-ia de imunidade soberana? Cada Estado tendo sua própria visão do âmbito próprio das atividades estatais e funções governamentais, não surpreende que a prática dos Estados sobre a matéria esteja longe de ser uniforme. Variações e divergências encontram-se, outrossim, na jurisprudência nacional sobre a matéria. A gradual intervenção do Estado em domínios outrora pertencentes à esfera privada encontra-se ligada à aparente erosão da tese da imunidade absoluta, mas há, não obstante, Estados (como os socialistas) que continuam a sustentar firmemente esta última, complicando-se ainda mais o quadro geral com o surgimento de entidades estatais e com a contratação internacional entre o Estado (e suas agências, mais ou menos autônomas) e particulares, o que torna mais incertos os confins entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*. Em que pese alguns poucos Estados terem até o presente optado por solução legislativa do problema (*infra*), muitos outros têm procurado deixar a evolução da matéria a cargo da jurisprudência interna, o que tampouco resolveria o problema porquanto alguns tribunais poderiam deter-se na natureza do ato e outros em seu propósito. A persistência, até o presente, da inexistência de critério de direito internacional geralmente aceito que prescreva

o método de distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* reduz a utilidade desta última, mas não ao ponto de – como pretendem alguns adeptos da doutrina restritiva – desprover de imunidade os atos soberanos dos Estados estrangeiros.

7. Nesse contexto, a reciprocidade dificilmente se afiguraria como solução apropriada, como adverti em Parecer anterior (MRE-CJ/17, de 7.5.1986), – não só por não poder reduzir as oscilações nas jurisprudências nacionais, como também por se mostrar em última análise irrelevante à prática judicial: se cabe a imunidade, há de ser independentemente de reciprocidade, sendo esta incapaz de assegurar que os tribunais nacionais decidam de uma maneira ou de outra. Enquanto persistir, como no presente, a inexistência de critério de direito internacional geralmente aceito sobre a matéria, os instrumentos legislativos nacionais continuarão a surtir efeitos, e, em um plano mais amplo, as soluções de direito interno (e comparado) – a inclinar-se por uma ou outra tese – reterão sua relevância. O alto grau de empirismo a marcar os atuais avanços nesta área há de temperar a visão fatalista, senão apocalíptica, dos adeptos da doutrina restritiva em relação à tese oposta, e há de fazer-lhes ver que não se poderá progredir neste domínio fazendo abstração da realidade contida na máxima *par in parem non habet imperium*, a da igualdade soberana dos Estados. Desta decorre o preceito de que a nenhum Estado é dado exercer jurisdição sobre outro Estado sem o expreso consentimento deste último.

8. Compõe-se o presente Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU de seis partes, a saber: Parte I – Introdução (artigos 1-5), Parte II – Princípios Gerais (artigos 6-10), Parte III – Limitações ou Exceções (artigos 11-20), Parte IV – Imunidade em relação a Medidas Coercitivas (artigos 21-23), e Parte VI – Disposições Diversas (artigos 24-28). A espinha dorsal do presente Projeto é constituída pelo artigo 6, que afirma o princípio básico da imunidade do Estado e sua propriedade, em sua interação com a Parte III do Projeto, sobre as limitações ou exceções ao princípio. O entendimento que, a meu ver, deve o Brasil manter, em coerência com os pontos de vista já manifestados a respeito na VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas, é o de que não se deve partir do princípio de que a imunidade concedida ao Estado estrangeiro constitui exceção ao exercício irrestrito pelo Estado local de soberania sobre o seu território (como pretendem os países desenvolvidos capitalistas e

exportadores de capital), mas antes do princípio de que a imunidade absoluta do Estado deve ser a base e o ponto de partida do presente Projeto, a partir daí caracterizando-se os casos em que não se aplica a imunidade do Estado estrangeiro como limitações ou exceções claramente definidas, consoante o princípio da igualdade soberana dos Estados (*par in parem non habet imperium*).

9. Reza o artigo 6 que

– A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present articles [and the relevant rules of general international law].

O entendimento claro do sentido próprio do presente artigo é de fundamental importância para o Brasil. O histórico legislativo deste dispositivo revela que, na versão anterior de 1980, a asserção do princípio da imunidade do Estado se dava *in accordance with the provisions of the present articles*, e não *subject to the provisions of the present articles*. A redação anterior era ambígua, pois dava margem à interpretação de que a imunidade não existiria *exceto* quando determinada (*in accordance with*) pelos artigos presentes. Com a nova redação (*subject to*), aprimorada, fica afastada a ambigüidade. Não mais se pode duvidar, como ressaltou o Delegado do Brasil na VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas em 1986, de que, pela nova redação, “– *Immunity exists, independent of the articles, as a basic rule of international law. The articles do regulate the immunity, establishing the conditions for its application*”.

10. Pode, assim, o Brasil estender seu apoio à atual versão do artigo 6 (*supra*), cabendo, porém formar sua opinião sobre a expressão entre colchetes (*and the relevant rules of international law*) e o destino a ser-lhe dado. Sobre este ponto, cabem algumas ponderações. Como bem acentuou nosso Delegado na VI Comissão da A.G. nos debates de 1983, o presente Projeto da CDI, sobre tema dos mais complexos, constitui-se em exercício não apenas de codificação como também de *desenvolvimento progressivo* do direito internacional: “– *For many of its aspects it is impossible to affirm the existence of a clear rule of international law which should be codified.*” Seria imprudente e precipitado que a CDI concluísse que a documentação um tanto limitada em que se baseou o *rapporteur* indicava a existência de regras de aceitação

generalizada. Não há como “deduzir” a existência de tais regras da documentação existente.

11. Em meu longo Parecer anterior sobre a matéria (MRE-CJ/17, de 7.5.1986), procurei justamente atentar para a não-uniformidade da prática dos Estados até o presente, e as oscilações das jurisprudências nacionais, admitidas e destacadas pelo próprio S. Sucharitkul (relator da CDI) em seus escritos. Quanto às iniciativas legislativas, não mais que 7 Estados optaram por solução por aquela via, filiando-se à doutrina da imunidade restritiva. Os instrumentos (nacionais) hoje existentes são: o *Foreign Sovereign Immunities Act* dos Estados Unidos (1976), o *State Immunity Act* britânico (1978), o *State Immunity Act* de Cingapura (1979), o *State Immunity Ordinance* paquistanês (1981), o *Foreign States Immunities Act* sul-africano (1981), o *State Immunity Act* canadense (1982), e o *Foreign States Immunities Act* australiano (1985, – este último, objeto de meu Parecer supracitado). A única Convenção internacional existente, a Convenção Européia sobre Imunidade do Estado (e Protocolo Adicional), embora date de 1972, até hoje não logrou mais do que três ratificações. Como tive ocasião de ressaltar em meu Parecer anterior sobre a matéria (MRE-CJ/17, de 7.5.1986), o entusiasmo dos desenvolvimentos da década de 1970 vê-se em nossos dias temperado por um ritmo aparentemente mais cauteloso de evolução da matéria.

12. Assim, não estamos diante de um quadro geral de aceitação inquestionada e generalizada da doutrina de imunidade restritiva, como alguns de seus adeptos pretendem fazer crer. O recente projeto sobre a matéria da *International Law Association* (1979-1982), para citar um exemplo, afasta-se do enfoque restritivo dos instrumentos supracitados, e toma como ponto de partida o princípio geral da imunidade, aplicável em todos os casos, exceto nos enumerados como exceções. As implicações do acima exposto para a consideração da expressão entre colchetes no artigo 6 *in fine* do presente Projeto da CDI são evidentes.

13. A inclusão ou não de referência às *relevant rules of general international law* no artigo 6 é ponto pendente na CDI, sobre o qual ainda não se logrou acordo. Os que sustentam sua inclusão alegam que por ela se evitaria que o presente Projeto “congelasse” a evolução da prática dos Estados sobre a matéria. Ora, foi por receio de “congelar” a evolução de certas áreas do direito internacional que a própria CDI postergou por algum tempo o

exame de determinados tópicos (como todo o capítulo da sucessão de Estados), para ulteriormente levá-lo adiante; como a mesma decisão – de exame e consolidação – foi tomada pela CDI. em relação à matéria da imunidade do Estado, cai por terra o argumento de seu pretensão “congelamento”, ainda mais por se tratar aqui, como já ressaltado, de obra não apenas de codificação como também de desenvolvimento progressivo do direito internacional.

14. Ademais, a inclusão no artigo 6 da expressão entre colchetes poderia levar a mal-entendidos, e prestar-se à interpretação de que além das limitações ou exceções contidas na Parte III do presente Projeto poderiam haver outras derivadas das *relevant rules of general international law*, o que do ponto de vista brasileiro debilitaria consideravelmente o presente Projeto da CDI. Assim, por tudo o que já foi assinalado, caberia ao Brasil, coerente com sua linha de ação sobre a matéria, manifestar-se em favor da supressão da expressão entre colchetes no artigo 6.

15. Fica, assim, evidenciada a necessidade de a Comissão de Direito Internacional buscar um equilíbrio entre os postulados das doutrinas da imunidade absoluta e da imunidade restritiva. Ora, recentemente, na VI Comissão da AG em 1986, após algumas modificações introduzidas pela própria CDI na Parte IV do presente projeto (*infra*), a Delegação do Brasil afirmou que o Projeto de Artigos adotado pela CDI, tal como se afigura no presente, *provide a good basis for an international instrument on the subject*. O equilíbrio aparentemente almejado pela CDI sobressai das próprias orientação e estrutura básicas de seu projeto: primeiramente, a asserção do princípio fundamental da imunidade de jurisdição do Estado (artigo 6), em atendimento à preocupação maior dos adeptos da doutrina absoluta; em segundo lugar, a previsão de limitações ou exceções (Parte III) de modo claro e pormenorizado, em atendimento aos anseios dos proponentes da doutrina restritiva; e em terceiro lugar a definição da imunidade do Estado em relação a medidas coercitivas em termos amplos (Parte IV), condicionando-as a exceções limitativamente previstas, e salvaguardando os interesses de países (particularmente os em desenvolvimento) porventura envolvidos em processos perante tribunais de Estado estrangeiro que espouse a tese da imunidade restritiva. A Delegação do Brasil já considerou, na VI Comissão da AG, como “aceitável em suas linhas gerais” esta orientação básica do Projeto da CDI, sem a qual provavelmente este não se viabilizaria.

16. Caberia aqui uma breve referência ao histórico legislativo das disposições interpretativas do artigo 3 do presente projeto. Em 1982 a Delegação do Brasil solicitou, na VI Comissão da AG, maior clareza e precisão do Projeto da CDI no tratamento da questão da “natureza” e do “propósito” de uma atividade; no ano seguinte a Delegação do Brasil registrou, na VI Comissão da AG, seu entendimento no sentido do aprimoramento do artigo 3 (2), em sua nova versão, ao admitir que, ao se determinar se um contrato é ou não comercial, há de se levar em conta seu propósito (se relevante para a determinação de seu caráter não-comercial) assim como – primariamente – sua natureza. É esta outra ilustração do equilíbrio visado pela CDI.

17. É de se observar, ademais, que o artigo 3 adequadamente não se propõe a definir a expressão “Estado”, mas antes a indicar o que ela compreende. Como bem ressaltou I. Sinclair, casos têm havido em que a imunidade do Estado tem sido invocada não apenas pelos Estados estrangeiros como tais, mas também por órgãos ou departamentos governamentais (dotados ou não de personalidade jurídica separada), bancos centrais estrangeiros, agências estatais e outros órgãos públicos, corporações (inclusive as nacionalizadas) e outras entidades. Imprecisões semânticas ou conceituais circundam, pois, o termo “Estado”; alguns autores, diante disto, e identificando a reclamação contra o Governo e não contra o “Estado”, têm-se deixado levar ao exagero de sugerir que nesse caso o Governo ou sua agência ou órgão aparece não como “poder soberano” mas como sujeito de direitos e obrigações de caráter privado ou comercial (afastada, assim, a imunidade).

18. Ora, o artigo 3 (1) do presente projeto da CDI visa precisamente esclarecer que o processo iniciado em um tribunal estrangeiro há de ser considerado processo contra o Estado em questão como tal, para o propósito da aplicação das regras de imunidade, quer se dirija ao Estado *eo nomine*, ou aos órgãos governamentais, ou às subdivisões políticas, agências ou “instrumentalidades” do Estado (capacitados a desempenhar atos no exercício da “autoridade soberana do Estado”), ou enfim aos representantes do Estado (agindo em tal capacidade). A Delegação Brasileira já considerou “aceitáveis”, na VI Comissão da AG, os artigos 3 (Interpretação) e 2 (Uso dos Termos), em sua atual versão, do Projeto de Artigos da CDI.

19. O artigo 4 do presente projeto constitui cláusula de salvaguarda dos privilégios e imunidades *diplomáticos*, ao passo que o artigo 5 dispõe

sobre a não-retroatividade dos presentes artigos. O artigo 7 (modalidades de se dar efeito à imunidade do Estado) foi, em sua versão original, alvo de críticas da Delegação do Brasil nos debates de 1981 da VI Comissão da AG; no entanto, com as mudanças redacionais efetuadas, pode nossa Delegação afirmar na VI Comissão, no ano seguinte, que *Brazil has no fundamental difficulties with the new Articles 7 to 14*. No entanto, a ulterior inclusão dos novos artigos 13 e 14 (“exceções” adicionais) viria a apresentar-nos dificuldades (*infra*). No tocante aos *counter-claims*, nossa Delegação considerou o artigo 10 suficientemente claro e preciso, apresentando as situações em que *counter-claims* podem ser avançados e as conseqüências jurídicas em cada caso no tocante à aceitação de jurisdição.

20. Os novos comentários, de 1986, da CDI sobre seu Projeto de Artigos registram o desacordo ainda prevalente em seu seio sobre a formulação do título da Parte III do projeto, sobre o uso do termo “Limitações” ou “Exceções” à imunidade. A questão está ligada às distintas concepções teóricas que também circundam o artigo 6. Assegura o recente comentário da CDI que o título da Parte III “não pretende expressar qualquer preferência sobre as interpretações doutrinárias divergentes das imunidades dos Estados”. No entanto, é de se esperar que os Estados, como o Brasil, que não se inclinam decisivamente pela doutrina da imunidade restritiva, não se mostrem dispostos a admitir “limitações” à imunidade do Estado, e prefiram empregar a expressão “exceções” à imunidade do Estado, desde que estas se reduzam aos casos em que a aplicação do princípio da imunidade resultasse em um vazio jurisdicional; como já ressaltamos nos debates da VI Comissão da AG de 1984-1985, uma lista ampliada ou excessiva de imunidades poderia afetar a própria integridade do princípio da imunidade do Estado (artigo 6), e há em todo caso que se entender que este último prevalece, dado que a cláusula *unless otherwise agreed between the States concerned* aparece em cada um dos artigos da Parte III sobre “exceções” à imunidade do Estado. O Brasil sempre recomendou cautela na redação da Parte III, de modo a não dificultar a aceitação do Projeto de Artigos da CDI como um todo.

21. Pelo artigo 11(1), no caso de contratos comerciais do Estado com pessoa física ou jurídica estrangeira, e cuja solução de diferenças recaia, pelas regras aplicáveis do direito internacional privado, na jurisdição de tribunal de outro Estado, considera-se que o Estado em questão tenha *consentido* no exercício de tal jurisdição (cf. também artigo 8) para aquele

fim. No entanto, reza o artigo 11(2) que tal disposição (§1) – e isto interessa ao Brasil – não se aplica no caso de contrato comercial concluído entre Estados ou em base intergovernamental, ou se as partes ao contrato comercial tiverem acordado expressamente de outro modo. Resta verificar se a CDI se aprofundará no exame deste artigo em sua segunda leitura do presente projeto.

22. A Delegação do Brasil assumiu, nos debates de 1983-1984 da VI Comissão da AG, posições claramente distintas em relação, de um lado, aos então artigos 13 e 14, e, de outro, aos então artigos 15 e 16 do presente projeto. Correspondem eles hoje aos artigos 12 e 13, e 14 e 15, respectivamente. O Brasil em nenhum momento se mostrou convencido de que os precedentes porventura existentes na prática dos Estados e na jurisprudência pudessem indicar aceitação generalizada das suas “exceções” adicionais, e justificar a inclusão na Parte III dos contratos de emprego (artigo 12) e dos casos de [compensação por] danos pessoais ou à propriedade (artigo 13); em mais de uma ocasião nossa Delegação expressou suas reservas, de fundo e de forma, àqueles dois artigos. Em contrapartida, nossa Delegação já expôs as razões (em 1983-1984) pelas quais o atual artigo 14 (posse e uso de propriedade) lhe parece como um todo “satisfatório” (entendendo-se o artigo 14 (2) como não contraditando o artigo 7 (3) *in fine*), e o atual artigo 15 (patentes, marcas, e propriedade intelectual ou industrial) se lhe afigura como não levantando dificuldades (cabendo, porém, estabelecer mais claramente a natureza do vínculo entre os subparágrafos (a) e (b)).

23. A Delegação Brasileira expressou, nos debates de 1985 da VI Comissão da AG, sua disposição em aceitar o atual artigo 18 (anteriormente artigo 19), por incorporar uma “exceção geralmente aceita” ao princípio da imunidade do Estado: a de que a imunidade não se aplica a navios do Estado (*State-owned or State-operated ships*) engajados em serviço comercial. Na mesma linha, no tocante ao atual artigo 19 (anteriormente artigo 20), aceitou nossa Delegação o reconhecimento ali consignado dos poderes de supervisão que tribunais (estrangeiros) possam ter sobre procedimentos arbitrais, nos termos propostos pela CDI (em relação aos três itens ali previstos); entende-se que as partes podem sempre acordar de outro modo, e que a disposição não se aplica aos acordos de arbitragem intergovernamentais, e que, ademais, os tribunais (estrangeiros) não podem interferir no processo arbitral nem tentar “substituir” o tribunal arbitral.

24. A Parte IV do presente Projeto da CDI diz respeito à imunidade do Estado em relação a “medidas coercitivas”, – expressão esta que, como explica a própria CDI, foi usada como “termo genérico”, desvinculado de acepção técnica em uso em qualquer ordenamento jurídico interno em particular. Ressalta ainda a CDI, nos comentários de 1986, que a imunidade do Estado com respeito a sua propriedade no presente contexto é particularmente significativa aos países em desenvolvimento, para a salvaguarda de seus interesses quando envolvidos em processos junto a tribunais de Estados industrialmente avançados.

25. A Parte IV do presente Projeto, em sua versão original, foi objeto em 1985 de ressalvas por parte de nossa Delegação, na VI Comissão da AG; revista e escoimada dos pontos criticados, mereceu em 1986 a aceitação de nossa Delegação. Considerou esta que o atual artigo 21 esclarece “adequadamente” qual propriedade está imune e de que medidas está imune (devendo a expressão entre colchetes – *legally protected interests* – constar do texto). Ponderou, a seguir, que o artigo 22 (consentimento em relação a medidas coercitivas) compatibilizou-se “satisfatoriamente” com o dispositivo geral sobre consentimento, o artigo 8. E considerou, enfim, que a listagem, do artigo 23, de categorias específicas de propriedade do Estado (que não seriam tidas como bens utilizados para fins comerciais e que portanto não poderiam ser objeto de medidas coercitivas), não era a rigor necessária, mas nem por isso se opôs nossa Delegação ao formato daquele artigo. Ainda em 1986, nossa Delegação expressou, na VI Comissão da AG, seu *general agreement* com os atuais artigos 24 a 28, que compõem a Parte V (Disposições Diversas) do presente Projeto.

26. As considerações acima, dado seu propósito são necessariamente condicionadas, por uma questão de coerência, pelos pontos de vista já manifestados, sobre o presente Projeto da CDI, pela Delegação do Brasil nos debates da VI Comissão da AG nos últimos sete anos. Para a elaboração, pelo setor competente do MRE (a Divisão das Nações Unidas), de eventuais comentários do Brasil sobre o referido projeto para encaminhamento ao Secretário-Geral das Nações Unidas, permito-me acrescentar duas recomendações finais. Primeiramente, que igualmente se ouça sobre o atual Projeto, para aquele propósito, nosso Delegado à VI Comissão das Nações Unidas, porquanto o Embaixador Calero Rodrigues tem nos últimos anos acompanhado toda a evolução da matéria nos mínimos detalhes, tanto na

VI Comissão em sua capacidade oficial, quanto na própria Comissão de Direito Internacional da ONU, como membro, em sua capacidade pessoal. Em segundo lugar, que se atente, quando da elaboração de nossos eventuais comentários, para as respostas do Brasil a um questionário sobre a matéria, preparado pelo *rappoteur* da CDI, em cooperação com o Secretariado da ONU, e circulado em outubro de 1979 pelo Consultor Jurídico das Nações Unidas aos Governos dos Estados-membros, para instruir o *rappoteur* da CDI, quanto às posições dos Estados, no estágio inicial de seu trabalho sobre o tema.

27. Nossos eventuais comentários de 1987 haveriam de compatibilizar-se, na medida do possível, com o teor de nossas respostas ao questionário de 1979, por uma questão de coerência. O questionário e as respostas do Brasil encontram-se reproduzidos às páginas 557-559 e 562-563 do documento ST/LEG/SER.B/20, de 1982 (da Série Legislativa das Nações Unidas), intitulado *Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property*. Passo a resumir os pontos essenciais das respostas do Brasil às vinte perguntas formuladas. O Brasil não optou, até o presente, por solução legislativa do tópico das imunidades jurisdicionais dos Estados e de sua propriedade. Os tribunais brasileiros estendem imunidade aos Estados estrangeiros e sua propriedade, suas decisões baseando-se no que consideram ser um princípio do direito internacional; os tribunais brasileiros consideram a doutrina da imunidade dos Estados como absoluta. O Brasil não vê como aplicável o princípio da reciprocidade no presente contexto. Nossa prática judicial, no tocante à imunidade dos Estados e de sua propriedade, não faz qualquer distinção entre “atos públicos” e “atos não-públicos” de Estados estrangeiros. Para se iniciar processo em tribunais brasileiros contra Estados estrangeiros por seus atos públicos, ter-se-ia que contar com o devido consentimento dos Estados estrangeiros a tal exercício de jurisdição. A única “exceção” à imunidade do Estado reconhecida por nossa prática judicial é precisamente a “aceitação voluntária” de jurisdição. No caso, porém, de envolvimento ou participação de Estado estrangeiro em processo judicial, não está ele isento das custas e nem conta ele com privilégios processuais. Enfim, de sua parte, o Brasil invoca, no exterior, imunidades jurisdicionais absolutas, tais como as que os tribunais brasileiros estendem a Estados estrangeiros; os tribunais brasileiros, no entanto, não levam em conta, em suas decisões, as atitudes do Brasil perante tribunais

estrangeiros, mas apenas invocam o que consideram um “princípio geral do direito internacional”.

É o que me cumpre esclarecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 3 de novembro de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Convenção nº 81 da OIT. Denúncia e Nova Adesão do Governo Brasileiro. Procedimento.

PARECER

Denúncia e Nova Adesão do Governo Brasileiro à Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho Concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio (1947)

Relata a Divisão de Atos Internacionais (DAI) do Itamaraty que o Brasil – ou, mais precisamente, por suas implicações, acrescento, o *Governo* do Brasil – decidiu denunciar a Convenção nº 81 concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio (1947), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o que fez pelo Decreto nº 68.796 de 23.6.1971. O Senhor Ministro do Trabalho, no propósito de revigorar aquela Convenção da OIT, apresentou ao Itamaraty texto de Exposição de Motivos ao Senhor Presidente da República, a ser firmada conjuntamente por ele e pelo Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, encaminhando projeto de decreto tornando insubsistente o Decreto nº 68.796/71. Os Senhores Chefes da DAI e do Departamento Consular e Jurídico (DCJ) do MRE concluem pela necessidade de nova submissão da mesma Convenção nº 81 da OIT à aprovação do Congresso Nacional, para posterior adesão pelo Governo brasileiro, com base no argumento de que, com a denúncia, “caducou” também a prévia aprovação parlamentar. O Senhor Subsecretário-Geral de Assuntos Políticos Bilaterais do MRE ressalta a necessidade de fundamentação da resposta do Itamaraty ao

Ministério do Trabalho. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a questão.

2. Trata-se de problema novo, pouco ou quase nada explorado até o presente. Examinêmo-lo ponto a ponto. Cabe observar, de início, que as Convenções Internacionais do Trabalho contêm, via de regra, um dispositivo que indica as condições em que os Estados ratificantes poderão denunciá-las posteriormente. Consoante as cláusulas finais de Convenções adotadas a partir de 1929, autoriza-se em geral tal retratação a intervalos de dez anos, a partir da data em que a Convenção em questão entrou inicialmente em vigor. A presente Convenção nº 81 concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio (1947) não foge à regra, porquanto seu artigo 34 dispõe que:

Artigo 34

1. Todo Membro que ratifique a presente Convenção pode denunciá-la no fim de um período de dez anos depois da data em que a Convenção entrou em vigor pela primeira vez, por ato comunicado ao diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. Essa denúncia não terá efeito senão um ano depois de registrada.

2. Todo Membro que, tendo ratificado a presente Convenção, dentro do prazo de um ano depois da expiração do período de dez anos mencionados no parágrafo precedente, não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará comprometido por um período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção no fim de cada período de dez anos nas condições previstas no presente artigo.

3. Em levantamento recente sobre a matéria, a própria OIT ressalta que *les dénonciations n'ont pas eu d'effet sensible sur l'action normative de l'Organisation*, e explica:

– (...) *Dans leur grande majorité, les dénonciations intervenues jusqu'ici sont la conséquence, la plupart du temps automatique, de la ratification par un État d'une convention révisée portant sur le même sujet. C'est là une situation normale (...). Une seconde catégorie de*

cas est celle où un État dénonce une convention purement et simplement parce qu'il considère qu'il n'est pas – ou n'est plus – en mesure, pour une raison ou une autre, de lui donner effet, ou qu'il estime qu'elle ne répond plus à ses conceptions ou préoccupations. Le nombre des dénonciations de ce genre a été très limité: 23 au total, soit un peu plus de 0,5 pour cent des ratifications”. (BIT, L'impact des conventions et recommandations internationales du travail. Genève: BIT, 1977, p. 33).

4. Logo a seguir, relembra a OIT que

– (...) Le Conseil d'administration du BIT a estimé, en novembre 1971, qu'il serait souhaitable, lorsque la dénonciation d'une convention est envisagée, que le gouvernement intéressé, avant de prendre une décision, consulte pleinement les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs au sujet des problèmes rencontrés et des mesures à prendre en vue de les résoudre. Il a aussi considéré qu'il serait souhaitable que le gouvernement qui dénonce une convention indique, à l'intention du Conseil d'administration, les motifs qui l'y ont conduit. (...) (Ibid., p. 33-34).

Este, em suma, o quadro geral da matéria, do ponto de vista da OIT.

5. Voltemos a atenção, agora, à mesma matéria, do ponto de vista do Brasil e de seu direito interno. As Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil até a presente data são as de números 5, 6, 11, 12, 14, 16, 19, 21, 22, 26, 29, 42, 45, 52, 53, 58, 80, 88, 89, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 113, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 124, 125, 127, 131, 142 e 148. O Brasil denunciou até o presente as Convenções da OIT de números 3, 81, 96 e 110. Após modificar sua legislação sobre proteção à maternidade, ratificou, porém, a Convenção nº 103, que reviu a de nº 3. Em 1971 denunciou o Governo brasileiro a Convenção nº 81, por insistência do então Ministro do Trabalho, inconformado (*sic*) com o fato de a Comissão de Peritos na aplicação de Convenções e Recomendações cobrar o cumprimento de alguns de seus dispositivos; dada a importância da referida Convenção nº 81, à época “o grupo de trabalhadores no Conselho de Administração da OIT protestou contra essa denúncia, efetivada sem consulta prévia às organizações sindicais”

(cf. Arnaldo Sussekind. *Direito Internacional do Trabalho*. 2ª ed. rev., SP, LTê, 1987, p. 322 nº 91). Não há que fazer abstração destas circunstâncias, posto que o direito não opera no vácuo.

6. No tocante ao *cas d'espèce*, o argumento em que se basearam a DAI e o DCJ do MRE para formar sua convicção parte da observação de que uma aprovação parlamentar anteriormente concedida não se incorpora ao tratado em sua “objetividade”. Tal observação torna-se de todo desnecessária, porquanto é elementar que não se trata de ponto prescrito pelo direito internacional, mas antes deixado por este ao direito interno (cf. e.g., Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2ª ed., v. I. RJ, 1956, p. 561-62, 574-75-79), tanto é assim que apresenta variações de país a país e, por vezes, em um mesmo país em diferentes épocas (cf. Lord McNair. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 99). A levar, para o fim de argumentação, o ponto adiante, caberia recordar, para ser preciso, a distinção entre a vigência “objetiva”, i.e., a vigência *internacional* de um tratado, e a vigência “subjéiva”, i.e., a vigência *no e para* o Estado (individual) do mesmo tratado. A segunda não pode evidentemente existir sem a primeira.

7. A aprovação parlamentar de um tratado é, entre nós, condição prévia à eventual ratificação (ou adesão) do mesmo pelo Governo. A aprovação de um tratado pelo Congresso se faz por meio de decreto-legislativo, que tem hierarquia de lei (Constituição vigente, artigo 46 (VI), e cf., *inter alii*, Haroldo Valladão. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., vol. I, RJ/SP, Livr. F. Bastos, 1980, p. 96-7). Já a denúncia de um tratado se dá, entre nós, por um ato de Governo, de caráter executivo ou administrativo, por meio de decreto. No âmbito estritamente do direito interno, pode um decreto (de denúncia pelo Governo) invalidar um decreto-legislativo que tem hierarquia de lei? Pelo argumento esposado pela DAI e pelo DCJ do MRE poderia, simplesmente por se afirmar que pode: a aprovação prévia parlamentar “caducaria” e se “desfaria” pela denúncia governamental. É o argumento da autoridade, que requer, porém, demonstração.

8. Convém ter sempre em mente que, pelo decreto legislativo, “o Presidente do Senado promulga apenas a aprovação do Legislativo ao ato internacional, pois a promulgação deste, incorporando-o à nossa legislação interna, cabe ao Presidente da República, através de decreto, já que um ato

aprovado pelo Parlamento pode nunca entrar em vigor, pois se a aprovação legislativa condiciona a ratificação pelo Executivo, não a torna obrigatória” (A.P. Cachapuz de Medeiros. O Controle Legislativo dos Atos Internacionais, 85 *Rev. Inf. Leg. Sen. Fed.* 1985, p. 211). Há exemplos em nossa prática, constantes dos arquivos da DAI do MRE. É precisamente o que ocorreu, e.g., com as quatro Convenções de Direito do Mar (Plataforma Continental, Mar Territorial e Zona Contígua, Alto-Mar, e Pesca e Conservação dos Recursos Naturais do Alto-Mar) de Genebra de 1958: aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 45, de 15.10.1968 (publicado no *Diário Oficial* de 18.10.1968), não foram posteriormente ratificadas pelo Governo. Ter-se-ia, com isto, o ato de sua aprovação parlamentar desfeito e perdido no *oblivion*? Não; a meu ver subsiste, apenas não têm aquelas Convenções vigência no e para o Brasil.

9. *A fortiori*, se a denúncia de um tratado (neste próprio prevista), ato governamental, independe de autorização parlamentar, pode ela invalidar ou fulminar a prévia aprovação parlamentar do mesmo tratado? Pelo paralelismo dos atos jurídicos, não; o que se desfaz pela denúncia não é a prévia aprovação, mas antes a *vigência* (“subjéitiva”) do tratado, no e para o Estado em questão. Pela denúncia, cessam, precisamente, os efeitos da *ratificação* (ou *adesão*); a aprovação não é ato compromisso, mas condição prévia deste, o qual se consubstancia na ratificação (ou adesão). Tanto é assim que tratados aprovados e não ratificados, como já indicado, não geram compromisso algum (ressalvada a hipótese da obrigação prevista no artigo 18 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 e 1986). A ratificação, como a denúncia, cabem, entre nós, uma e outra, ao Executivo; a aprovação, pelo Legislativo, já se deu; o que se desfaz pela denúncia, pelo princípio do paralelismo dos atos jurídicos, é o ato compromissivo (fazendo cessar a vigência do tratado no e para o Estado), não o ato-condição.

10. Um último ponto, subjacente ao argumento em favor de nova submissão da Convenção nº 81 ao Congresso Nacional, se resumiria no entendimento de que, extintas, pela denúncia de 1971, as obrigações internacionais do Brasil sob a mencionada Convenção da OIT, caberia agora assumir novo pacto, não podendo o Governo fazê-lo por si próprio. O argumento, aplicado ao caso concreto, revelaria o vazio de um “direito” desfigurado pela lógica formal e abstrata. *Summun jus, summa injuria*. Não

se trata de um novo pacto, mas da mesmíssima Convenção nº 81 da OIT (que não sofreu qualquer revisão), aprovada pelo Legislativo, ratificada e depois denunciada pelo Executivo, sem observar a recomendação do Conselho de Administração da OIT de consultas prévias a organizações representativas de empregadores e empregados (*supra*). A referida Convenção, vigente no Brasil, anteriormente aprovada pelo Legislativo, foi, sem a autorização deste (cf. *infra*), denunciada pelo Governo, inconformado com a operação do mecanismo de supervisão internacional da Convenção e o alcance das obrigações internacionais contraídas pelo Brasil no exercício de sua soberania.

11. Estamos diante de um instrumento internacional voltado à *proteção social*, regido, como os tratados humanitários, por regras de interpretação que lhe são próprias; as Convenções do gênero, as Convenções internacionais do trabalho, são dotadas, como os tratados humanitários que criam seus próprios mecanismos de supervisão, de especificidade própria, seja no estágio da negociação e adoção, nas Conferências Internacionais do Trabalho (resultado que são do acordo de vontades de representantes dos Governos, dos empregadores e dos empregados), seja no da efetiva implementação (inadmissibilidade de reservas). Assim sendo, como, no presente caso, à luz do acima exposto, pretender fundamentar nova submissão da Convenção nº 81 ao Congresso Nacional, já por este aprovada? Como, nas circunstâncias do caso, esperar que o Congresso entenda as “razões” de tal gesto? Em se tratando de Convenção sobre matéria distinta (e.g., relações comerciais), um possível levantamento da questão seria teórico, pois na prática dificilmente se poderia imaginar o empenho de um Governo em busca de (nova) aprovação parlamentar de um tratado que, em seu juízo, não correspondesse aos interesses do país. No presente caso, a resubmissão, ao Congresso Nacional, da mesma Convenção nº 81 da OIT, já por ele aprovada, não daria ao Legislativo bem-fundadas razões para insistir na tese de que, doravante entre nós, a denúncia, assim como a aprovação de tratados, haverá de requerer a prévia autorização parlamentar? Ao agir dessa forma, o Itamaraty estaria contribuindo decisivamente para a redução de seu próprio campo de ação.

12. Pessoalmente, sou pela redução da discricionariedade do Executivo na execução ou implementação especificamente dos tratados humanitários, incluídas aqui as Convenções internacionais do trabalho, que,

de lege ferenda, deveriam, a meu ver, ter sua denúncia igualmente sujeita, em nosso direito, à prévia autorização parlamentar. Mas enquanto, em nosso direito, prevalecer o estágio imperfeito de evolução da matéria pelo qual se equipara a denúncia a um ato governamental independente de autorização congressional (em relação a Convenções do gênero), não há como sustentar a resubmissão ao Legislativo de Convenção (como a aqui contemplada), já aprovada, e, daquela forma, denunciada.

13. Em nosso país, como em outros, tem-se até o presente entendido que a denúncia, prevista no próprio tratado, é ato de Governo. Meus eminentes predecessores na cadeira do Consultor Jurídico do Itamaraty – a cuja sombra tem florescido a melhor doutrina do direito internacional em nosso país – Clovis Bevilacqua (no celebrado Parecer de 5.7.1926) e Hildebrando Accioly, sustentaram que o ato de denúncia, consignado no próprio tratado, de caráter essencialmente executivo ou administrativo (porquanto atinente à própria execução do tratado), já estaria autorizado pelo Legislativo, ao aprovar o tratado contendo a cláusula de denúncia. Ora, a meu ver há que diferenciar a *forma* ou as condições da denúncia, previstas no próprio tratado, do *procedimento* para a denúncia, ditado pelo direito interno.

14. O argumento de Bevilacqua e Accioly, que sobreviveu à erosão dos tempos, inatacável quando o tratado, ao regular a denúncia, se refere a “Governo”, vem em nossos dias a ser questionado, quando o tratado, ao regular a denúncia, se refere a “Estado” (*infra*). É precisamente o caso da Convenção nº 81 da OIT que, ao regular a denúncia no artigo 34 (*supra*), refere-se a “Membro”, isto é, Estado-membro da Organização Internacional do Trabalho. *Nessas condições*, tem-se bem argumentado (Sussekind, amparado em Pontes de Miranda) que se é indubitavelmente o *Governo* quem pratica os atos administrativos que formalizam a ratificação e a denúncia de tratados (previamente aprovados pelo Congresso Nacional), *a fortiori* não poderá o *Estado* denunciá-los – fazendo cessar sua vigência no e para o país – sem a prévia autorização do Legislativo. Ora, “admitir-se que a aprovação, pelo Congresso Nacional, do tratado que prevê a denúncia pelo *Estado* ratificante, implicaria autorização para o Presidente da República denunciá-lo, importaria em considerar-se legítima a delegação do Poder Legislativo ao Poder Executivo para revogar normas legais e decidir sobre os tratados” (A. Sussekind, *op. cit., supra*, p. 57-8). Não é dado ao Congresso Nacional

delegar a “prática de atos da sua exclusiva competência”, e “admitir que o Poder Executivo possui a faculdade de denunciar a convenção, significa delegar-lhe competência para revogar a lei, já que as normas do tratado, a partir da eficácia jurídica da ratificação, passam a integrar o direito positivo” (*ibid.*, p. 220).

15. Nesse sentido, vêm-se orientando as Constituições modernas de alguns Estados democráticos (e.g., Constituições da Dinamarca, artigo 19 (1), da Holanda, artigo 64, da Espanha, artigo 96 (2), da Suécia, artigo 4). Se o Legislativo interveio na aprovação de um tratado, se interveio *para atar, por que no para desatar?* (A. Remiro Brotons. *La Acción Exterior del Estado*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 198-200). No tratamento da presente questão procurei, atendo-me à autoridade do argumento, cingir-me ao que me parece direito, isto é, *reto*, ao que não raro é encoberto ou tragado pelo hermetismo e pela cegueira da lógica formal, – a qual, a seu turno, também não raro, por sua aplicação mecânica, esvazia o direito de todo sentido e valor. Minha conclusão não poderia ser mais clara: pelas razões acima expostas, entendo que deve o Itamaraty prontamente endossar a iniciativa, procedente e acertada, do Ministério do Trabalho de encaminhar, em Exposição de Motivos ao Senhor Presidente da República, projeto de decreto tornando insubsistente o decreto de denúncia, pelo *Governo* do Brasil, da Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 24 de novembro de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Reconhecimento de Governo no
Direito Internacional. Posições do
Brasil.

PARECER

Posições do Brasil em Matéria de Reconhecimento de Governo

Solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores o exame, em “curto estudo”, das posições do Brasil em matéria de reconhecimento de Governo. Com efeito, a prática do Governo brasileiro em matéria de reconhecimento de Governo, compendiada na coletânea *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*, é das mais ricas, e dela podem ser extraídos alguns elementos que nos permitem compreender os fundamentos de nossas posições. Senão vejamos. Proclamado o regime republicano na China, resolveu o Governo brasileiro estender-lhe seu reconhecimento, em abril de 1913, após “aguardar os acontecimentos” e constatar a “estabilidade da nova forma de Governo naquele país”. Quatro anos depois (abril de 1917), reconheceu o Brasil o Governo Provisório da Rússia, após esperar pelo reconhecimento do mesmo pelas potências da *Entente*, Grã-Bretanha, França, Itália, seguidos do Japão, Estados Unidos e China. Pouco após, em janeiro de 1918, reconheceu o Brasil o novo Governo Provisório *de facto* de Portugal, por ter este “mantido a ordem interna e sustentado a posição da Nação, ao lado dos Aliados da *Entente*, na guerra contra o Império alemão”.

2. De nossa parte, para propiciar o pronto reconhecimento do novo Governo Provisório do Brasil, teve o Ministério das Relações Exteriores o

devido cuidado de emitir circulares ao Corpo Diplomático no Rio de Janeiro, em outubro de 1930, esclarecendo que a [nova] Junta Governativa reconhecia e acatava

todos os compromissos nacionais contraídos no Exterior, os tratados subsistentes com as potências estrangeiras, a dívida pública externa e interna, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente estatuídas.

Durante a Segunda Guerra Mundial, reconheceu o Brasil em 1943 o Comitê Francês de Libertação Nacional como “órgão qualificado para gerir e defender os interesses franceses” até a libertação da França; em outubro do mesmo ano, reconheceu o Governo Provisório francês, referindo-se aos “fortes vínculos” do Brasil com aquele país.

3. No ano seguinte (1944), não menos de três reconhecimentos de Governo, pelo Brasil, tornaram-se dignos de registro:

a) o reconhecimento do novo Governo de El Salvador, após avaliação da evolução da situação interna naquele país;

b) o reconhecimento do novo Governo do Equador, após recebida comunicação deste no sentido de que o Governo equatoriano mantinha a “ordem interna”, respeitaria “todos os acordos internacionais” e reiterava sua “adesão aos postulados por que lutam as Nações Unidas”;

c) o reconhecimento do novo Governo da Itália (e estabelecimento de relações diplomáticas com aquele país), após consultas com os demais Governos americanos consoante o processo estabelecido na Conferência de Chanceleres do Rio de Janeiro de 1942, e invocando as “afinidades” que unem os dois países.

4. Em algumas ocasiões estendeu o Brasil o reconhecimento de novos Governos sem externar as razões que o levaram a tal (e.g., reconhecimento, pelo Brasil, dos novos Governos da Síria, em setembro de 1949 e dezembro de 1951, da Bolívia, em maio de 1951, da Argentina, em novembro de 1955, da Guatemala, em outubro de 1957, de Honduras, em outubro de 1956, do Haiti, em julho de 1957, de El Salvador, em janeiro de 1949, da Venezuela, também em janeiro de 1949). Em outras ocasiões, explicou-se o Brasil:

a) ao reconhecer o novo Governo do Paraguai, em setembro de 1949, certificou-se o Governo brasileiro de que a mudança de mandatários naquele país obedecera aos “dispositivos estatuídos na Carta Política do Estado”; da mesma forma, “tão logo ficou ciente da legalidade do novo Governo colombiano”, reconheceu-o em 1957;

b) em 1952, reconheceu o Brasil o novo Governo de Cuba, “não sem antes se assegurar de que o mesmo mantinha a ordem interna e estava animado do propósito de cumprir os compromissos internacionais do país”; no mesmo ano (junho), e na mesma linha, reconheceu o Brasil o novo Governo da Bolívia, após constatar que este “se havia consolidado no poder, estava em condições de manter a paz pública e se comprometia a respeitar os compromissos internacionais firmados anteriormente”; uma vez mais, em janeiro de 1958, ao reconhecer a nova Junta Governativa da Venezuela, explicou o Governo brasileiro que o fizera “tão logo ficou ciente da estabilidade do novo regime venezuelano e seguindo a praxe adotada em casos análogos”;

c) em novembro de 1949 decidiu o Brasil reconhecer o novo Governo panamenho, “sem pretender, de forma alguma, opinar sobre a política interna do Panamá”.

5. Também em Conferências internacionais manifestou-se o Brasil sobre a matéria em apreço. Na Conferência de Chapultepec (México, 1945), o representante brasileiro, Embaixador Accioly, quando da consideração na III Comissão de um projeto mexicano sobre reconhecimento de governos *de facto*, declarou “não poder aprovar a cláusula que significava adesão da Conferência à chamada doutrina Estrada” (cf. *infra*); a Delegação mexicana acabou por retirar o seu projeto. Três anos depois, na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá em 1948, o representante do Brasil, Neves da Fontoura, em importante intervenção, expôs com clareza os fundamentos da posição do Brasil em matéria de reconhecimento de governos *de facto*, cujos pontos principais, por sua pertinência, reproduzo a seguir:

– (...) Creio que a questão dos governos *de facto* constitui por si mesma uma matéria bastante delicada, e é certo que até hoje não se pôde chegar a nenhuma solução harmônica no sentido de seu reconhecimento. (...) Não há dúvida de que quando se produz um

governo *de facto* em um país americano, cria-se uma situação duplamente desagradável, assim que um Estado da comunidade americana se torna, por assim dizer, isolado em suas relações políticas com os demais; e, por outro lado, começa um amplo trabalho de preparação dos diversos governos, por parte do governo interessado, para seu reconhecimento. (...)

(...) Meu país acredita, e sempre acreditou, que o reconhecimento é um ato de soberania e que, portanto, cada governo poderia reconhecer ou não um governo *de facto*, quando, a seu juízo, tal governo reúne condições como seriam exercer o domínio de todo o país de forma pacífica, comprometer-se a respeitar os acordos internacionais e manter dentro de seu território as liberdades democráticas, que constituem o fundamento do sistema americano. Não é que estas considerações obriguem, mas, sim, podem conduzir ao reconhecimento.

O projeto de resolução que tenho em vista não priva nenhum dos governos da liberdade de reconhecer ou não reconhecer um governo *de facto*. Dessa forma, a situação não altera o critério de soberania, nem obriga a qualquer reconhecimento. (...) Fala-se dos direitos de manter, suspender e reatar as relações diplomáticas com outro governo. Este é um princípio elementar do direito internacional, posto que não se pode sujeitar o reconhecimento de um governo a questões de egoísmo. Qualquer tratado elementar de direito internacional consagra este princípio e, portanto, não levanta uma questão de fundo. (...) Todos sabemos que há circunstâncias de índole política (...) que levam um governo a reconhecer de preferência um governo *de facto*; (...) este(...) ponto não pode suscitar nenhuma controvérsia.(...) Meu país aprova este projeto de resolução: primeiro, porque não priva os Estados da faculdade de reconhecer ou não reconhecer os governos *de facto*; segundo, porque as recomendações são temas elementares do direito internacional; terceiro, porque esta resolução facilita a concentração, em um lugar comum, das distintas circunstâncias que rodeiam o estabelecimento de um governo *de facto*, o que permite a um Estado que possa decidir livremente se o reconhece ou não. (...)

6. Recorde-se, a propósito, que, ainda em nosso continente, a Comissão Jurídica Interamericana da OEA embarcou em um projeto de sistematização da questão do reconhecimento dos governos *de facto*. Ao final de seus trabalhos, em 1965, não se logrou, porém, obter um projeto de Convenção sobre o tema, mas apenas uma simples resolução, desprovida de caráter mandatório.

7. Algumas das doutrinas que floresceram, principalmente em nosso continente, em matéria de reconhecimento de governos, assim como o desenvolvimento deste capítulo do direito internacional, se deixaram marcar pela preocupação constante com a instabilidade e descontinuidade dos governos. O Brasil sempre se mostrou cauteloso em relação a estas doutrinas. É certo, como vimos, que casos houve em que verificou a legalidade de novos Governos ao estender-lhes reconhecimento (*supra*), mas assim o fez sem em qualquer momento estender apoio expresso à chamada *doutrina Tobar* (decorrente de declaração de 1907 do Chanceler equatoriano pela qual só se haveria de reconhecer governos constitucionais e não os resultantes de golpes de Estado ou revoluções). Ao contrário, preocupou-se o Brasil em deixar claro que não opinava sobre a política interna dos países em questão (*supra*), ainda quando verificasse a ocorrência de certos pressupostos factuais.

8. Na edição de seu *Direito Público Internacional* (v. I) de 1910, quatro anos após sua nomeação como Consultor Jurídico do Itamaraty, Clovis Bevilagua, sempre se estribando nos dados da prática do Brasil a que tinha acesso em razão de suas funções, confirmava o princípio geral sempre seguido pelo Governo brasileiro de que podem os Estados livremente mudar sua forma de Governo, por ato de soberania próprio do domínio do direito público interno, que há de ser respeitado pelos demais Estados. Anos depois, em 1930, a chamada *doutrina Estrada* (atribuída ao então secretário de Estado das Relações Exteriores do México), investindo-se contra o exercício do reconhecimento de governo como instrumento puramente político (e.g., intervencionista), pretendeu que se “substituisse” o ato do reconhecimento pela simples manutenção, ou retirada, de agentes diplomáticos (ante a mudança de governo), – o que, no entanto, não impedia que se interpretasse a medida como reconhecimento tácito, ou não, do novo governo. Como vimos, o Brasil não subscreveu tal doutrina: tanto como delegado do Brasil na Conferência de Chapultepec em 1945,

quanto como consultor jurídico do MRE (à época da publicação da 2ª edição de seu *Tratado de DIP* v. I, em 1956), Hildebrando Accioly se opôs a ela, mostrando seu desacerto.

9. O ponto voltou à baila em meados dos anos 70, quando o Itamaraty reiterou que o Brasil não adotava a doutrina Estrada; trata-se do último documento conhecido¹, que expõe com clareza a posição do Brasil em matéria de reconhecimento de Governo (reproduzido no *Repertório, cit. supra*) qual seja, o telegrama (ostensivo) do MRE à nossa Embaixada em Washington, de 14 de outubro de 1975, que reproduzo a seguir:

– (...) A apresentação feita pelo Sr. Thomas Galloway corresponde à prática seguida pelo Governo brasileiro em matéria de reconhecimento de Governo. Com efeito, o Brasil não adota a Doutrina Estrada; exige que o novo Governo exerça controle efetivo sobre o país e prometa cumprir as obrigações internacionais do Estado. O Brasil não reconhece novo Governo unilateralmente, sendo necessário o consentimento do Governo a ser reconhecido. Os fatores políticos são também levados em conta quanto a decisões de reconhecimento de Governo. Ao interessado deve ser dito que o Brasil nunca adotou formalmente uma norma a respeito de reconhecimento e que a indicação de que os resultados da pesquisa parecem corretos não implica, evidentemente, qualquer compromisso oficial.

10. Há os que têm vislumbrado, nos últimos anos, um certo declínio no interesse pelo tema. No entanto, a matéria continua a atrair alguma atenção (a exemplo da 2ª edição, de 1974, vinte anos após o lançamento original, do estudo de César Sepúlveda, *La Teoría y la Práctica del Reconocimiento de Gobiernos*). Um dos mais recentes estudos sobre a matéria recomenda que o reconhecimento de Governo se norteie, em nossos dias, tão-somente pelo princípio da efetividade (M.J. Peterson, *Recognition of Governments Should Not Be Abolished*, 77 *American Journal of International Law*. 1983, p. 31.50).

¹ Quanto ao reconhecimento de Estado, a última vez em que a questão foi estudada, pelo Itamaraty, teve lugar em 1986; cf. meu Parecer MRE – CJ/44, *Reconhecimento de Estado no Direito Internacional: a República Árabe Saaraui Democrática (RASD)*, de 3.10.1986, p. 1-8.

11. A prática do Brasil sobre a matéria tem, ao longo dos anos, se mantido avessa aos excessos da conveniência política e da formulação doutrinária, e buscado constantemente orientar-se pela constatação de pré-requisitos factuais do ato de reconhecimento do Governo, tais como a efetividade e estabilidade do novo Governo (estrangeiro), e a disposição deste último de aceitar e resguardar seus acordos, compromissos e obrigações (particularmente no que possam estes dizer respeito às relações com o Brasil). Não seria demais, em conclusão, reiterar que, em nenhum momento de sua existência como membro da chamada “sociedade internacional” se deixou o Brasil seduzir por doutrinas, florescidas em nosso continente, que, se tivessem vingado, teriam despojado o instituto do reconhecimento de governo de sua essência, qual seja: manifestação unilateral de vontade por parte do Estado, à qual se vinculam conseqüências jurídicas (embora não corresponda a um dever jurídico *stricto sensu*), e que recai no âmbito da discricionariedade do Estado, verificada por este a satisfação de certas condições factuais. Assim sendo, o reconhecimento de governo só pode ser, no meu entender, declaratório, e não constitutivo (de direitos), aplicando-se a concepção básica acima igualmente ao reconhecimento de Estado e ao reconhecimento de beligerância, apesar de suas distinções. Não surpreende que este capítulo do direito internacional, tão fortemente impregnado de conotações políticas subjacentes (o processo de formação da vontade do Estado), tenha, até o presente, desafiado todas as tentativas de codificação e resistido a todos os projetos que pretenderam em vão transpô-lo ao campo do direito internacional *convencional*.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 17 de dezembro de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

1988

Auxiliares Locais de Consulado:
Direitos Sociais na Itália. Convenção
de Viena sobre Relações Consulares de
1963: Alcance e Efeitos.

PARECER

O Fechamento do Consulado-Geral em Gênova e a Questão dos Direitos Trabalhistas de Auxiliares Locais na Itália

Com a recente extinção de nosso Consulado-Geral em Gênova, encontra-se em exame no Itamaraty a questão da liquidação dos direitos sociais dos auxiliares locais da repartição extinta, objeto de *aide-mémoire* da Embaixada da Itália de 30 de julho de 1987. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer sobre a questão dos direitos trabalhistas, na Itália, à luz da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Em longo e exaustivo Parecer anterior sobre a questão afim da imunidade de jurisdição do agente diplomático em matéria trabalhista (Parecer MRE-CJ/14, de 22.4.1986, p. 1-25), procurei demonstrar a tendência restritiva da imunidade jurisdicional em matéria trabalhista na moderna prática dos Estados – inclusive da Itália – e a possibilidade de solução de reclamações à luz da própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (e.g., artigo 47).

2. Observei, naquele Parecer (parágrafo 22), que

a justiça italiana tem, em ocasiões recentes, admitido a execução de sentenças condenatórias, em ‘casos de inobservância de normas imperativas do direito do trabalho’, quando, no seu entender: a)

fica comprovado que a imunidade é invocada para encobrir desrespeito à obrigação; b) persiste a recusa de respeito às normas trabalhistas substantivas; c) há transgressão grave de normas imperativas sobre salário, previdência e seguro, após o esgotamento das vias conciliatórias a nível diplomático.

Relembrei, ademais (mesmo parágrafo 22 daquele Parecer), que na Itália é a matéria regulamentada pelo chamado ‘Contrato Nacional de Trabalho’, Regulamento que resultou de entendimento entre o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, o Ministério dos Negócios Estrangeiros e os sindicatos italianos. (...) Como a Itália considera que a imunidade jurisdicional não exige as Missões diplomáticas de respeito à legislação trabalhista do Estado acreditado, têm havido casos de ação executória; o mencionado ‘Contrato Nacional de Trabalho’, que rege a relação de emprego na Itália, prevê (artigo 25) tentativas de conciliação através do Ministério dos Negócios Estrangeiros ou do Escritório Provincial do Trabalho” (*op. cit., supra*, p. 16-7).

3. A questão, afim, que se levanta na presente consulta, é a de se caberia ao Governo brasileiro observar ou não a legislação local, à luz do disposto na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Na Itália, o “Contrato Nacional de Trabalho” supracitado aplica-se aos auxiliares locais *tanto de Embaixadas quanto de Consulados*; intitula-se ele *Contratto Nazionale di Lavoro dei Dipendenti dalle Ambasciate, Consolati, Legazioni, Istituti Culturali ed Organismi Internazionali*. Elucidativa nota verbal (nº 022/CIRC/11169, de 18 de setembro de 1985) do *Ministero degli Affari Esteri* aos *representantes diplomaticos e consulari* e às organizações internacionais e missões especiais na Itália refere-se a ambas Convenções de Viena, sobre Relações Diplomáticas de 1961 e sobre Relações Consulares de 1963, e esclarece conclusivamente sobre a observância da lei local:

– *Il Ministero degli Affari Esteri ricorda al riguardado che tale personale [dipendenti locali] va amministrato nel rispetto degli obblighi previsti nell’art.41, primo paragrafo, della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche e nell’art. 55, primo paragrafo, della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari, nonché negli articoli*

33, terzo paragrafo e 48, terzo paragrafo – rispettivamente – delle due Convenzioni.

Il personale localmente assunto ha diritto come il Ministero degli Affari Esteri ha più volte fatto presente, a trattamenti retributivi, previdenziali ed assicurativi corrispondenti al disposto delle leggi italiane, utilmente compendiate nell'acclusa pubblicazione [Contratto Nazionale di Lavoro].

Rivela attirare, in materia, l'attenzione delle Rappresentanze accreditate in Italia anche sul fatto che l'Autorità Giudiziaria italiana ha di recente più volte preso posizione su casi di inosservanza di norme imperative di diritto del lavoro da parte di Uffici o persone coperti da immunità, ammettendo anche atti esecutivi quando, ad avviso della stessa Autorità, erano emerse situazioni nelle quali concorrevano:

1) un persistente rifiuto del rispetto di norme di diritto del lavoro imperative e fondamentali;

2) l'evidenza che l'immunità veniva invocata a scopi meramente strumentali (e cioè per sottrarsi ad un obbligo, imposto dall'ordinamento locale, senza che fosse in questione il libero esercizio del diritto di legazione attivo, al cui servizio le immunità sono in definitiva poste);

3) una gravità di violazione di norme imperative italiane in materia retributiva, previdenziale ed assicurativa, accompagnata da infruttuosi contatti preliminari a livello diplomatico. (op. cit., supra, p. 2-3).

4. Prevalece, pois, na Itália, a interpretação de que se impõe a legislação trabalhista local, estando as relações de trabalho entre as Embaixadas e os Consulados e seus empregados italianos ou estrangeiros residentes regulamentadas, no âmbito da legislação italiana, pelo supracitado 'Contrato Nacional de Trabalho'. Sobre controvérsias trabalhistas em particular, dispõe o artigo 25 deste diploma legal:

– Nas eventuais controvérsias relativas às relações de trabalho regulamentadas pelo presente Contrato Nacional de Trabalho, é prevista uma tentativa de conciliação através do Ministério dos Negócios Estrangeiros, a menos que para tal tentativa de conciliação as partes prefiram valer-se do procedimento ordinário previsto pelas

leis vigentes, dirigindo-se ao competente escritório provincial do trabalho. Em cada caso, o empregador pode ser assistido por dois especialistas de sua confiança, enquanto que os empregados podem ser coadjuvados por dois representantes sindicais. Para o que não estiver previsto no presente artigo, levar-se-ão em conta as leis vigentes.

5. A Itália não é caso único do gênero. Recentemente, em resposta a consulta formulada por nossa Embaixada em Paris sobre o tratamento conferido pelas autoridades francesas às reclamações trabalhistas contra entidades e agentes que gozem de privilégios e imunidades *diplomáticos e consulares*, o Ministério das Relações Exteriores francês observou (nota verbal nº 003539, de 25 de outubro de 1985) que, nas relações trabalhistas com auxiliares locais franceses,

– (...) Nonobstant leurs immunités (...), les Ambassades et les diplomates, comme les consulats et les Consuls, doivent respecter les lois et règlements français (article 41 de la Convention de 1961 et article 55 de la Convention de 1963).

Au plan de l'emploi en France, le personnel français doit donc individuellement bénéficier d'une manière générale des dispositions de la législation française du Travail puisqu'il n'existe pas de statut particulier applicable au personnel français dans son ensemble (conventions collectives).

En ce qui concerne le salaire d'un employé français, celui-ci ne doit pas être inférieur au SMIC. Toute clause dans le contrat d'engagement de l'intéressé qui prévoirait un salaire inférieur serait contraire à l'ordre public français. D'autre part, les employés français doivent être affiliés à la Sécurité sociale française (cf. articles 33, 37 et 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et articles 48, 55 et 71 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires).

En outre, ils doivent être obligatoirement affiliés à un régime de retraite complémentaire en application des dispositions de la Loi nº 72-1223 du 29 décembre 1972 ainsi qu'à une caisse d'assurance-chômage (Assedic).

Enfin, le calcul des droits des ayants-droit peut à tout moment être effectué, en cas de licenciement, par l'inspecteur du Travail local ou par le Ministère français chargé de l'Emploi.

Ces dispositions sont évidemment applicables aux étrangers "résidents permanents". Néanmoins, en France, elles ne sont jamais imposées par le Protocole à ceux de ces étrangers qui ont la nationalité du pays accréditant. (...) (Op. cit., supra, p. 1-2).

6. As ponderações que tive ocasião de tecer, no Parecer anterior (CJ/14, *cit. supra*) sobre a imunidade de jurisdição do agente diplomático em matéria trabalhista, acerca do sentido e alcance dos princípios da não-discriminação e da reciprocidade consagrados na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (artigo 47), aplicam-se igualmente no tocante à Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, em que também se encontram consignados aqueles mesmos princípios (artigo 72) nos seguintes termos:

– 1. O Estado receptor não discriminará entre os Estados ao aplicar as disposições da presente convenção.

2. Todavia, não será considerado discriminatório:

a) que o Estado receptor aplique restritivamente qualquer das disposições da presente Convenção em consequência de igual tratamento às suas repartições consulares no Estado que envia;

b) que, por costume ou acordo, os Estados se concedam reciprocamente tratamento mais favorável que o estabelecido nas disposições da presente Convenção.

7. Cabe acrescentar que, de acordo com dados fornecidos pela Divisão de Privilégios e Imunidades do Itamaraty (despacho ao *memorandum* DJ/46, de 5.8.1987), em resposta à nota circular nº 410 de 26.9.1986 do MRE a Embaixada da Itália informou (nota verbal nº 522, de 20 de outubro de 1986) que,

dos seus sete auxiliares locais, seis são regidos pela lei brasileira (CLT) e apenas um pela italiana. Segundo um desses auxiliares, a Embaixada recolheria mensalmente as contribuições previdenciárias em favor desses funcionários regidos pela lei brasileira.

Em ocasiões anteriores (notas verbais nº 157, de 30 de junho de 1983, e nº 181, de 8 de agosto de 1983), a Embaixada da Itália informou igualmente que para os auxiliares locais brasileiros estavam sendo observados os dispositivos da Lei nº 6.887 de 10 de dezembro de 1980, no tocante às obrigações previdenciárias.

8. Caberia, atualmente, nova consulta do gênero, pelo setor competente do MRE, para atualização de nossas informações a respeito, extensiva à situação trabalhista dos auxiliares locais dos *Consulados* da Itália no Brasil. De todo modo, os elementos constantes do presente Parecer, relativos ao tratamento da questão em apreço na Itália e à equiparação das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e sobre Relações Consulares de 1963 me permitem concluir que, as ponderações que desenvolvi em Parecer anterior sobre a evolução da questão da imunidade jurisdicional em matéria trabalhista no tocante às Embaixadas, como já indicado, também se estendem *a fortiori* aos Consulados. Assim sendo, é de toda legítima nossa expectativa de que igual entendimento seja esposado pelo Governo italiano quanto à observância da lei local nas relações trabalhistas entre os Consulados (e demais repartições) italianos no Brasil e seus auxiliares locais brasileiros.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 22 de janeiro de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Medidas Coercitivas de Caráter
Econômico. Proposta de Alteração do
Artigo 19 da Carta da OEA. Elementos
para Tomada de Posição do Brasil.

PARECER

*Medidas Coercitivas de Caráter Econômico e Proposta de Alteração do Artigo
19 da Carta da OEA: Elementos Básicos para a Tomada de Posição do Brasil*

Dentre os temas constantes do Relatório Anual da Comissão Jurídica Interamericana à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1987 figura o do estudo de “Medidas Coercitivas de Caráter Econômico”. No referido estudo vem a Comissão Jurídica Interamericana da OEA de sugerir alteração redacional para o artigo 19 da Carta da OEA (*infra*). Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria, – observado o atual estágio em que se encontra o exame da mesma pelo Itamaraty.

2. De 1984 a 1987 foi objeto de exame pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA o tema “Medidas Coercitivas de Caráter Econômico”. Um exame das *Atas* das sessões da Comissão do referido triênio revela ter sido tema que mais debates gerou no seio da Comissão nos últimos anos. Após dois relatórios preliminares e o relatório definitivo, viu-se o *rapporteur*, Roberto MacLean, em posição um tanto distinta da Comissão, o que o levou a emitir explicação de voto. A diferença essencial residia nos critérios seguidos: para o relator, a posição dominante no mercado constituía requisito para que se configurasse a coerção, ao passo que, para a Comissão, a intenção

de forçar a vontade soberana de outro Estado era requisito suficiente (independentemente da presença econômica ocupada pelo país que aplique as medidas). O debate centrou-se no artigo 19 da Carta da OEA, o qual, a seu turno, apresenta vinculações com o artigo 18 da mesma Carta (que se refere, de modo geral, à intervenção).

3. Recordou a Comissão que, posições concordantes com a do artigo 19 de Carta da OEA, encontram-se no artigo 32 da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados de 1974, e na cláusula correspondente da Declaração da ONU sobre os Princípios do Direito Internacional que Regem as Relações Amistosas entre os Estados de 1970. Também se ponderou, no seio da Comissão, com base no último relatório do *rapporteur*, que não havia qualquer necessidade de quantificação do possível dano como elemento de configuração de uma medida coercitiva, porquanto esta última era utilizada não para produzir o dano econômico em si, mas, antes, como meio – ilícito – de subjugar a vontade de um Estado e dele obter qualquer tipo de vantagens.

4. Relembrou-se ainda, na Comissão, a Resolução nº 40/185 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 17.12.1985, intitulada “Medidas Econômicas como Meios de Coerção Política e Econômica contra os Países em Desenvolvimento”, que urge a adoção de medidas urgentes e eficazes contra aqueles meios coercitivos (incluindo sanções econômicas e restrições comerciais incompatíveis com os dispositivos da Carta das Nações Unidas) prejudiciais aos países em desenvolvimento. Após extensos debates, a Comissão Jurídica Interamericana, na sessão ordinária de 30 de janeiro de 1987, apresentou as seguintes conclusões sobre o tema em apreço (doc. CJI/RES. 04(I-0/87)):

1) como toda medida coercitiva é ilícita (excetuadas as adotadas consoante a Carta da ONU), o artigo 19 da Carta da OEA é suficiente para permitir a “configuração onicompreensiva” das medidas coercitivas ilícitas (tanto as políticas quanto as econômicas) e sua identificação em casos concretos;

2) sendo as medidas coercitivas de caráter econômico contra um Estado-membro, sob o artigo 19 da Carta da OEA, um problema de “caráter urgente” e de “interesse comum” dos Estados Americanos (consoante o artigo 59, primeira parte, da Carta), é a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores competente para a consideração de tal problema, sem

prejuízo da criação de mecanismo *ad hoc* tal como previsto no Protocolo de Reformas do TIAR de 1975 (art. II (11));

3) há que se entender as medidas a que se refere o artigo 19 da Carta da OEA como sendo, alternativamente, “econômicas, políticas ou de qualquer índole”, tendo por objeto forçar a vontade soberana de outro Estado ou deste obter vantagens de qualquer natureza: assim sendo, propõe a Comissão novo texto para o artigo 19 da Carta da OEA, a saber:

– Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico, político o de cualquier otra índole para forzar la voluntad soberana de otro Estado u obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza.

5. A alteração, em relação ao atual texto do artigo 19, consistiria na vinculação das duas frases de sua parte final pela conjunção disjuntiva *ou*, ao invés da conjunção aditiva *e* como no texto vigente, e o acréscimo, após o adjetivo “político”, da expressão “ou de qualquer outra índole”. Sobre a questão, já firmou o Brasil posição no sentido de “não favorecer o estudo de modificações à Carta da OEA antes da consolidação e assimilação do Protocolo de Cartagena” de Reforma da Carta da OEA de 1985 (cf. *memorandum* DEA/39, de 15.5.1987, p. 2, e telegrama 480, de 5.5.1987, de Delbrasupa para Exteriores). Caberia, porém, observar, que a referida posição brasileira afigura-se como de cunho estratégico, não entrando no mérito da questão. A propósito, nos próprios debates de janeiro de 1987 da Comissão Jurídica Interamericana lamentou-se que não se tivesse valido da ocasião do Protocolo de Cartagena das Índias para emendar, *como habría sido deseable*, o artigo 19 da Carta da OEA, ademais e a exemplo de outros dispositivos da Carta; ponderou-se na Comissão que a reforma do artigo 19 da Carta teria sido *una adecuada como oportuna contribución a dar mejor claridad a su redacción actual* (Atas, doc. CJI/RES, 04 (I-0/87), *cit. supra*, p. 51).

6. Respeitando, pois, a posição “suspensiva” que já firmamos, até a entrada em vigor (“consolidação e assimilação”) do Protocolo de Cartagena das Índias de Reforma da Carta da OEA, entendo que não me cabe *neste estágio* entrar no debate da substância do conceito de “medidas coercitivas de caráter econômico”, objeto de já vasta e crescente bibliografia especializada nos últimos anos; cumpre-me, antes, na presente etapa, indicar os elementos

que possam vir a nortear eventual tomada de posição do Brasil sobre a matéria no momento oportuno. Assim sendo, passemos a esses elementos.

7. Em primeiro lugar, nossa posição “suspensiva” (*supra*) encontra um precedente: nos debates da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1954 sobre a questão da Definição de Agressão, a Delegação do Brasil antecipou a evolução deste conceito de modo a cobrir a “nova” forma de “agressão econômica, ideológica e indireta”, mas a nossa Delegação acrescentou que “o exame do problema só deveria ser retomado à luz de uma eventual revisão da Carta de San Francisco” (como documentado no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1941-1960) p. 350-51).

8. Em segundo lugar, não há que minimizar a importância do elemento da *interpretação evolutiva* dos conceitos consagrados nas cartas constitutivas dos organismos políticos internacionais. Ao contrário, é ela responsável pela adaptação de tais organizações aos novos tempos. Nos debates da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1952 sobre a questão da Definição de Agressão, antevendo a Delegação do Brasil a possível evolução da noção de agressão para abranger “amanhã a ‘econômica’”, ponderou, na ausência de reforma da Carta da ONU, que não cabia restringir a liberdade de ação dos órgãos nesta criados com a definição de “conceitos não perfeitamente cristalizados”; era, pois, indicado, que se deixasse “intacto o poder virtual de expansão dos princípios nela afirmados” (como documentado in: *ibid.*, p. 349).

9. Em terceiro lugar, e retrocedendo no tempo, convém não esquecer que, na Conferência de San Francisco de 1945 de elaboração da Carta das Nações Unidas, a Delegação do Brasil propôs emenda ao artigo 2 (4) da Carta das Nações Unidas para estender a proibição da ameaça ou uso da força a “medidas econômicas”, proposta esta que não logrou êxito e a que se opôs a Delegação dos Estados Unidos (cf. A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 93 nº 196). Decorridas quase três décadas, defendeu o Brasil, nos foros multilaterais (nos planos global e regional), o reconhecimento internacional do novo conceito de segurança econômica coletiva (como documentado no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1961-1981) p. 345-46). A manter linha de coerência com suas posições anteriores, saberá o Brasil endossar a proscrição

de medidas coercitivas, inclusive de caráter econômico, destinadas a subjugar a vontade soberana de outro Estado ou deste obter quaisquer tipos de vantagens.

10. É compreensível que, desde uma ótica puramente regional (continente americano), haja uma tendência, hoje, de associar estreitamente o tema em apreço com a atual crise centro-americana, e mais especificamente com a recente imposição de sanções econômicas pelos Estados Unidos contra a Nicarágua (donde o receio de que o debate do tema na Assembléia Geral da OEA possa revestir-se de “conotação política”, como relatado no telegrama 1355, de 7.10.1987, da Delbrasupa para Exteriores, §4). Mas o tema transcende, em muito, a questão da atual crise centro-americana, e permeia inúmeras situações, algumas das quais em que se vê engajado o Brasil: assim, por exemplo, a necessidade de solução pacífica das controvérsias internacionais com base no respeito à *igualdade soberana* dos Estados e sem o emprego de medidas coercitivas econômicas ou comerciais vem de ser ressaltada em relação ao atual litígio ou contencioso opondo o Brasil aos Estados Unidos em torno da lei e das diretrizes brasileiras de informática (cf. J. Montserrat Filho. O Litígio Brasil-EUA sobre Informática, 4 *Advogado*. Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1987, nº 11, p. 33-8).

11. São estes os elementos que, a meu ver, poderiam no presente estágio ser levados em conta com vistas a eventual tomada de posição do Brasil, oportunamente, sobre a matéria em apreço.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 28 de janeiro de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Notas Diplomáticas e Notas Verbais:
Uso; Acordos por Troca de Notas.
Doutrina e Prática.

PARECER

O Uso de Notas Diplomáticas e Notas Verbais e os Acordos Simplificados por Troca de Notas

Em fins de dezembro último, estive em exame no Itamaraty proposta de projeto de acordo por troca de notas entre Brasil e Paraguai; por envolver questão cuja regulamentação caberia antes ao próprio Estatuto da Itaipu Binacional (cf. Informação MRE-[CJ/104], de 21.12.87), e não a um acordo do gênero, foi a proposta pronta e acertadamente afastada pelo MRE. O assunto fez ressurgir, no entanto, a velha questão do uso de notas – diplomáticas e verbais – na celebração de acordos simplificados por troca de notas. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

O estudo da mesma pode decompor-se em duas partes: primeiramente, o uso de notas diplomáticas e de notas verbais na prática dos Estados em geral, e, em segundo lugar, a questão do uso de umas e outras na celebração de acordos simplificados por troca de notas em particular. Sobre o primeiro ponto, em atendimento a pedido (DJ/341), de 25 de maio de 1983, do então Chefe do Departamento Consular e Jurídico do MRE, Embaixador Victor José Silveira, preparei, como Professor de Direito Internacional do Instituto Rio Branco, estudo a respeito, datado de 29 de maio de 1983, o qual, dada sua pertinência direta ao exame de matéria em apreço, passo a reproduzir na íntegra a seguir.

Correspondência Diplomática entre os Ministérios das Relações Exteriores e as Embaixadas Estrangeiras

Sumário: I. Correspondência Diplomática: Formas e Evolução Históricas. II. Notas Diplomáticas: Nota Assinada e Nota Verbal. III. Notas Diplomáticas: a Prática dos Estados. IV. Notas Diplomáticas: a Prática do Brasil.

I. *Correspondência Diplomática: Formas e Evolução Históricas*

O presente estudo cobre um determinado tipo de correspondência diplomática, qual seja, a utilizada entre os Ministérios das Relações Exteriores e as Embaixadas estrangeiras. A par das *cartas*, comunicações de forma epistolar que se revestem de um caráter mais pessoal e menos protocolar do que as *notas (infra)*, e que são de aplicação limitada (Jean Serres. *Manuel Pratique de Protocole*. Vitry-Le-François: Ed. de l'Arquebuse, 1960, p. 419-20; Daniel Antokoletz. *Manual Diplomático y Consular*. Buenos Aires: Libr. Panamericana, 1928, p. 181-82; Philippe Cahier. *Le Droit Diplomatique Contemporain*. 2. Ed., Genève: Droz, 1964, p. 154; Graham H. Stuart. *American Diplomatic and Consular Practice*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 193), há que se ressaltar as *notas diplomáticas*, de particular importância ao presente estudo, e o *aide-mémoire* ou *memorandum*, que visa expor, em forma resumida, aspectos de questões pendentes e negociações em curso entre dois Estados ou sintetizar entendimentos verbais anteriores (Ph. Cahier, *op. cit.*, p. 155; G.H. Stuart, *op. cit.*, p. 194). As *notas*, no entanto, são as que requerem especial atenção, uma vez que o termo tradicionalmente se refere a toda correspondência formal mantida entre as missões diplomáticas e os Ministérios das Relações Exteriores dos países em que se situam (John R. Wood e Jean Serres. *Diplomatic Ceremonial and Protocol: Principles, Procedures and Practices*. London: MacMillan, 1970, p. 193).

A correspondência oficial pode ser dividida, consoante a terminologia diplomática brasileira, quanto aos meios de comunicação, em postal ou telegráfica; quanto ao caráter, em ordinária ou especial (reservada, confidencial e secreta); quanto à natureza, em normal e urgente; e quanto à

forma, em assinada e não-assinada (redigida esta na terceira pessoa do singular) (Milton Faria. *Prática Consular*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores/Instituto Rio Branco, 1950, p. 96; G.E. do Nascimento e Silva. *A Missão Diplomática*. Rio de Janeiro: Cia. Ed. Americana, 1971, p. 147). As *notas* trocadas pelo Ministério das Relações Exteriores com o corpo diplomático estrangeiro acreditado no país, que podem ser “assinadas” ou “verbais” (cf. *infra*), passaram por longa evolução histórica, cristalizando-se no costume internacional seguido por diversos países (para exemplos extraídos das práticas diplomáticas espanhola, norte-americana e francesa ou de países que usam o francês para sua correspondência diplomática, cf. José Sebastián de Erice y O’Shea. *Normas de Diplomacia y de Derecho Diplomático*. v. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945, p. 329-32).

A maioria da correspondência dirigida pelas Embaixadas estrangeiras às autoridades do Estado acreditante, ou vice-versa, diz respeito a questões rotineiras de ordem administrativa; para outras questões, a forma escrita é de *uso limitado*, mesmo porque a busca de informação política se processa por meio da *démarche* oral, forma *par excellence* da ação diplomática, sendo a *démarche* escrita (as notas diplomáticas) não raro um complemento ou acessório da ação oral; quando, no entanto, se passa ao domínio dos escritos, revestem-se de particular importância as questões formais (Farag Moussa. *Manuel de Pratique Diplomatique: L’Ambassade*. Bruxelles: Bruylant, 1972, p. 129 e 131; e cf. Ph. Cahier, *op. cit.*, p. 152-3; Raoul Genet. *Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique*. v. II, Paris: Pédone, 1931, p. 382-3; P. Pradier-Fodéré. *Cours de Droit Diplomatique*. Paris: Pédone, 1899, p. 516-7).

A este respeito, é significativo observar que as notas verbais, por exemplo, eram, *originariamente*, *documenti diplomatici la cui funzione si limitava per iscritto quanto già era stato esposto oralmente nel corso di un colloquio*; hoje, com o mesmo nome, são indicados

i documenti che emanano da un organo diplomatico istituzionale (segnatamente, una missione diplomatica), e sono diretti ad un altro organo diplomatico istituzionale (quale, tipicamente, il Ministero degli Affari Esteri dello Stato accreditatario), indipendentemente dalla circostanza che precedenti colloqui siano avvenuti tra i funzionari preposti all’uno ed all’atro ufficio (Adolfo Maresca. *Il Procedimento*

Protocolle Internazionale. v. I: ‘Teoria Generale ed Analisi Tecnico-Diplomatica, Milano: Giuffrè, 1969, p. 542).

II. *Notas Diplomáticas: Nota Assinada e Nota Verbal*

Estando o emprego da *carta* bastante limitado, por definição, às comunicações a que se deseja imprimir um caráter pessoal, a “imensa maioria dos escritos” trocados pelos Ministérios das Relações Exteriores e Embaixadas estrangeiras se apresenta em forma de uma *nota* (assinada) ou uma *note verbale* (Farag Moussa. *Manuel de Pratique Diplomatique: L’Ambassade*. Bruxelles: Bruylant, 1972, p. 132-3). A *nota* é, com efeito, “o método costumeiro de correspondência entre uma missão diplomática e um Ministério de Relações Exteriores” (R.G. Feltham. *Diplomatic Handbook*. 2ª ed., London/New York, Longman, 1978, p. 27; e cf. Rubens Ferreira Mello. *Dicionário de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: MRE, 1962, p. 127), podendo ser assinada e redigida na primeira ou terceira pessoa (nota propriamente dita), ou – mais comumente – não assinada e redigida na terceira pessoa do singular (*note verbale*) (Charles Calvo. *Dictionnaire Manuel de Diplomatie et de Droit International Public et Privé*. Berlin/Paris: Puttkammer & Mühlbrecht/Pédone-Guillaumin-Rousseau Ed., 1885, p. 281; Sir Ernest Satow. *A Guide to Diplomatic Practice*. 4ª ed. (reprint), New York: D. McKay Co., 1962, p. 61-2; P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 517; Baron J. de Szilassy. *Traité Pratique de Diplomatie Moderne*. Paris: Payot, 1928, p. 66-7; Ginés Vidal y Saura. *Tratado de Derecho Diplomático*. Madrid: Ed. Reus, 1925, p. 104; R.G. Feltham, *op. cit.*, p. 27-8).

Já se observou ser a nota verbal – assumindo pois uma forma impessoal e dirigida em nome da missão diplomática – menos formal ou solene do que a nota assinada e mais formal do que o *memorandum* (Harold Nicolson. *Diplomacy*. 2ª ed., London/Oxford: Oxford University Press, 1939 (reprint 1958), p. 239; Philippe Cahier. *Le Droit Diplomatique Contemporain*. 2ª ed., Genève: Droz, 1964, p. 154; e cf. A. Maresca, *op. cit.*, p. 541). Diz-se ser a nota *coletiva* quando dirigida a um governo pelos representantes de vários Estados que lhe transmitem em comum suas observações, e *idêntica* quando cada missão envia separadamente sua nota do mesmo teor ou substância, ainda que a forma possa variar (Jean Serres. *Manuel Pratique de Protocole*. Vitry-Le-François: Ed. de l’Arquebuse, 1960, p. 418-9; Daniel

Antokoletz. *Tratado Teórico y Prático de Derecho Diplomático y Consular*. Vol. I, Buenos Aires: Ed. Ideas, 1948, p. 364; H. Nicolson, *op. cit.*, p. 239; G. Vidal y Saura. *op. cit.*, p. 105; Ph. Cahier, *op. cit.*, p. 154; Union Académique Internationale, *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. Paris: Sirey, 1960, p. 421-2).

Não há que se depreender, do fato de as notas verbais não serem assinadas, que se destinam elas exclusivamente a assuntos de importância secundária; na verdade, *en raison de leur souplesse et de leur facilité, elles peuvent aussi être employées pour des questions sérieuses* (Ph. Cahier, *Le Droit Diplomatique...*, *op. cit.*, p. 154), e

a pesar de utilizarse y preferirse comúnmente la nota verbal para transmitir y tramitar asuntos de menor importancia, su uso se acepta también cuando el caso es de tal gravedad que parece requerir la solidaridad de toda la Embajada, la Legación o el Ministerio (José Sebastián de Erice y O'Shea. *Normas de Diplomacia y de Derecho Diplomático*. Vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945, p. 333).

A nota verbal, pela simplicidade de sua linguagem direta, é cada vez mais utilizada pelas Embaixadas estrangeiras, sendo menos freqüente a nota assinada:

la note verbale sert couramment dans des négociations sérieuses, à cause de sa grande souplesse et de sa facilité relative, la note signée étant réservée aux questions délicates et aux affaires présentant un caractère personnel pour le chef de l'État (Raoul Genet. *Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique*. v II, Paris: Pédone, 1931, p. 384).

A generalização do uso de notas verbais é hoje amplamente reconhecida:

le note verbali sono documenti diplomatici idonei alla utilizzazione più ampia: possono avere per oggetto qualsiasi questione che concerne le relazioni tra due Stati, e che rientra nella naturale competenza della missione diplomatica di uno Stato estero, da un lato, e del

dicastero degli affari esteri dello Stato accreditatario, dall'altro (A. Maresca. *II Procedimento Protocollare...*, *op. cit.*, p. 542).

Sua utilização transcende hoje o próprio âmbito das relações bilaterais interestatais, também ocorrendo na correspondência oficial e troca de informações entre a Organização das Nações Unidas e os governos ou missões permanentes (Nations Unies. *Manuel de Correspondance*. doc. ST/AI/102/Rev. 3, New York: 1969, p. 5).

III. *Notas Diplomáticas: a Prática dos Estados*

Enquanto “em certos países, notadamente de língua inglesa, o termo *note* serve para designar toda correspondência diplomática” (inclusive a carta), “em outros países, notadamente de língua francesa, [...] o que comumente se chama *note* na realidade não passa de uma nota verbal” (Farag Moussa. *Manuel de Pratique Diplomatique: L'Ambassade*. Bruxelles: Bruylant, 1972, p. 133). Já se fez referência à evolução do costume internacional de troca de notas diplomáticas, a exemplo das práticas espanhola, norte-americana e francesa ou de países que usam o francês para sua correspondência diplomática (cf. J.S. de Erice y O’Shea, *op. cit.*, *supra*, p. 330-3); a troca de notas diplomáticas tem sido comumente empregada, e.g., pelas chancelarias européias e hispano-americanas (Daniel Antokoletz. *Manual Diplomático y Consular*. Buenos Aires: Libr. Panamericana, 1928, p. 182).

Um estudo comparativo dos tipos de correspondência utilizados na prática diplomática dos Estados Unidos, Grã-Bretanha e França, publicado em 1970, destaca o uso das notas diplomáticas. Assim, é de praxe no serviço diplomático norte-americano usar na correspondência diplomática a primeira e terceira pessoas, e tanto o estilo formal quanto informal; no tocante às *notes verbales* em particular, são redigidas na terceira pessoa, preparadas em nome do Secretário de Estado e rubricadas; as missões diplomáticas britânicas usam tanto a nota redigida na primeira pessoa quanto a redigida na terceira pessoa, ao passo que no serviço diplomático francês a nota redigida na terceira pessoa é “amplamente usada” (John R. Wood e Jean Serres. *Diplomatic Ceremonial and Protocol: Principles, Procedures and Practices*. London: McMillan, 1970, p. 185-193-4; e, para aspectos formais ou estilísticos, cf. A. Maresca, *op. cit.*, p. 542-6; E. Satow, *op. cit.*, p. 70-3).

Outros exemplos podem ser extraídos da prática dos Estados: *it appears to have been the practice of the German and Austro-Hungarian Foreign Offices to address notes in the third person to foreign representatives* (Sir Ernest Satow. *A Guide to Diplomatic Practice*. 4^a ed. (reprint), New York: D. McKay Co., 1962, p. 62). Um levantamento da prática diplomática a respeito reproduz, a título de ilustração, os textos de nota usada pelo serviço diplomático alemão, *note verbale* utilizada pela Embaixada francesa em Londres, e nota conjunta enviada pelos representantes francês e britânico (em 1930) ao Secretário-Geral da Liga das Nações (cf. E. Satow. *op. cit.*, p. 61-4).

IV. *Notas Diplomáticas: a Prática do Brasil*

Também na prática do Brasil a nota, “comunicação diplomática por excelência” (G.E. do Nascimento e Silva. *A Missão Diplomática*. Rio de Janeiro: Cia. Ed. Americana, 1971, p. 164), é utilizada como forma de correspondência diplomática. Dispõe o *Manual de Serviço do Ministério das Relações Exteriores* (Livro V: ‘Comunicações’) que a correspondência assinada compreende a *nota*, “forma de correspondência com as Chancelarias estrangeiras, as Missões diplomáticas estrangeiras, as Nações Unidas, as Agências Especializadas e demais Organismos Internacionais” (artigo 450 §V), acrescentando que “a correspondência não assinada, redigida na terceira pessoa e dirigida de repartição a repartição, que se equipara à correspondência assinada e dela se distingue pela importância relativamente menor, compreende: I – notas verbais – correspondentes às notas” (artigo 451) (Ministério das Relações Exteriores/Departamento de Administração. *Manual de Serviço*, v. I: Administrativo, Seção de Multiplicação, 1968, p. 158-9). Assim, a correspondência oficial, na prática diplomática brasileira, compreende, quanto à forma, tanto a correspondência “assinada” quanto a “não assinada, sempre redigida na terceira pessoa” (artigo 446 §III, MRE. *Manual de Serviço, cit.*, p. 156-7).

A nota (assinada) “deve conter no início e no fim fórmulas tradicionais de cortesia”; a nota verbal, escrita na terceira pessoa e não assinada, “deve terminar com fórmula de cortesia” (G.E. do Nascimento e Silva, *op. cit.*, p. 164-5). A correspondência não assinada vem geralmente rubricada, “para garantia de sua autenticidade” (Milton Faria. *Prática Consular*. Rio de

Janeiro: Ministério das Relações Exteriores/Instituto Rio Branco, 1950, p. 98). É ainda de se observar que, na prática do Brasil, as notas, quanto à sua forma extrínseca, obedecem à seguinte norma referente à numeração de parágrafos: “todos os parágrafos, exceto o primeiro e o fecho (este último devendo figurar sempre isolado), serão numerados consecutivamente à margem” (Rubens Ferreira de Mello. *Tratado de Direito Diplomático*. v. I, Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1948, p. 429, e cf. p. 428, quanto ao estilo da correspondência em nota).

Embora destinadas

principalmente aos assuntos de rotina, como comunicações de chegadas e partidas, pedidos de isenção alfandegária, carteiras de identidade, etc., existe uma tendência no sentido de utilizar as notas verbais até para assuntos de maior gravidade;

com efeito; “não há regras fixas” sobre o emprego de notas (propriamente ditas) e notas verbais, “cabendo ao agente diplomático escolher a que melhor se coadune com o assunto de que vai tratar” (G.E. do Nascimento e Silva, *op. cit.*, p. 164-5). Enfim, vale recordar a ponderação do clássico de Vattel, para quem os correios de uma Embaixada,

seus papéis, suas cartas, seus ofícios, são outras tantas coisas que pertencem essencialmente à Embaixada e que, por conseguinte, devem ser sagradas, pois que, se não fossem respeitadas, a Embaixada não poderia alcançar seu legítimo objetivo, nem tampouco o embaixador lograria desempenhar suas funções com a conveniente segurança (Vattel, liv. IV, cap. IX, §123, p. 371, *cit.* In: Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1956, p. 470-1).

Brasília, 29 de maio de 1983.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Professor de Direito Internacional do Instituto Rio Branco”

Tendo em mente o estudo acima, cabe passar à questão seguinte, a saber, a do uso de notas diplomáticas e de notas verbais em particular na

celebração de acordos simplificados por troca de notas. Há precedentes do uso de umas e outras nesta modalidade de acordos, porquanto a forma e conteúdo dos acordos por troca de notas *ont été préalablement décidés par les deux parties*, podendo eles *prendre la forme de notes verbales ou signées*, caso se voltem, respectivamente, a pontos secundários ou importantes (Ph. Cahier. *Le Droit Diplomatique Contemporain*. 2ª ed., Genève: Droz, 1964, p. 155). Os *Relatórios* do Itamaraty do período do entreguerras dão conta de inúmeros acordos celebrados, por troca de notas, pelo Brasil com os Estados Unidos, além de alguns outros celebrados da mesma forma pelo Brasil com o Uruguai, a Venezuela, o Chile, a Bolívia; há referências, a algumas destas notas, de que foram assinadas (notas diplomáticas) (MRE. *Relatório – 1942*, p. 33-43; *Relatório – 1943*, p. 44-7; *Relatório – 1944*, p. 63-5).

Ainda que não haja impossibilidade jurídica de que se utilizem notas verbais para tal fim, há razões que militam em favor da preferência pelo uso das notas diplomáticas. Há, com efeito, os que pressupõem ser esta a forma normal de proceder, ao se referirem a “notas assinadas”, e, ademais, ao advertirem não se justificar o “lançar mão da troca de notas para concretizar tratados que exigem ratificação” (João Hermes Pereira de Araújo. *A Processualística dos Atos Internacionais*. Rio de Janeiro: MRE, 1958, p. 301; sobre a evolução “não-linear” da exigência da ratificação, e suas oscilações, em relação a acordos de somenos importância, cf. Lord McNair. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 99). Satow ressalta ser a nota verbal antes e freqüentemente usada para *the record of a conversation or in order to put a question* (E. Satow. *A Guide to Diplomatic Practice*, 4. ed., London: Longmans, 1961, p. 62). Holloway parece ainda mais prudente, ao caracterizar os acordos em forma simplificada, por troca de notas, como os “concluídos diretamente entre os órgãos ou agentes de um Estado” e “assinados com efeito imediato”, e ao levantar a questão do “controle”, pela assinatura ou confirmação desta (Kaye Holloway. *Modern Trends in Treaty Law*. London/NY: Stevens/Oceana, 1967, p. 67-1). A clara tendência recente da prática dos Estados em matéria de acordos em forma simplificada é no sentido de serem eles *signés par les Ministres des affaires étrangères, par les agents diplomatiques ou des hauts fonctionnaires (...) dûment autorisés*, inclusive *d’autres ministres*, e, por vezes, mesmo por aqueles investidos do *treaty-making power* (e.g., o Presidente) (P. – F. Smets. *La conclusion des accords en forme simplifiée*. Bruxelles: Bruylant, 1969, p. 32-3). A assinatura é, marca

da autenticidade do ato celebrado, em forma simplificada (*ibid.*, p. 34-5, e cf. J. Sette Câmara. *The Ratification of International Treaties*. Toronto: Ontario Publ. Co., 1949, p. 65). Na mesma linha, compilação efetuada há um par de anos pela Divisão de Atos Internacionais do MRE caracterizou acertadamente os acordos por troca de notas como os que consistem “em notas diplomáticas de formato tradicional”, podendo assumir duas modalidades: a) notas diplomáticas idênticas (de mesmo teor e data); b) uma nota diplomática de proposta e outra de aceitação (preferivelmente da mesma data). (MRE/DCJ/DAI. *Atos Internacionais-Prática Diplomática Brasileira, Manual de Procedimentos*. Brasília, s/d, p. 7). Enfim, afigura-se como ditame da prudência e sensato modo de proceder, na celebração de acordos em forma simplificada, que se lance mão, preferencialmente, do uso da nota diplomática, como forma assecuratória, inclusive, da coibição de possíveis excessos e da eventual averiguação de responsabilidades.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 3 de março de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Movimentos de Libertação Nacional
no Direito Internacional. Organização
para a Libertação da Palestina;
Representação no Brasil; Questão do
Status Jurídico.

PARECER

Análise da Situação Jurídica da Representação da Organização para a Libertação da Palestina no Brasil

O representante da Organização para a Libertação da Palestina (OLP) tem sua situação definida no Brasil hoje como Primeiro-Secretário da Missão da Liga dos Estados Árabes. Na prática, no entanto, tem o representante da OLP, Sr. Farid Suwwan, desfrutado de liberdade de atuação que tem ultrapassado, de muito, o seu *status* formal, a ponto de provocar “dificuldades diplomáticas” em mais de uma ocasião. Enquanto busca o Itamaraty um *modus vivendi* satisfatório com a OLP, pretende esta agora lhe seja reconhecido o nível de Missão diplomática autônoma. Eventual decisão sobre futura mudança de *status* da OLP no Brasil caberia naturalmente ao setor político do Itamaraty; no presente estágio, para um exame mais aprofundado da matéria, solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, Parecer sobre a matéria, consideradas as alternativas jurídicas, à luz do direito internacional, do direito diplomático e da prática dos Estados, com atenção especial voltada à questão do *status* jurídico dos movimentos de libertação nacional.

2. O objetivo diplomático do Brasil vem de ser definido como o de “procurar aprofundar as relações com a OLP”, por dever esta desempenhar

“um papel decisivo para o futuro político do Oriente Médio” (despacho do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores ao *memorandum* DOP-I/01, de 5.1.1988). A evolução e cristalização do direito de autodeterminação dos povos, em cujo contexto se insere a questão em apreço, são por demais conhecidas para que se torne necessário aqui recapitulá-las¹. Cabe, assim, concentrar em aspectos mais específicos dessa questão maior.

3. Levantamento realizado pelo Itamaraty que serviu de base à informação do MRE (0015), de 9 de janeiro de 1986, ao Senhor Presidente da República, revela que em 48 países (na maioria árabes, islâmicos, socialistas e os de tendência mais militante do movimento não-alinhado) tem a OLP representação autônoma com *status* diplomático, sendo a missão chefiada por embaixador em 11 daqueles países. Por outro lado, em 46 outros países a OLP não tem representação alguma. Em oito países faz-se a OLP presente mediante “Escritório de Representação e Informação”, sem *status* diplomático, e em cinco outros países mediante “Escritório de Informação”, igualmente em *status* diplomático. Enfim, três outros países (Brasil, Itália e França) conferem à representação da OLP *status* diplomático, mas sem autonomia de missão; não há de passar despercebido que, nos demais países latino-americanos e ocidentais, a representação da OLP tem situação inferior à de que desfruta no Brasil.

4. Basdevant costumava ensinar que, nas relações internacionais, há um “respeito preliminar” ou provisório às situações de fato, até que surjam elementos contrários; certas situações de fato vêm, com efeito, criar situações jurídicas² (princípio da efetividade). Assim, a identificação do Estado escapa a todo critério ou regra preestabelecida: trata-se de um *fait de puissance*, tal identificação operando-se empiricamente³. Não há, pois, de surpreender, que alguns Estados tenham buscado um *modus vivendi* especial com a representação da OLP. Três iniciativas recentes e distintas, constantes dos

¹ Cf. A. Rigo Sureda. *The Evolution of the Right of Self-Determination*. Leiden: Sijthoff, 1973, p. 17-356; S. Calogeropoulos-Stratis. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Bruxelles: Bruylant, 1973, p. 15-348; H. Gros Espiell. *The Right to Self-Determination – Implementation of United Nations Resolutions*. NY: UN, 1980, p. 1-69; A. Cristescu. *The Right to Self-Determination – Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*. NY: UN, 1981, p. 1-125.

² Roger Pinto. *Le droit des relations internationales*. Paris: Payot, 1972, p. 103-15.

³ Joe Verhoeven. L'État et l'ordre juridique international – remarques, 82 *Revue générale de droit international public*. 1978, p. 749-74.

arquivos da Divisão do Oriente Próximo-I do MRE, merecem ser singularizadas.

5. Há, inicialmente, o “modelo espanhol”: com base na resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas que concedeu à OLP *status* de observador na ONU (*infra*), o Governo espanhol autorizou, a partir de 1979, o funcionamento, em Madri, de escritório de representação da OLP em caráter especial, gozando seus funcionários de privilégios diplomáticos estendidos graciosamente pelo Ministério de Assuntos Exteriores. Em 1981 obteve permissão para aquisição de imóveis, e em 1986 teve formalizado seu estatuto, sendo-lhe outorgados, como concessões *ad hoc*, alguns privilégios diplomáticos assemelhados aos de missão diplomática (notificação ao Ministério de Assuntos Exteriores da nomeação do Delegado, mala diplomática, isenção fiscal, matrícula oficial de veículos, incorporação à lista diplomática sob o título “outras representações”).

6. Há, em segundo lugar, o “modelo austríaco”, pelo qual a representação da OLP em Viena goza de *status* diplomático como “observador junto a organismo internacional”. Nesta categoria especial, são o titular e os funcionários do escritório, em número limitado, incluídos na lista diplomática, igualmente sob o título de “outras representações”. Em terceiro lugar, há o “modelo boliviano”, resultante de acordo assinado entre o Governo boliviano e a OLP em abril de 1987, pelo qual foi oficializado o estatuto da representação da OLP em La Paz, outorgando-lhe como únicos privilégios a inviolabilidade da sede, mala diplomática, matrícula oficial de veículos e inclusão na lista diplomática.

7. Enfim, há um Protocolo sobre Relações entre a Turquia e a OLP, não firmado até o presente, pelo qual estabelecer-se-ia em Ancara representação da OLP como Embaixada, sendo o Chefe da missão considerado “embaixador sem antigüidade”: gozando (com dois outros funcionários) de privilégios e imunidades, seria incluído na lista diplomática com *status* fixo em último lugar, e antes dos encarregados de negócios permanentes. Tal fórmula jamais agranjaria ao “embaixador” da OLP o decanato do corpo diplomático local.

8. Do acima exposto, depreende-se uma certa aquiescência ou aceitação por parte de alguns Estados, de certos comportamentos ou práticas típicos das relações diplomáticas propriamente ditas. Com vistas ao eventual estabelecimento de um *modus vivendi* satisfatório com a OLP, a Divisão do

Oriente Próximo-I do MRE preparou, em novembro de 1986, sugestões, ora em exame no Itamaraty, inspiradas em parte na *praxis* hoje seguida em Madri e Viena (*supra*). Incluem elas, e.g.: comunicação da nomeação e cessação de funções do representante da OLP ao próprio MRE (de modo equivalente ao dos encarregados de negócios permanentes) e não-apresentação de credenciais ao Presidente da República (reservada apenas ao chefes de missão diplomática); inclusão na lista diplomática em categoria especial intitulada “outras representações”; extensão das imunidades fiscais e legais previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 ao escritório da OLP, seu titular e funcionários (o que não se haveria de questionar, como gesto soberano do Governo brasileiro); outros privilégios concedidos em base *ad hoc*, e demais aspectos operacionais, a requererem exame e definição pelo Cerimonial do Itamaraty.

9. Quanto à parte que me toca, penso que eventual decisão do MRE sobre a questão da situação jurídica da OLP no Brasil haverá de nortear-se pelos elementos existentes de direito internacional positivo sobre a matéria. Quais são estes elementos? A meu ver, são eles quatro, a cujo exame passo a seguir. Preliminarmente, seja-me dado ponderar que, se é certo que o direito internacional não “cria” Estados, também o é que é o direito internacional que fornece elementos e critérios para a determinação e avaliação da identidade e continuidade dos Estados⁴. Dito isto, volto-me ao *primeiro elemento* de direito internacional positivo para o exame do status jurídico dos chamados movimentos de libertação nacional (como a OLP), qual seja, o princípio, afirmado no Protocolo I (de 1977) às Convenções de Genebra de Direito Humanitário de 1949, da extensão da proteção do direito humanitário aos combatentes dos movimentos de libertação nacional.

10. Pelo artigo 1 (4) do referido Protocolo I, logrou-se equiparar as lutas de libertação nacional aos “conflitos internacionais” propriamente ditos, tal como anteriormente proclamado por uma série de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas (da Resolução nº 2.383 (XXIII) de 1968 à Resolução nº 3.103 (XXVIII) de 1973). Desse modo, os movimentos de libertação nacional, titulares do direito de autodeterminação, adquiriram *status* internacional, o *status* de parte a um conflito armado internacional

⁴ Krystyma Marek. *Identity and Continuity of Stats in Public International Law*. 2. ed., Geneva: Droz, 1968, p. 1-190.

reivindicando para seus combatentes a condição de “beligerantes legais”, no exercício de um direito de legítima defesa contra a agressão constituída pelo colonialismo, ocupação estrangeira ou racismo⁵.

11. O *segundo elemento* de direito internacional positivo para o exame da matéria em apreço consiste nas duas celebradas resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas que outorgaram *status* de *observador* à OLP e à South West Africa People’s Organization (SWAPO): trata-se das Resoluções nº 3.237 (XXIX) de 22 de novembro de 1974 (sobre a OLP), e nº 31/152 de 20 de dezembro de 1976 (sobre a SWAPO). De idêntico teor, as duas resoluções convidam, respectivamente, a OLP e a SWAPO a “participarem nas sessões e no trabalho da Assembléia Geral na capacidade de observador” (§1º), e a “participarem nas sessões e no trabalho de todas as conferências internacionais convocadas sob os auspícios da Assembléia Geral na capacidade de observador” (§2º). Ademais, as duas resoluções consideram a OLP e a SWAPO, respectivamente, *entitled to participate as an observer* nas sessões e no trabalho de “todas as conferências internacionais convocadas sob os auspícios de outros órgãos das Nações Unidas” (§3º) e solicitam ao Secretário-Geral das Nações Unidas as providências necessárias à implementação das duas resoluções (§4º).

12. Na parte preambular, a Resolução nº 3.237 (XXIX), de 1974, recorda, além disso, que a OLP fora convidada a participar como observador nas deliberações da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assim como nas deliberações da Conferência Diplomática sobre Direito Humanitário, da Conferência Mundial sobre População e da Conferência Mundial sobre Alimentação.

13. O *terceiro elemento* de direito internacional positivo encontra-se em duas recentes Convenções de Viena. Com efeito, a Convenção de Viena de 1975 sobre Representação dos Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal dedica sua parte IV (artigos 71-2) a “delegações de observação” aos órgãos e conferências. É certo que o

⁵ Para um estudo geral, cf., e.g., Antonio Cassese. *Wars of National Liberation and Humanitarian Law, Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Geneva/The Hague: ICRC/Nijhoff, 1984, p. 313-24; R. Abi-Saab. *Droit humanitaire et conflits internes*. Genève/Paris: Inst. H. Dunant/Pédone, 1986, p. 137; M. Veuthey. *Guerres de libération et droit humanitaire*, 7 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal*. 1974, p. 99-107; ICRC. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: ICRC/Nijhoff, 1987, p. 41-56.

artigo 71 da referida Convenção fala de delegação de observação enviada por um Estado, mas as duas resoluções supracitadas da Assembléia Geral das Nações Unidas facultam, como visto, à OLP e à Swapo o acompanhamento das sessões e do trabalho das conferências das Nações Unidas na condição de observador. Mais significativamente, a Convenção de 1986 de Viena sobre Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de cuja negociação tive a honra de participar como Delegado do Brasil, em suas cláusulas finais – sobre abertura da Convenção a assinatura, ratificação ou ato de confirmação formal, acessão e entrada em vigor (artigos 82-5) – refere-se expressamente não apenas a todos ou quaisquer Estados e a organizações internacionais, mas também à “Namíbia, representada pelo Conselho das Nações Unidas para a Namíbia” (artigos 82 (b), 83, 84(1) e 85(1), cf. também referência no artigo 86). Tais dispositivos correspondem já a uma prática, ou ao menos atitude, internacional, sobre os movimentos de libertação nacional, tais como consagrados em instrumentos de direito internacional positivo.

14. Vislumbro um *quarto elemento*, a ser aqui registrado, nas “brechas” ou situações nebulosas no escopo de aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. Recorde-se, e.g., o exemplo da Ordem de Malta, a qual trata de “manter relações de caráter aparentemente diplomático”, ainda que não correspondam estas “ao fim visado pelas relações de tal natureza”⁶.

15. Durante a Conferência de Viena de que resultou a Convenção de 1961, a Delegação da Dinamarca insistiu, em relação ao dispositivo que veio a tornar-se o artigo 19(2) da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, na figura do chamado “encarregado *dos* negócios” (*chargé des affaires*), – (note-se a diferença em relação ao “encarregado *de* negócios”/ *chargé d'affaires*)⁷ – como (na ausência de diplomatas) um *administrador* da representação, sem funções políticas, sem *status* de Chefe de missão, investido de atribuições “quase-diplomáticas”. Talvez a malograda emenda dinamarquesa de 1961 pudesse servir de subsídio a inspirar a consideração da questão ora em exame do *status* jurídico da atual representação da OLP no Brasil.

⁶ Hildebrando Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. v. I, Rio de Janeiro: [MRE], 1956, p. 107-8.

⁷ Cf. G.E. do Nascimento e Silva. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. RJ: MRE, 1967, p. 136.

16. As ponderações acima são reminiscentes do fato de que o direito diplomático não constitui ordenamento fechado ou rígido, e de que a prática internacional tem buscado encontrar soluções a realidades *in statu nascendi*. Como já indicado, não haveria como questionar o poder soberano de um Estado, em nossos dias, de estender, graciosamente e em base *ad hoc*, certos privilégios a reconhecidos movimentos de libertação nacional como a OLP e a SWAPO. Resta, porém, considerável distância entre o que *pode* ser feito e o que *deve* ser feito, além da necessidade de determinar o alcance do que há de ser feito. E isto, principalmente por estarmos diante sobretudo de *tendências* (da prática internacional), sendo de todo prudente aguardar a definição do comportamento e decisões de um maior número de países sobre a questão em apreço.

17. De modo geral, a validade dos atos de “entidades no processo de formação” baseia-se no princípio da efetividade, ao mesmo tempo em que é por este limitada; autor do mais recente estudo sistemático da matéria, J. Crawford, utiliza a expressão *Estados in statu nascendi*, e pondera a certa altura que há, na prática internacional, *at least an element of retroactivity, not in any recognition accorded to a new State, but in its legal status while it is in the process of establishing itself*⁸. Não surpreende, pois, que, em nossos dias, a representação da OLP em vários países já desfrute de certos privilégios que lhe vêm sendo graciosamente atribuídos, como, e.g., no caso do Brasil, onde já goza de situação superior à em que se encontra nos demais países latino-americanos.

18. A concessão de novos privilégios só poderia ser contemplada à luz dos postulados do direito diplomático e do direito internacional. Caberia aqui recordar a celebrada formulação dos critérios básicos da *statehood* no direito internacional, consignada na Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933 (artigo 1), a compreender: população permanente, território definido, governo, capacidade de entrar em relações com outros Estados, – critérios estes estribados no princípio da efetividade entre unidades territoriais. Como critério central da *statehood* sobressai a *independência*, sendo *leading case* sobre tal critério o da *União Aduaneira*

⁸ J. Crawford. *The Creation of States in International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 392-6. – E, para um minucioso relato factual da formação de novos Estados, nuances e variações de caso a caso (Coréia, Marrocos, Tunísia, Líbia, Somália e Israel), cf. Ph. C. Jessup. *The Birth of Nations*, NY: Columbia University Press, 1974, p. 1-348.

Austro-Germânica (Corte Permanente de Justiça Internacional, 1931, envolvendo o sentido do termo “independência” em um tratado destinado a garantir a continuação da Áustria e sua separação da Alemanha). Neste caso, o juiz Anzilotti expôs o *locus classicus* da definição de *independência*, como sendo a *condição normal dos Estados de acordo com o direito internacional* (soberania externa); seus elementos se decomporiam em dois, a saber, a existência de entidade separada em fronteiras razoavelmente coerentes, e a não-sujeição de tal entidade à autoridade de outro Estado qualquer, mas tão-somente à do direito internacional. Enfim, caberia registrar uma certa presunção em favor da independência (*statehood*) continuada de Estados existentes⁹.

19. Os mais ardorosos e sensatos defensores do direito da autodeterminação dos povos saberão admitir que a OLP não satisfaz hoje os requisitos básicos da *statehood* no direito internacional. Faltam-lhe títulos para insistir no pretendido reconhecimento diplomático, além do que já lhe tem sido outorgado. O reconhecimento, no momento, à sua representação, de *status* diplomático autônomo (autonomia de missão), constituiria precedente desaconselhável, porquanto implicaria no reconhecimento da OLP já não mais só como movimento de libertação nacional, mas também como “Estado”. Tal medida, de *per se* incongruente, além de gerar como colorário o problema da ausência de reciprocidade, feriria a consistente e sempre seguida prática diplomática do Brasil de estabelecer e manter relações diplomáticas propriamente ditas tão-somente com Estados soberanos. Coerentemente com esta linha de pensamento, afigurar-se-ia como excessivo o reconhecimento, hoje, ao escritório da OLP no Brasil, a seu titular e seus funcionários, das imunidades fiscais e legais consignadas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

20. Outras concessões *ad hoc*, à semelhança do que vem sendo feito em Madri e em Viena em relação à representação da OLP, poderiam ser consideradas; os aspectos operacionais das sugestões avançadas neste sentido pela Divisão do Oriente Próximo-I do MRE haverão de ser submetidas ao crivo do Cerimonial do Itamaraty. Talvez a solução satisfatória, e mesmo definitiva, para o problema em apreço, deva ser buscada pelo

⁹ J. Crawford. The Criteria for Statehood in International Law, 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977). p. 93-182.

Itamaraty antes no âmbito multilateral do que bilateral: o Brasil certamente saberá perseverar na defesa, nos foros adequados, do direito de autodeterminação dos povos, o que se reverterá em apoio à causa dos reconhecidos movimentos de libertação nacional. O reconhecimento do caráter de missão diplomática (autônoma), de *status* diplomático pleno, à representação palestina, seria decorrência natural de futura constituição de um Estado palestino.

21. Ainda não é chegado o dia para tal, como deixam claro os cânones de direito internacional e do direito diplomático. Assim sendo, propostas de mudança da atual situação jurídica da representação da OLP no Brasil hão de ser consideradas com a maior prudência e cautela.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 10 de março de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Acordos Internacionais. Competências dos Poderes Executivo e Legislativo. Negociação pelo Executivo. Aprovação Parlamentar.

PARECER

Acordos Internacionais: as Atribuições Distintas de Negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo

Pelo Decreto Legislativo nº 03, de 11 de março de 1988, vem o Congresso Nacional de aprovar o texto de Acordo Brasil/Gana de 1985, sobre a criação de Comissão Mista Brasil/Gana, sujeitando, porém, à aprovação do Congresso Nacional de “quaisquer atos de que possam resultar implementação deste Acordo, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes operacionais complementares”. E pelo Decreto Legislativo nº 04, de 11 de março de 1988, vem o Congresso Nacional de aprovar o texto de Acordo Brasil/ONU de 1984, para o funcionamento do Escritório da CEPAL em Brasília, introduzindo, porém, ressalva ao artigo V do referido Acordo (sobre custeio parcial de gastos por contribuições de instituições brasileiras com as quais a CEPAL mantenha convênio para a prestação de cooperação técnica). O Senhor Secretário de Relações com o Congresso do MRE atenta para os “inconvenientes” que hão de advir dos termos dos referidos Decretos Legislativos. Solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores Parecer sobre a posição do Itamaraty sobre a matéria em apreço. Passo, pois, a um e outro ponto.

2. A questão suscitada pelo Decreto Legislativo nº 03 (*supra*) há muito tem ocupado o setor competente do MRE. O entendimento mantido

até o presente tem sido o de que, pretender que todos e quaisquer atos complementares ou de implementação devam ser submetidos à aprovação do Poder Legislativo equivaleria a pretender dificultar, se não a tornar lenta e inviável, a própria execução do Acordo em tela, o que poderia, em última análise, comprometer o equilíbrio constitucional do sistema de distribuição de poderes por ingerência do Legislativo em domínio até hoje constitucionalmente reservado ao Executivo.

3. Assim sendo, exemplos há de Decretos Legislativos atinentes a vários atos internacionais que consagram fórmula negociada há poucos anos pelo Itamaraty com lideranças do Congresso, no sentido de que “quaisquer atos ou ajustes complementares, de que possam *resultar revisão ou modificação do presente Acordo*, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional”. A qualificação é das mais significativas. Os demais atos (complementares ou coextensivos de outros já aprovados pelo Legislativo, e que não os alteram) recaem na esfera de iniciativa e ação *privativa* do Executivo (dentro das atribuições do Presidente da República), por lhe competir constitucionalmente, até o presente, manter relações com Estados estrangeiros. Proceder de outra forma implicaria em retardar a marcha acelerada exigida e imposta pela convivência internacional de nossos dias, contrariando tendência virtualmente universal, e discreparia do princípio geral das atribuições próprias e específicas dos órgãos constitucionais. Esta posição foi, pela última vez, reafirmada pelo Itamaraty, em correspondência que o então Chefe de Gabinete do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, Embaixador João Tabajara de Oliveira, enviou, após consultar-me a respeito, ao Subchefe de Assuntos Parlamentares do Gabinete Civil da Presidência da República, em 19 de maio de 1986 (MRE, doc. SRC/CJ/21/PAIN/1986/2).

4. A questão suscitada pelo Decreto Legislativo nº 04 (*supra*) também tem sido objeto de atenção da área competente do MRE. 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 em questão. Ou se aprova, ou se rejeita, *in toto*, o acordo submetido ao Legislativo. Nesse sentido, posicionou-se claramente a Divisão de Atos Internacionais (DAI) do MRE, no exame de um caso em 1979 (MRE, despacho da DAI, de 8.6.1979, ao memo. SAL/215, de 23.5.1979). É do Executivo a competência para negociar e celebrar acordos internacionais.

5. O Legislativo aprova, ou não, *in toto*, o acordo que lhe foi submetido pelo Executivo (nesse sentido, entre nós, e.g., J. Barbalho, C. Bevilaqua, Pontes de Miranda, C. Maximiliano, H. Accioly, J.H. Pereira de Araújo), não sendo dado ao Congresso Nacional, constitucionalmente, alterar o teor de um acordo já negociado pelo Executivo. De outro modo, estariam comprometidas a independência e colaboração entre os poderes (Executivo e Legislativo), pela introdução de uma indevida relação de subalternidade. A alteração de um texto convencional só pode dar-se mediante renegociação de *novo* acordo, pelo órgão ministerial competente especificamente para tal, o Ministério das Relações Exteriores; um acordo internacional, ato concluído de boa fé, só pode ser alterado de comum entendimento com a(s) outra(s) parte(s) contratante(s) mediante negociações que competem *exclusiva e privativamente* ao Poder Executivo.

6. 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.

7. Tem sido esta a posição sustentada pelo Itamaraty sobre a matéria em apreço. É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 24 de março de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Contratos e Acordos Internacionais.
Semelhanças. Elementos Diferenciais:
Sujeitos e Objeto da Relação Jurídica.
Condições de Validade dos
Instrumentos.

PARECER

Contratos e Acordos Internacionais: Semelhanças e Elementos Diferenciais

A Divisão da Europa-II do Itamaraty considera, no momento, minutas de contrato enviados pelo CNPq às Embaixadas da Iugoslávia, Polônia, União Soviética e Tchecoslováquia, para a aquisição de conhecimentos e processos industriais nas áreas de biotecnologia, química fina, novos materiais, mecânica de precisão e informática, bem como nas áreas de saúde e engenharia, solicitando inclusive a concessão de linhas de crédito para a operacionalização das atividades mencionadas. A Divisão de Atos Internacionais do MRE ressalta a necessidade de se determinar previamente se os instrumentos apresentados são *contratos* ou *acordos*. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a questão.

2. De início, devo recordar que já tive ocasião de pronunciar-me sobre a matéria em resposta a recente consulta sobre caso análogo, a que me permito aqui referir-me (cf. meu Parecer MRE-CJ/84, “Natureza Jurídica de Convênio entre o Ministério da Previdência e Assistência Social e a CEPAL (de 1987) e a Questão do Poder de *Treaty-Making*”, de 2.9.1987, p. 1-4).

Em aditamento às considerações ali traçadas, cabe-me, em relação ao presente caso desenvolver as ponderações a seguir.

3. *Contratos e acordos*, à primeira vista se assemelham, por compartilharem, como atos jurídicos bilaterais, natureza jurídica e estrutura similares, e revelarem a incidência dos elementos da capacidade das partes e da ausência dos vícios do consentimento (pré-requisitos de sua validade), além de produzirem, uns e outros, efeitos jurídicos (direitos e obrigações) para as partes contratantes. Não obstante tais semelhanças, há elementos que permitem a diferenciação entre *contratos* e *acordos*. Tais elementos dizem respeito aos *sujeitos* e ao *objeto* da relação jurídica, assim como às *condições de validade* dos instrumentos em apreço. Senão vejamos.

4. Por vezes, o elemento diferencial pode residir na própria identificação dos *sujeitos* da relação jurídica. Assim, enquanto nos acordos os sujeitos da relação jurídica (sempre pessoas jurídicas) são sujeitos do direito internacional público, nos contratos ao menos um dos sujeitos da relação jurídica (que podem ser pessoas jurídicas ou naturais) é sujeito do direito interno (do ordenamento jurídico interno do Estado em questão). O elemento diferencial pode ainda ser identificado no *objeto* da relação jurídica: enquanto os acordos regem ou regulamentam interesses públicos, os contratos regem ou regulamentam interesses privados, ou interesses públicos geridos pelo Estado como sujeito do direito interno em questão. Outro elemento diferencial pode ser detectado nas *condições de validade* do ato jurídico em questão: os acordos exigem, ademais do consentimento mútuo das partes contratantes, o fiel cumprimento dos requisitos tanto do direito interno (constitucional) quanto do direito internacional público, ao passo que os contratos podem consumir-se pelo próprio acordo de vontades *per se* entre as partes contratantes.

5. Enfim, o fato de que os acordos se sujeitam ao direito internacional público e os contratos a um determinado ordenamento jurídico interno nos conduz ao teste básico para a determinação de natureza dos atos jurídicos no presente caso (minutas de contrato do CNPq): se se tratasse de acordos e não de contratos, haveria não a indicação do foro competente (como aqui ocorre, como elemento caracterizador dos presentes atos como contratos), mas antes a indicação das regras e métodos de solução de controvérsias internacionais próprios do direito internacional público. *Assim sendo*, a meu ver, afigura-se-me válida a ponderação do Senhor Chefe da

Divisão de Atos Internacionais do MRE no sentido de que os instrumentos a serem firmados pelo CNPq com a União Soviética, a Polônia e a Iugoslávia devem sê-lo não com os Estados em si, mas antes com entidades ou instituições especializadas respectivas, como ocorre com a parte brasileira.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 19 de abril de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Recursos Minerais Antárticos: Projeto de Convenção. Cláusula sobre Solução de Controvérsias. Vias Arbitral e Judicial: Iniciação do Processo.

PARECER

Cláusula sobre Solução de Controvérsias no Projeto da Convenção sobre Recursos Minerais Antárticos: Elementos para a Tomada de Posição do Brasil

Encontra-se em exame pela Divisão do Mar, da Antártida e do Espaço (DMAE) do Itamaraty o Projeto da Convenção sobre Recursos Minerais Antárticos, o qual deverá ser ultimado na próxima rodada da IV Reunião Consultiva Especial do Tratado da Antártida, a realizar-se ainda este mês em Wellington, Nova Zelândia. A DMAE solicita instruções no tocante a um dos aspectos do artigo 53 do citado Projeto de Convenção, referente à solução de controvérsias. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

2. O artigo 53 do mencionado Projeto de Convenção dispõe, em suma, de início, que, controvérsias entre dois ou mais Estados-partes acerca da interpretação ou aplicação da presente Convenção serão, depois de esgotados todos os meios diplomáticos de solução previstos (negociação, investigação, mediação, conciliação), referidas à via judicial ou arbitral, i.e., mais precisamente, à Corte Internacional de Justiça (CIJ) ou ao Tribunal Arbitral criado em anexo à presente Convenção. Persiste, porém, dúvida sobre as opções que figuram entre colchetes, quais sejam, as de que o recurso

à CIJ ou ao Tribunal Arbitral se efetue por consentimento das duas ou mais partes ou a pedido de uma delas.

3. Constata a DMAE tendência majoritária no sentido da inclusão no presente Projeto de Convenção de procedimentos compulsórios de solução de controvérsias, mormente entre os países não-territorialistas, desejosos de verem asseguradas garantias de que “poderão recorrer contra arbitrariedades cometidas pelo Estado reivindicante em detrimento do operador”. Informa, ademais, a DMAE que mesmo países territorialistas – como Argentina e Chile – parecem mostrar-se dispostos “a conviverem com algum tipo de procedimento compulsório de solução de controvérsias”. O fato de Estados com posições básicas tão distintas em relação à questão geral da Antártida mostrarem-se, neste particular, dispostos a apoiar a inserção no presente Projeto de Convenção de procedimentos compulsórios de solução de controvérsias não há de nos passar despercebido.

4. Recorda, enfim, a DMAE, que, recentemente, no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982, aceitou o Brasil o recurso à via judicial a pedido de apenas uma das partes, com duas qualificações: primeira, ao assinar, ratificar ou aderir à referida convenção, cada Estado poderia manifestar sua preferência pelo órgão ao qual recorrer (CIJ, Tribunal do Direito do Mar, tribunais arbitrais); segunda, apenas determinados tipos de controvérsias poderiam ser objeto de procedimento de solução compulsório. Na avaliação da DMAE, foi possível aqui aceitarmos tal enfoque porque a Convenção sobre Direito do Mar estabeleceu categorias distintas de direitos (e.g., de soberania – mar territorial e recursos da plataforma continental e zona econômica, de jurisdição – zona econômica exclusiva, etc.) (MRE *memorandum* DMAE/014, de 18.2.88, § 14, p. 16). Registrado este precedente, passemos em revista os modos, fornecidos pelo direito internacional, de se acionar as vias arbitral e judicial.

5. Recordemos que, no âmbito do direito internacional público, a manifestação do consentimento – como elemento condicionador do recurso à via arbitral – pode dar-se em um comprometimento geral do Estado de recurso à via arbitral em relação a todas as controvérsias com outros Estados-partes ao acordo em questão (os chamados tratados de “arbitragem obrigatória”), ou em um comprometimento específico do Estado de recurso à via arbitral para a solução de controvérsias advindas da implementação de determinado acordo (as chamadas cláusulas compromissórias, inseridas nos

próprios acordos). Tanto diante dos tratados da chamada “arbitragem obrigatória” quanto diante das *clauses compromissoires*, o recurso à via arbitral é sempre regido por um *compromis*. Mesmo diante de um *compromis*, ou na iminência de celebração deste, há exemplos da prática internacional em que a própria arbitrabilidade de uma controvérsia tem sido questionada com fundamentos diversos (por um ou outro dos Estados em questão). Caberia minimizar estas vicissitudes pela previsão de um mecanismo compulsório mais amplo, em se considerando que a solução de controvérsias se dá aqui no âmbito do regime sobre recursos minerais antárticos, o qual *não* se aplica a área sobre a qual os Estados em questão reivindicam ou exerçam qualquer tipo de direito.

6. Esta última ponderação se aplica ao recurso tanto à via arbitral quanto à via judicial. Recordemos, quanto a esta última, que o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça determina as possibilidades distintas de manifestarem os Estados seu consentimento em submeter uma controvérsia à decisão da Corte. A primeira possibilidade é mediante um acordo especial (*compromis/special agreement*) entre as partes para reconhecer a jurisdição da Corte em relação ao caso concreto. A segunda possibilidade é mediante tratados ou Convenções em vigor (bilaterais e multilaterais – parágrafo 1 do artigo 36) que contenham *clauses compromissoires* atribuindo jurisdição à Corte da Haia. O parágrafo 2 do artigo 36 indica, precisamente, a terceira possibilidade, qual seja, a de reconhecer a jurisdição “obrigatória” da Corte Internacional de Justiça mediante uma declaração unilateral sob a chamada “cláusula facultativa”. Em outras palavras, pode-se, pois, dizer que há duas fontes distintas de jurisdição da Corte Internacional de Justiça: acordos ou tratados e Convenções em vigor, englobando os *compromis* reconhecendo a jurisdição da Corte em relação a casos concretos, assim como os tratados e Convenções contendo *clauses compromissoires* no mesmo sentido (as duas primeiras possibilidades acima mencionadas); e declarações sob a chamada “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória” da Corte (a terceira possibilidade supracitada).

7. Resumindo: no tocante à jurisdição contenciosa da CIJ, a iniciação propriamente dita do processo pode dar-se de duas formas: pelo já mencionado *acordo* entre as partes (*compromis/special agreement*), atribuindo jurisdição à Corte e definindo a questão em litígio, ou por *petição unilateral* (*requête introductive d’instance/unilateral application instituting proceedings*),

indicando as partes litigantes e o assunto ou conteúdo do litígio. Em outras palavras e em suma, pode a iniciação do processo judicial dar-se por acordo entre as partes litigantes ou a pedido de uma delas.

8. As posições do Brasil em matéria de solução pacífica de controvérsias internacionais em geral, e atinentes às soluções arbitral e judicial em particular, já se encontram vistoriadas no *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público*. Em Parecer anterior (MRE-CJ/06), de 28 de outubro de 1985, sobre “Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Internacionais (com Atenção Especial à Prática do Brasil)” (p. 1-20), tive ocasião de indicar a variedade dos exemplos de nossa prática (em razão da própria natureza diversa das matérias tratadas), comportando exemplos de recurso à Corte Internacional de Justiça e à Corte Permanente de Arbitragem (cf. *loc. cit.*, p. 9, 11, 13-15 e 19). No presente contexto, maior razão haveria para aceitarmos alguma modalidade de procedimento de solução compulsório, porquanto – ademais das ponderações anteriores – pelo próprio Tratado da Antártida de 1959 (artigo IV(2)) os Estados-partes (inclusive o Brasil, desde sua adesão em 16 de maio de 1975) abrem mão de quaisquer reivindicações de soberania sobre o continente antártico (ao menos durante a vigência do Tratado), e, como já assinalado, o presente regime sobre recursos minerais antárticos *não* se aplica à área sobre a qual os Estados em questão reivindicuem ou exerçam qualquer tipo de direito.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 4 de maio de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Convenções de Nova York de
1973 e 1980 Contra o Terrorismo.
Compromissos para os Estados-partes.
Alcance das Obrigações Previstas.

PARECER

*Exame da “Convenção sobre a Prevenção e o Castigo de Delitos
Contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, Inclusive os Agentes
Diplomáticos” (Nova York, 1973) e da “Convenção Internacional
Contra a Tomada de Refêns”
(Nova York, 1980)*

No âmbito das Nações Unidas, o pouco progresso que se logrou, nos últimos anos, no tratamento do tema do terrorismo, terá levado ao apelo, constante das Resoluções nº 40/61 (§4) e 42/159 (§6), a todos os Estados no sentido de se tornarem partes (se ainda não o fizeram) nas Convenções internacionais existentes relacionadas aos vários aspectos do terrorismo internacional. Dadas as dificuldades de tratamento *abrangente* do tema, tem o Brasil ultimamente favorecido estratégia para seu abordagem por etapas, a partir de áreas onde haja consenso, buscando assim um combate mais eficaz – ainda que mais restrito – àquele fenômeno em suas diversas manifestações. Assim, como ressalta a Divisão das Nações Unidas do Itamaraty,

A própria enumeração dos atos jurídicos existentes ou em elaboração relativos ao fenômeno do terrorismo demonstra que a melhor maneira para abordar-se o assunto é a da ampliação das

áreas em que existe acordo, dando maior ênfase ao objeto dos atentados do que à sua autoria. Esse método de trabalho evita que se caia no impasse a que levará uma tentativa de discussão ampla do assunto. (MRE, despacho ao *memorandum* DEA/68, de 23.7.1987).

2. Consoante tal estratégia favorecida recentemente pelo Brasil para o tratamento do tema, encontra-se em exame, no Itamaraty, a possibilidade de o Brasil vir a aderir a três Convenções na área em apreço: a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quanto Tiverem Eles Transcedência Internacional (Washington, 1971), a Convenção sobre a Prevenção e o Castigo de Delitos contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, Inclusive os Agentes Diplomáticos (Nova York, 1973), e a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (Nova York, 1980). Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer sobre as referidas Convenções, de modo a instruir o setor competente do MRE em seu exame da conveniência de o Brasil vir a aderir aos referidos instrumentos internacionais.

3. Sobre a primeira das três Convenções supracitadas, a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcedência Internacional (Washington, 1971), já me pronunciei em Parecer anterior (MRE-CJ/88, de 18.9.1987), a que me permito aqui referir-me. Reiterando as considerações que ali tracei sobre a Convenção de Washington de 1971, concentrar-me-ei, assim, no presente Parecer, nas duas outras Convenções, de Nova York, de 1973 e 1980 (*supra*).

4. Nem a Convenção de Washington de 1971, nem a Convenção sobre a Prevenção e o Castigo de Delitos contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, Inclusive os Agentes Diplomáticos de 1973 (doravante citada como CPCDPIP) e a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns de 1980 (doravante citada como CITR) são Convenções do tipo “rígido”, o que se pode comprovar pela remissão que fazem expressamente à lei nacional em algumas *saving clauses* (CPCDPIP, artigos 3, 5 (2), 6 (1), 7 e 8 (2) e (3); CITR, artigos 5(3), 6(1), 7 e 8(1)). As duas últimas Convenções, ademais, resguardam, não surpreendentemente, o instituto do asilo (CPCDPIP, artigo

12, e cf. artigo 9 para as garantias do *due process*; CINTR, artigo 15).

5. Há que se ater a determinados *compromissos* estabelecidos para os Estados-partes. A CPCDPIP estabelece a obrigação para tais Estados de incluir os delitos previstos no artigo 2 como casos de extradição “em todo tratado de extradição que celebrem entre si” no futuro (artigo 8). O mesmo dispõe a CINTR (artigo 10 (1), e cf. cláusula de compatibilização do artigo 9 (2)). Ambas seguem técnica idêntica à da Convenção de Washington de 1971 (artigo 7) neste particular. Há igualmente que destacar os compromissos para os Estados-partes na CPCDPIP e a CINTR de adotar as medidas necessárias para o estabelecimento de jurisdição sobre os delitos nelas previstos (CPCDPIP, artigo 3; CINTR, artigo 5), de notificar o Secretário-Geral das Nações Unidas e demais Estados-partes (CPCDPIP, artigo 5, 6 e 11; CINTR, artigos 6 (2) e 7), de assegurar a cooperação com os demais Estados-partes na prevenção dos delitos nelas previstos e em matéria processual penal (CPCDPIP, artigos 4 e 10; CINTR, artigos 4 e 11).

6. Ambas as Convenções, significativamente, *determinam* a inclusão, nas respectivas legislações penais dos Estados-partes, dos atos delituosos de que tratam (CPCDPIP, artigo 2; CINTR, artigo 2), e nesse particular vão mais além da disposição correspondente da Convenção de Washington de 1971 (cujo compromisso é o de “procurar” incluir os delitos de que trata nas respectivas legislações penais, quando já não estiverem nelas previstos – artigo 8 (d)). A exemplo de disposição do mesmo gênero da Convenção de Washington de 1971 (artigo 5), tanto a CPCDPIP (artigo 7) quanto a CINTR (artigo 8 (1)) estatuem que, se, por algum impedimento, não proceder a extradição, deverá o Estado-parte em cujo território se encontre o presumido culpado submeter prontamente o caso ao conhecimento das autoridades competentes para o exercício da ação penal, consoante o procedimento previsto na legislação de tal Estado.

7. Com efeito, obrigações do mesmo gênero ou natureza das acima relacionadas se encontram igualmente consagradas na Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves de Haia de 1970 (artigo 2, punição do crime; artigo 4, estabelecimento de jurisdição sobre o crime; artigo 6, detenção e extradição; artigo 7, submissão do caso às autoridades para processo, em caso de não-extradição; artigo 8, extradição; artigo 10, cooperação em matéria processual penal; artigo 11, notificação à OACI) e na Convenção para Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação

Civil de Montreal de 1971 (artigo 3, punição do crime; artigo 5, estabelecimento de jurisdição sobre o crime; artigo 6, detenção e extradição; artigo 7, submissão do caso às autoridades para processo, em caso de não-extradição; artigo 8, extradição; artigo 11, cooperação em matéria processual penal; artigo 13, notificação à OACI). *Tais obrigações internacionais já foram contraídas pelo Brasil*, ao aderir este à Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves (1970) em 14 de janeiro de 1972, e à Convenção para Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1971) em 24 de julho de 1972, segundo dados constantes dos arquivos da Divisão de Atos Internacionais do MRE. Isto em muito facilita o exame da viabilidade, do ponto de vista jurídico, da adesão do Brasil também às Convenções de Washington de 1971, e de Nova York de 1973 e 1980. Há uma linha de coerência na posição do Brasil nesta área ao longo dos últimos anos.

8. Cabe recordar, a propósito, que já na Conferência da Haia de dezembro de 1970, de que resultou a Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, a Delegação do Brasil votou a favor das obrigações contidas, e.g., nos artigos 2, 4, 8 e 11, e chegou a apresentar emenda ao artigo 6 (1) para torná-lo “mais claro, conciso e rigoroso”; ademais, em seu *Relatório*, a Delegação do Brasil recomendou o “imediate início” do processo de ratificação para que figurasse dentre os primeiros países a assim proceder, dando “cabal demonstração de seu empenho em combater a pirataria aérea” (Relatório do Chefe da Delegação do Brasil à Conferência Internacional sobre Direito Aéreo, realizada na Haia, em dezembro de 1970, 27 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 1971, nº 53/54, p. 162, e cf. p. 141-62).

9. As disposições sobre solução de controvérsias são idênticas na CPCDPIP (artigo 13), na CITR (artigo 16), na Convenção da Haia de 1970 (artigo 12) e na Convenção de Montreal de 1971 (artigo 14), supracitadas. Prevê-se o recurso inicial à negociação e, caso esta não tenha êxito, à arbitragem (por solicitação de uma das partes) ou, decorridos seis meses sem solução à Corte Internacional de Justiça (§1º). Tal dispositivo admite, porém, reserva (§2º), no momento da assinatura ou ratificação das referidas Convenções ou de adesão às mesmas (cf. também § 3º para a eventual retirada de reserva). A cláusula sobre solução de controvérsias não consagra, como não poderia consagrar, o automatismo da jurisdição internacional,

pois só prevê o recurso à via arbitral e judicial quando exauridos os meios diplomáticos (negociação) de solução pacífica. Ainda assim, e caso o setor competente do MRE venha a decidir pela adesão do Brasil às Convenções de Nova York de 1973 e 1980, poder-se-ia contemplar a possibilidade de, ao momento da eventual adesão, declarar que o Governo brasileiro não se considera obrigado pelo §1º do artigo 13 da CPCDPIP e do artigo 16 da CITR que reconhece a jurisdição da Corte Internacional de Justiça na hipótese de as partes em uma controvérsia não alcançarem uma solução por outro meio, ou então, alternativamente, que só aceita a jurisdição de Corte Internacional de Justiça no contexto da interpretação ou aplicação das presentes Convenções em relação aos Estados-partes que também a aceitam *incondicionalmente*.

10. As considerações acima se prendem ao exame das Convenções em apreço do ponto de vista essencialmente jurídico, porquanto a decisão *per se* de adesão às mesmas equivale a um juízo de vontade ou conveniência estratégica no tratamento do tema sobre a qual não me é dado opinar. A eventual adesão requereria o preparo de exposição de motivos com vistas à obtenção da necessária prévia aprovação parlamentar. *Ex abundante cautela*, talvez coubesse, ademais, ouvir o Ministério da Justiça, sobre sua reação a determinados aspectos das obrigações contidas nas presentes Convenções, próprios de sua área de atuação (e.g., os atinentes à processualística penal ou de extradição, e à detenção ou prisão de presumidos delinqüentes). Enfim, no tocante à prevenção de *preparação e comissão* de delitos, estipulada no artigo 4 (a) da CPCDPIP e da CITR, permito-me referir-me às considerações que já desenvolvi a respeito, à luz de nosso Direito Penal, em relação ao dispositivo equivalente (artigo 8 (a)) da Convenção de Washington de 1971, em Parecer anterior (MRE-CJ/88, de 18.9.1987, *cit. supra*).

É o que me cabe esclarecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 27 de maio de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Reclamações de Danos de Guerra.
Contencioso Diplomático. Comissões
Nacionais de Reclamações. Arbitragem.
Acordos Globais de Compensação.

PARECER

*O Caso das Reclamações (War Claims) da Construtora Mendes Júnior S.A.
Contra o Governo do Iraque: Vias de Solução de Controvérsias*

Solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores Parecer sobre as vias jurídicas para solução das atuais pendências e *claims* da Construtora Mendes Júnior S.A. contra o Governo do Iraque. Voltam-se estes a custos extraordinários incorridos em obras naquele país e resultantes sobretudo da Guerra Irã/Iraque. Na busca de compensação dos prejuízos advindos dos sobrecustos extracontratuais, o Governo brasileiro tem dado assistência às pretensões da construtora brasileira, o que se consubstanciou no estabelecimento de Comitê Conjunto *ad hoc* em 1983. Os trabalhos do Comitê resultaram em acordo firmado em 1984 pelo Chefe da Delegação iraquiana (Prefeito de Bagdá) e pelo Presidente da Construtora Mendes Júnior.

2. Os elementos de composição das pendências financeiras e dos reajustes contratuais então reconhecidos pela parte iraquiana (§§1 a 5 do acordo de 1984) foram cumpridos. Ficou acertado (§§6 e 7 do mesmo acordo) que o restante da compensação pleiteada pela Mendes Júnior se daria pela adjudicação a ela de três projetos de construção (de um sifão, de uma ferrovia, e de uma auto-pista), dos quais apenas o primeiro teve sua

execução iniciada. Ocorre que tal cláusula do restante da compensação (§6 (3)) teve redação claramente *condicional*, pela qual a adjudicação das três obras à empresa brasileira se daria “[...] *se* esses projetos forem incluídos no plano de desenvolvimento, *se* o Governo iraquiano se decidir por sua implementação e *se* as ofertas da Mendes Júnior forem as melhores ofertas recebidas [...]”. Ao firmar o acordo de 1984, a Mendes Júnior aceitou tais condições.

3. Ademais, no tocante à solução de controvérsias advindas da execução dos contratos, enquanto o primeiro destes elegeu o foro de Paris (Câmara Internacional de Comércio), os dois outros (projetos sifão e autopista) elegeram o foro de Bagdá. Tais disposições naturalmente vinculam ambas partes contratantes. A rigor, são estas as vias abertas à Mendes Júnior – por ela aceitas na celebração dos contratos – para a vindicação do que considera seus direitos, na ausência de acordo entre as partes para a compensação por ela reivindicada.

4. É raro que um contrato econômico internacional não contenha uma cláusula atributiva de competência a uma determinada jurisdição. A determinação do foro – que importa em garantia – frequentemente se faz *dans d’assez mauvaises conditions et à un moment où l’on n’en perçoit pas toutes les conséquences. Les nationalismes jouent instinctivement, et parfois à rebours des intérêts de ceux qui y cèdent*¹. Na prática, há uma diversidade de cláusulas do gênero, podendo as partes inclusive optar pela via arbitral, como no primeiro contrato da Mendes Júnior (Câmara Internacional de Comércio, Paris).

5. Também as cláusulas de eleição de foro comportam nuances, podendo até mesmo deixar latitude à parte no interesse da qual ela é estipulada para recorrer à jurisdição de sua escolha. No entanto, como no caso dos dois outros contratos da Mendes Júnior, a cláusula mais frequente de eleição de foro é a que *obriga* ambas as partes contratantes; neste caso,

*les parties sont également liées par la juridiction qu’elles ont choisie.
Il semble que la partie qui bénéficie d’une position dominante
dans la relation contractuelle impose le choix de sa juridiction*².

¹ Centre Charles de Visscher pour le Droit International, *Le contrat économique international – stabilité et évolution*. Bruxelles/Paris: Bruylant/Pédone, 1975, p. 409-42.

² *Ibid.*, p. 386-8 e cf. p. 387-94.

É o que parece ter ocorrido no presente caso; mas como a Mendes Júnior, à época da celebração dos contratos, concordou com a eleição do foro de Bagdá, encontra-se agora por esta disposição contratual vinculada.

6. Caso não vinguem, no *cas d'espèce*, as vias de solução pacífica previstas nos contratos da Mendes Júnior, em etapa ulterior (deslocado o caso para os canais diplomáticos) constituem pré-requisitos para o exercício da proteção diplomática consagrados pelo direito internacional e universalmente observados pelas chancelarias, a regra da nacionalidade das reclamações, a exigência do *clean hands* (ausência do processo contra o reclamante no Estado local), e o princípio do prévio esgotamento dos recursos de direito interno; no presente caso, enquanto os dois primeiros encontram-se satisfeitos, o terceiro – dominado pelo teste da eficácia dos recursos internos – não foi observado até o presente pela Mendes Júnior, que tampouco apresentou razões que a eximissem de recorrer à jurisdição iraquiana, quando pouco para fundamentar o seu pedido de interposição diplomática ao Itamaraty.

7. Este último, a seu turno, prestou toda a assistência e apoio político à empresa em seus entendimentos com o Governo iraquiano. Poderia a Mendes Júnior alegar que a probabilidade de êxito na utilização dos recursos internos no Iraque seria mínima; neste caso, a configuração de uma denegação de justiça prontamente fundamentaria uma intervenção diplomática. A teoria e a prática do direito internacional encontram-se divididas quanto à acepção própria da denegação de justiça em três correntes de interpretação: a falta de acesso aos tribunais locais, as irregularidades processuais e o julgamento manifestamente injusto. O ônus da prova recai sobre a parte que alega a denegação de justiça. Estes, em suma, os requisitos do contencioso diplomático, correspondendo o exercício da proteção diplomática a uma faculdade (a critério das chancelarias), não a um dever.

8. A via da arbitragem comercial internacional encontra-se prevista no primeiro dos três contratos da Mendes Júnior (*supra*). Além desta e do contencioso diplomático supracitado, o direito internacional também conhece a prática do estabelecimento, pelo Estado reclamado, de comissões nacionais de reclamações (*national claims commissions*), hipótese altamente improvável no presente caso, dada a irredutibilidade do Governo iraquiano ante os *claims* da Mendes Júnior.

9. Há precedentes, na prática brasileira de solução de *war claims* mediante *acordo*³, objeto de Parecer de Levi Carneiro em caso de reclamação de brasileiro residente na Itália por motivo de danos de guerra sofridos, movida com base em acordo ítalo-brasileiro de 1949 (Parecer de 18.9.1951. In: *Pareceres dos Consultores Jurídicos do MRE* (1946-1951) p. 539-42). Esta seria uma via a ser explorada, porquanto entende o Itamaraty que as posições iraquianas avançadas nas últimas negociações “ainda comportam espaço para alguma evolução”. Com efeito, uma última via de solução, própria do direito internacional, é precisamente a dos “acordos globais de compensação” (*lump-sum agreements*). Resultam estes de negociações diplomáticas entre os governos interessados, que convencionam, a seu inteiro critério, um montante de compensação, que o Governo recebedor distribui aos *claimants*⁴. Estes últimos deixam de ter qualquer “controle” sobre este processo, simplificado em relação ao contencioso diplomático (*supra*).

10. Na prática, não raro os *claimants* se têm mostrado insatisfeitos com o montante da compensação recebida mediante *lump-sum agreements*⁵, ainda que, ao final, se conformando com a solução. Esta técnica apresenta, porém, a vantagem de evitar a intervenção diplomática e os desentendimentos quanto a uma configuração ou não de denegação de justiça⁶. A utilização das vias de solução de controvérsias aqui vistoriadas requer sempre uma manifestação ou um acordo de vontades; em caso de utilização dos meios intergovernamentais de solução (tais como os acordos de compensação), aos reclamantes privados assiste não um direito, mas tão-somente uma expectativa.

É o que me cabe esclarecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 24 de julho de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

³ Para exemplos, na prática de outros Estados, cf. R.B. Lillich. *International Claims: Postwar British Practice*. Syracuse University Press, 1967, p. 105-11; B.H. Weston. *International Claims: Postwar French Practice*. Syracuse University Press, 1971, p. 96.

⁴ Para um estudo, cf. R.B. Lillich e B.H. Weston. *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements*. University Press of Virginia, 1975, p. 1-263; Ch. Gray. *Judicial Remedies in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 178-80.

⁵ F.G. Dawson e I.L. Head. *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*. Syracuse University Press, 1971, p. 53.

⁶ *Ibid.*, p. 24.

Crise Libanesa. Dualidade de Poderes.
Reconhecimento de Governo.

PARECER

*A Questão do Reconhecimento de Governo, Face à Dualidade de Poderes,
no Período de Transição e Instabilidade Institucionais no Líbano:
Elementos para Tomada de Posição do Brasil*

Nas últimas semanas, vem de configurar-se e agravar o problema institucional da sucessão governamental na República do Líbano. Tem ele sua origem na não-realização, antes de expirado o mandato constitucional do Chefe de Estado, de eleição do novo Presidente da República. Com efeito, às vésperas da expiração de seu mandato, o então Presidente Amin Gemayel nomeou novo Conselho de Ministros, presidido pelo general cristão Michel Aun, contrariando costume libanês consagrado no Pacto Nacional de 1943 de que o Presidente do Conselho de Ministros deveria ser muçulmano. Encontra-se, assim, o Líbano, presentemente, ou sem governo, ou com dois governos de transição paralelos, ambos constitucionalmente ilegítimos: um maronita, com gabinete presidido por um cristão (Michel Aun) indicado interinamente por um Presidente (Amin Gemayel) já sem mandato, e outro dirigido pelo muçulmano Selim Hoss, demissionário desde o ano passado.

2. A dualidade de poderes tem acarretado ambigüidade legal em relação à posição e às atitudes de ambos os pretendidos governos; no caso, a recente convocação do Embaixador do Brasil em Beirute por ambos (telegramas 347 e 348 da Embaixada em Beirute para a Secretaria de Estado) vem suscitar o problema do eventual reconhecimento de um ou outro para

a manutenção da continuidade do relacionamento diplomático normal do Brasil com o Líbano. Tanto a Embaixada do Brasil em Beirute quanto o setor competente da Secretaria de Estado têm sido pressionados para tomada de posição a respeito. O Departamento do Oriente Próximo do Itamaraty vem de levantar três possibilidades, a saber, reconhecimento do governo maronita, reconhecimento do governo do muçulmano Selim Hoss, e emissão de declaração (nos moldes da do Presidente F. Mitterand da França, há pouco), defendendo o direito do Líbano de escolher livremente seu próprio Chefe de Estado. O Departamento do Oriente Próximo é de opinião que, no momento, face à “fluidez” da situação libanesa, deve o Itamaraty por ora abster-se de reconhecer um ou outro governo, e preparar-se para “emitir declaração nos moldes da francesa”. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

3. Cabe-me, de início, ponderar que a questão do reconhecimento “não pode ser divorciada dos fatos”, porquanto baseia-se nestes¹, ou, mais precisamente, em uma apreciação destes. Mesmo em caso de mudanças constitucionais ou revolucionárias internas, de mudanças de governo em quaisquer circunstâncias, a identidade e continuidade do Estado não são afetadas, e tampouco o são seus direitos e obrigações internacionais². Até aí vai o direito internacional, que se estriba no princípio da efetividade em relação à “apreciação” de novos governos.

4. Em qualquer hipótese, os problemas que possam ser relacionados à existência jurídica dos Estados só podem ser abordados do ponto de vista do primado do direito internacional, o qual explica a identidade e continuidade do Estado e de suas obrigações internacionais a despeito de mudanças revolucionárias internas; a incapacidade de os Estados, em situações de convulsões internas, afetarem ou minarem a validade do direito e das obrigações internacionais constitui argumento adicional contrário à concepção voluntarista do direito internacional³.

5. Para a aplicação do princípio da efetividade no reconhecimento de governos fornece o direito internacional alguns critérios ou testes básicos.

¹ Ti-Chiang Chen. *The International Law of Recognition*. London: Stevens, 1951, p. 54-5.

² Krystyna Marek. *Identity and Continuity of States in Public International Law*. Geneva: Droz, 1968, p. 24-30.

³ K. Marek, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 71-3.

Tem-se insistido, mesmo em nossos dias, no “controle efetivo do Estado”, em que deveriam basear-se as decisões de reconhecimento de novo governo⁴. Outros testes apontados têm sido, na busca da comprovação da legitimidade, a origem e o método das mudanças constitucionais ou revolucionárias, o consentimento dos governados (como prova da efetividade), e significativamente, a capacidade ou propósito de cumprimento das obrigações internacionais⁵.

6. Têm, ademais, sido lembradas, certas circunstâncias factuais, tais como o controle dos serviços públicos, a obediência das Forças Armadas e a realização das funções usuais da autoridade política, – levando ao juízo de que um determinado governo, reconhecido com base nestes testes, teria a capacidade de manter-se contra qualquer pretensão adversa, independentemente de seus méritos⁶. Reversamente e *a fortiori*, já se propugnou como teste básico para a identificação de um *puppet government* o fato de não estar este de modo algum vinculado à ordem jurídica do Estado em questão⁷. Em todo caso, é a doutrina unânime em apontar os inconvenientes e riscos de um reconhecimento prematuro, que poderia vir a ser tido como uma forma indevida de intervenção (no outro Estado).

7. Como, conforme já indicado, em caso de mudanças constitucionais ou revolucionárias internas o direito e a prática internacionais têm deixado a critério de cada Estado a decisão e forma de reconhecimento do novo governo, não há de surpreender que, mesmo em tal situação, *in practice States often by-pass* a praxe do reconhecimento⁸. Em suma, simplesmente não se encontram obrigados ao reconhecimento do novo governo, em qualquer de suas formas, por se tratar de decisão deixada pelo direito internacional a seu juízo discricionário.

8. Pode bem Parecer a um Estado que o reconhecimento de governo não seja em determinadas circunstâncias indicado ou recomendável. Em casos, como o presente, de dualidade de governos rivais, *other States have to decide*

⁴ M.J. Peterson. Recognition of Governments Should Not Be Abolished, 77 *American Journal of International Law*. 1983, p. 31-50.

⁵ Hersch Lauterpacht. *Recognition in International Law*. Cambridge: University Press, 1947, p. 98-116.

⁶ César Sepúlveda. *La Teoría y la Práctica del Reconocimiento de Gobiernos*. 2ª ed., México: UNAM, 1974, p. 29.

⁷ K. Marek, *op. cit.*, *supra* nº (2), p. 113.

⁸ L. Dembinski. *The Modern Law of Diplomacy*. Dordrecht: M. Nijhoff/Kluwer, 1988, p. 30-1.

*for themselves as to which authority they would regard and recognize as the government of the State*⁹. Em todo caso, prevalece o teste ou princípio fundamental da efetividade: – *Whether or not the authority in question can be regarded as having the effective governmental power depends upon the facts of each situation*¹⁰. Em seu guia de prática diplomática do direito internacional, B. Sen recorda que

*It is generally recognized in international law that every State is entitled to have a government of its choice through which it is to be represented in international relations. Normally, other States are not concerned with the changes in the composition or in the form of government, for changes of this character do not affect the international personality of a State and leave relations with other States unchanged*¹¹.

9. Com base em que dados há um Ministério das Relações Exteriores de chegar a uma conclusão quanto à efetividade de um governo que busca o reconhecimento? O mesmo B. Sen assim responde a esta pergunta:

*In the case of new governments, the report of the diplomatic agent who is on the spot is the most valuable material from which the situation can be judged. In addition, the governments often consult one another through their diplomatic agents and exchange information in considering the question of recognition since the views of other governments on the facts and situation of the given case often help in throwing light on the problem and in formulating the views of a government*¹².

Depreende-se daí o caráter inelutavelmente discricionário do ato de reconhecimento de governo.

10. Recorde-se, ademais, que o Chefe da Missão diplomática encontra-se acreditado *auprès de celui-ci considéré comme organe des relations*

⁹ B. Sen. *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*. The Hague: M. Nijhoff, 1965, p. 420.

¹⁰ *Ibid.*, p. 422.

¹¹ *Ibid.*, p. 419.

¹² *Ibid.*, p. 438, and cf. p. 437.

*extérieures de l'État accréditaire, et par conséquent indépendamment de la personne qui revêt cette charge.*¹³ No caso raro, como o presente, de aparente “dualidade de governos” em período de transição em um mesmo Estado, independentemente do desfecho do caso, em favor de um ou outro governo, não sofre interrupção a atividade das Missões diplomáticas¹⁴ que se portaram cuidadosamente e evitaram tomar partido durante o período de transição e instabilidade institucionais.

11. Estes os elementos que me parecem pertinentes para a consideração do caso com vistas a eventual tomada de decisão pelo setor (político) competente do MRE sobre a questão em apreço. Para subsídios adicionais, permito-me referir-me ao meu Parecer anterior CJ/103, intitulado “Posições do Brasil em Matéria de Reconhecimento de Governo”, de 17.12.1987, p. 1-11.

É o que me cabe esclarecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 17 de outubro de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

¹³ Philippe Cahier. *Le Droit diplomatique contemporain*. 2ª ed., Genève: Droz, 1964, p. 106.

¹⁴ Cf. *ibid.*, p. 180-1.

Formação de Governo Provisório
da OLP no Exílio. Subsídios para
Tomada de Posição do Brasil.

PARECER

*A Questão do Eventual Estabelecimento de Governo Provisório Palestino
no Exílio: Elementos para Tomada de Posição do Brasil*

O rompimento de vínculos políticos, econômico-financeiros e administrativos na Jordânia e na Cisjordânia, recém-decretado pelo Rei Hussein, vem desencadeando um processo de articulação, no seio da Organização para a Libertação da Palestina (OLP), que parece prenunciar a formação de um governo provisório palestino no exílio, baseado na estrutura existente da OLP, por esta controlado, e sob a presidência de Yasser Arafat. Antecipa-se que, com base na Resolução 181, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 29.11.1947, que dispôs sobre a partição da Palestina, o futuro governo da OLP no exílio reivindicaria soberania não só sobre Gaza e a Cisjordânia (de maioria populacional árabe), mas também sobre Jerusalém e a Galiléia. Na avaliação do Departamento do Oriente Próximo do MRE, Israel jamais aceitaria hoje, após os eventos das últimas quatro décadas, um retorno às fronteiras de 1947, e a retirada de Jerusalém, de valor inestimável para os judeus. Surge, assim, na eventualidade de ser efetivamente estabelecido o referido governo palestino no exílio, o problema de seu eventual reconhecimento. Na advertência do Departamento do Oriente Próximo do MRE, deve o Itamaraty estar preparado para enfrentar as pressões que advirão das partes envolvidas no diferendo árabe-israelense e dos protetores e aliados

de uns e outros. Solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

2. A julgar pelas informações que chegam à Secretaria de Estado de nossas Embaixadas nos países da região, o possível ou eventual anúncio de formação de um governo provisório palestino no exílio não alteraria, no presente estágio, a situação administrativa – que poderia ser questionada – dos territórios que pretende governar, face ao quadro de força neles prevalente. O chamado Conselho Nacional Palestino não é assembléia constituinte ou sequer órgão legislativo, e o processo de formação e escolha do governo palestino padece do vício de ser ato puramente executivo da cúpula da OLP (ainda que detentora esta de *status* internacional como representante do povo palestino, com o apoio da maioria dos países árabes), respaldado por voto simbólico do Conselho Nacional Palestino. Subsistiriam, assim, dificuldades para a caracterização do suposto Estado Palestino no presente estágio, não só pela apontada situação de força nos territórios em questão, quanto pelas dúvidas quanto à legitimidade do processo de adoção do referido governo pela população, quanto à existência de um sistema normativo próprio, e quanto ao controle efetivo por tal governo do território em apreço.

3. Como, nestas condições, proceder ao reconhecimento de um governo provisório palestino no exílio, que implicaria, ainda que tacitamente, em reconhecimento de um *Estado* Palestino, se as condições de *statehood* continuam no caso a requerer demonstração? Do ponto de vista jurídico, os princípios que têm norteado a prática brasileira em matéria de reconhecimento de governo foram objeto de meu extenso Parecer anterior, CJ/103, de 17.12.1987, intitulado “Posições do Brasil em Matéria de Reconhecimento de Governo” (p. 1-11). Na ocasião, procurei demonstrar que o Governo brasileiro estendeu reconhecimento após constatar a estabilidade das novas formas de governos em distintos países. Considerou sempre o Brasil o reconhecimento de governo como faculdade soberana, de natureza declaratória e não constitutiva (i.e., que não há que ser confundido com as condições de *statehood*). O Estado, cujo governo é reconhecido, já existe. Sua existência não se condiciona ao ato do reconhecimento (do Estado), e ainda menos do reconhecimento de governo.

4. Em meu Parecer supracitado, ressaltai que a prática brasileira sobre a matéria tem buscado

constantemente orientar-se pela constatação de pré-requisitos factuais do ato de reconhecimento do governo, tais como a efetividade e estabilidade do novo governo (estrangeiro), e a disposição deste último de aceitar e resguardar seus acordos, compromissos e obrigações;

sempre se ateu o Brasil à essência do instituto do reconhecimento de governo, qual seja, a de

manifestação unilateral de vontade por parte de um Estado, à qual se vinculam conseqüências jurídicas (...), e que recai no âmbito da discricionariedade do Estado, verificada por este a satisfação de certas condições factuais (Parecer CJ/103, *cit. supra*, p. 10).

É precisamente sobre este último ponto que pairam dúvidas no presente caso.

5. Coerentemente com sua prática consistente sobre a matéria, em outro caso congênere o Brasil reconheceu a Frente Polisário como movimento de libertação nacional (no legítimo exercício do direito de autodeterminação) e não como Estado que aquela Frente julga constituir sob o nome de RASD. Em meu Parecer CJ/144, sobre este caso, intitulado “Reconhecimento de Estado no Direito Internacional: A Questão da República Árabe Saaraui Democrática (RASD)”, de 03.10.1986, p. 1-8, acentuei a “cautela e moderação” externadas pelo Brasil na apreciação e constatação da existência, ou não, dos elementos constitutivos do Estado, – a que não fêz exceção até o presente sua postura ante o caso da RASD.

6. Acrescente-se que, quando a doutrina se refere a “governo no exílio”, tem em mente a *continuidade* de um Estado (evidentemente já constituído) mediante a existência e atuação de tal Governo no exílio (e.g., em caso de ocupação territorial). Donde a expressão “soberania no exílio” (i.e., de um Estado já existente) (cf. Krystyna Marek. *Identity and Continuity of States in Public International Law*. Genève: Droz, 1968, p. 86-101). Assim, já se atentou para a possibilidade de que o governo *de jure* – de um Estado já existente – seja o que se encontra no exílio (cf. César Sepúlveda. *La Teoría y la Práctica del Reconocimiento de Gobiernos*. 2ª ed., México: Unam, 1974, p. 29).

7. Cabe, ademais, registrar, o caso oportunamente lembrado pela Divisão das Nações Unidas do Itamaraty, o do reconhecimento pelo Brasil

do Comitê Francês de Libertação Nacional, em 1943, como Governo no exílio dos “franceses livres”, como “órgão qualificado para dirigir o esforço de guerra francês (...) e a gestão e defesa de todos os interesses da França”, – em linguagem particularmente cuidadosa (mesmo em se tratando de um Estado já constituído), de modo a evitar equiparação de uma situação anômala com o reconhecimento de Governos estabelecidos em condições ou circunstâncias normais (cf. MRE, despacho da DNU ao memo. DEOP/120 de 8.8.1988, de 24.8.1988). O que não pensar, então, de um caso como o presente (palestino), em que se questiona até o momento até mesmo o próprio controle do território em questão por parte da OLP?

8. Enfim, no terceiro e mais recente Parecer (CJ/143) que tive ocasião de emitir sobre a matéria, intitulado “A Questão do Reconhecimento de Governo, Face à Dualidade de Poderes, no Período de Transição e Instabilidade Institucionais no Líbano: Elementos para Tomada de Posição do Brasil”, de 17.10.1988, p. 1-7, voltei a enfatizar que o direito internacional se estriba no princípio da efetividade em relação à “apreciação” de novos Governos, atendo-se aos fatos e fornecendo critérios ou testes básicos, como: controle (territorial) efetivo, consentimento dos governados, capacidade ou propósito de cumprimento das obrigações internacionais, controle dos serviços públicos, obediência das Forças Armadas, vinculação à ordem normativa interna, realização das funções normais da autoridade pública. Em última análise, prevalece o teste ou princípio fundamental da efetividade, e a doutrina é unânime em apontar os riscos e inconvenientes de um reconhecimento prematuro. As circunstâncias do presente caso palestino estão, a meu ver, a recomendar com toda a clareza que *não* há razão a levar ou persuadir o Brasil a divorciar-se dos princípios que até hoje têm norteado sua prática em matéria de reconhecimento de governo.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 11 de novembro de 1988.

Antônio Augusto Cançado Trindade

1989

Atos Internacionais: Proposta de Suspensão de Vigência. Projeto de Decreto Legislativo. Posição à Luz do Direito Internacional.

PARECER

Projeto de Decreto Legislativo sobre Suspensão da Vigência dos Atos Internacionais ainda não Aprovados pelo Congresso Nacional: Elementos para a Tomada de Posição do Itamaraty

Encontra-se em exame, no Itamaraty, projeto de decreto legislativo (nº 21, de 1988) do Senador Severo Gomes, que dispõe sobre a suspensão da vigência dos atos internacionais ainda não aprovados pelo Congresso Nacional, no entendimento de que a nova Constituição do Brasil justificaria tal medida. A Secretaria de Relações com o Congresso do MRE supõe que o referido projeto de decreto legislativo visa os acordos com o FMI, os interbancários e os assinados com os países do “Clube de Paris”, – mas teme que, se aprovado, possivelmente venha a atingir “tratados da área do MRE”. Solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

2. Devo, de início, ressaltar que, do ponto de vista do direito internacional, é inquestionável que a um Estado *não* é dado estribar-se em sua própria Constituição ou seu direito interno para tentar justificar o não-cumprimento de obrigações contraídas por meio de tratados em vigor. Tal posição encontra sólido apoio na jurisprudência internacional.

3. Assim, já a antiga Corte Permanente de Justiça Internacional não deixou margem a dúvidas, em uma série de decisões no período do entreguerras em que se manifestou claramente sobre a matéria. Advertiu a Corte que, nas relações entre partes contratantes a um tratado, é um princípio geralmente aceito de direito internacional que os dispositivos de direito interno não podem prevalecer sobre os do tratado (Parecer sobre o caso das “Comunidades” Greco-Búlgaras). Não pode um Estado estribar-se em sua própria legislação, prosseguiu a Corte, para limitar o âmbito de suas obrigações internacionais (decisão no caso das *Zonas Livres da Alta Savóia e do Distrito de Gex*). Acrescentou a Corte da Haia que um Estado não pode invocar sua própria Constituição para descumprir as obrigações já contratadas por meio de tratados em vigor (Parecer sobre o caso do *Tratamento de Nacionais Poloneses em Danzig*). Enfim, sintetizou a antiga Corte, do ponto de vista do direito internacional os dispositivos de direito interno são “meramente fatos” que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados (decisão no caso de *Certos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa*).

4. Estas passagens da Corte da Haia são clássicas, permanecem válidas e são freqüentemente lembradas e citadas até nossos dias. Para citar apenas um exemplo recente, esta *jurisprudence constante* ecoou há pouco no terceiro e último *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (1986), que, em seu parágrafo 115, estatui *inter alia* inequivocamente que

(...) *The United States remains bound internationally when a principle of international law or a provision in an agreement of the United States is not given effect because it is inconsistent with the Constitution. (...) A State cannot adduce its Constitution or its law as a defense for failure to carry out its international obligation.*

5. Os princípios (*supra*) cristalizados na *jurisprudence constante* da Corte da Haia encontraram guarida na própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, cujo artigo 27 estatui categoricamente que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (cf. também o artigo 46 da Convenção). A certa altura dos *travaux préparatoires* da Convenção de Viena de 1969, a Comissão de Direito Internacional da ONU advertiu que a existência de uma série de procedimentos distintos para a expressão do

consentimento do Estado na conclusão de tratados possibilita aos Governos levar em devida conta os requisitos constitucionais e de ordem interna *antes* de decidir tornar-se parte contratante. A partir de então, e entrado em vigor o tratado,

– It would scarcely be reasonable to expect each Government subsequently to follow the internal handling of the treaty by each of the other Governments, while any questioning on constitutional grounds of the internal handling of the treaty by another Government would certainly be regarded as an inadmissible interference in its affairs. (Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, adopted by the International Law Commission. In: United Nations Conference on the Law of Treaties – Official Records, Documents of the Conference (1968-1969), p. 61).

6. Caberia aqui recordar que o artigo 27 supracitado da Convenção de Viena de 1969 não constava originalmente do Projeto de Artigos da Comissão de Direito internacional da ONU que serviu de base à referida convenção, pois se acreditava que o princípio pertencia antes ao domínio da responsabilidade do Estado embora relevante também ao direito dos tratados; somente na própria Conferência de Viena foi o dispositivo inserido no projeto de Convenção mediante emenda da Delegação do Paquistão.

7 . Na prática, na maioria dos incidentes diplomáticos em que Estados invocaram dificuldades de ordem constitucional ou interna, pondo em risco a segurança dos tratados, ficou a impressão de que na verdade buscavam os Estados, por razões bem diferentes, escapar ao cumprimento de suas obrigações convencionais. Com efeito, em casos em que um Estado tentou questionar as condições de vigência de um tratado por razões de ordem constitucional ou interna, os argumentos nesse sentido simplesmente não foram aceitos pelas outras partes contratantes.

8. Assim sendo, à luz das considerações acima, não pode haver dúvida de que o projeto de decreto legislativo em apreço, do Senador Severo Gomes, não tem, como não poderia ter, o alcance que pretende, e não há, à luz do direito internacional, como aprová-lo. Nem a atual Constituição brasileira, nem qualquer outra Constituição, podem ser invocadas, por qualquer país, para descumprir obrigações já contraídas por meio de tratados em vigor. A questão recai antes no domínio da responsabilidade internacional

do Estado do que no do direito dos tratados. A chamada “vigência provisória” de tratados é desconhecida do direito pátrio, e não há como “suspender vigência” de atos internacionais sem notificar as demais partes contratantes.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 9 de janeiro de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

“Estado Palestino”. Proclamação.
Statehood e Reconhecimento.
Reconhecimento de Situações.
Argumentos da OLP: Exame.
Representação Palestina no Brasil:
Situação Jurídica.

PARECER

A Proclamação do “Estado Independente da Palestina” e a Questão da Situação Jurídica da Representação da Palestina no Brasil

Sumário: I. Introdução: a Proclamação do “Estado Independente da Palestina”. II. *Statehood* Distinta de Reconhecimento. III. A Palestina como Estado *Nasciturus*. IV. O Reconhecimento Internacional como Instituto Multifforme (Reconhecimento de Situações). V. Exame dos Argumentos da Organização para a Libertação da Palestina. VI. Situação Jurídica da Representação Palestina no Brasil.

I. Introdução: a Proclamação do “Estado Independente da Palestina”

Decorridos pouco mais de três meses, desde a proclamação, pelo Conselho Nacional Palestino, do “Estado Independente da Palestina”, o desenrolar dos fatos, em ritmo acelerado, vem requerer um exame e eventual tomada de posição a respeito pelo Governo brasileiro. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, Parecer sobre a matéria,

de modo a fornecer a fundamentação jurídica ao Itamaraty para a sua avaliação dos fatos e formação de posição sobre o assunto, com implicações diretas para a situação jurídica da representação palestina no Brasil e suas relações com o Governo brasileiro. Sob a pressão da exigüidade de tempo e do próprio desencadear dos acontecimentos passo, pois, à consideração da matéria em seus aspectos jurídicos.

2. Fator que contribuiu decisivamente para remover obstáculos quanto ao reconhecimento, por parte de vários Estados, do chamado “Estado Independente da Palestina”, foi a anunciada aceitação, pelo Conselho Nacional da Palestina, das Resoluções nº 242 e nº 338 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, o que implicou na prática o reconhecimento pelo movimento palestino do direito de existir de Israel. É o que se depreende claramente de diversos telegramas enviados à Secretaria de Estado por nossas Missões no exterior (telegramas 260, 382 e 1400, de 17.11.1988, e 1402, de 18.11.1988). Aquela aceitação precipitou os atos de reconhecimento do novo “Estado Palestino”, por parte de diversos Estados, inclusive alguns ocidentais.

3. Estima a própria Organização para a Libertação da Palestina (OLP) que, até o presente, 97 países já manifestaram reconhecer o “Estado Palestino”, e 40 deles teriam atribuído à representação da OLP o tratamento de Embaixada. Em fins de janeiro último, quando da visita do líder palestino Yasser Arafat a Madri, foi este informado pelos Chanceleres dos Estados-membros da Comunidade Econômica Européia da intenção dos 12 países de tomar uma decisão conjunta em relação ao reconhecimento de Estado, dependendo apenas que se reúnam condições objetivas com a formação de um Governo palestino que possa demonstrar inequivocamente controle efetivo sobre o território e a população. Tal reconhecimento de Estado parece, pois, uma questão de tempo.

4. Até recentemente, no tocante à atitude do Brasil, a Secretaria de Estado instruíra as Missões diplomáticas brasileiras a se absterem de passar nota às representações palestinas, prática essa que evoluiu atualmente em direção a um tratamento formal mais flexível (*memorandum* DOP-I/09, de 24.1.1988, p. 1-3), sintomático da nova realidade. Cumpre, agora, desvendar as bases jurídicas para a posição que eventualmente venha tomar o Brasil sobre a matéria: neste propósito, cabe-me, a meu ver, examinar a distinção entre *statehood* e reconhecimento, a configuração atual da Palestina como

suposto “Estado *nasciturus*”, o caráter multiforme do instituto do reconhecimento internacional, e os argumentos da OLP sobre o “Estado Palestino”; o campo estará, enfim, aberto ao exame da situação jurídica da representação palestina no Brasil.

II. *Statehood Distinta de Reconhecimento*

5. Em Pareceres anteriores, procurei demonstrar que, sobre a matéria, o Brasil estendeu reconhecimento (de Estado e de Governo) após constatar que se encontravam satisfeitos os requisitos básicos, estribados no princípio da efetividade, e sempre pautou sua ação pela prudência e cautela (Pareceres CJ/103, de 17.12.1987, “Posições do Brasil em Matéria de Reconhecimento de Governo”, p. 1-11; CJ/44, de 3.10.1986, “Reconhecimento de Estado no Direito Internacional: A Questão da República Árabe Saarauí, Democrática (RASD)”, p. 1-8; CJ/143, “A Questão do Reconhecimento de Governo, Face à Dualidade de Poderes, no Período de Transição e Instabilidade Institucionais no Líbano: Elementos para Tomada de Posição do Brasil”, de 17.10.1988, p. 1-7; CJ/148, “A Questão do Eventual Estabelecimento de Governo Provisório Palestino no Exílio: Elementos para Tomada de Posição do Brasil” de 11.11.1988, p. 1-5).

6. Na sua apreciação dos fatos com vistas ao reconhecimento, o Brasil se deixou guiar, criteriosamente, por certos testes básicos, e.g., capacidade ou propósito de cumprimento das obrigações internacionais, realização das funções usuais da autoridade pública, controle dos serviços públicos, vinculação à ordem normativa interna e consentimento dos governados. Em todo caso, cumpre ter sempre em mente que o reconhecimento de Estado não há de ser confundido com as condições de *statehood*. A existência de um Estado não se condiciona ao ato de seu reconhecimento como tal por outros Estados.

7. Enquanto, em casos anteriores (meus Pareceres supracitados), o exame se prendeu à questão do próprio reconhecimento (prática brasileira, RASD, Líbano, e a própria OLP), no presente caso os fatos pertinentes sugerem um raciocínio que parta, reversamente, da questão da *statehood* para a do reconhecimento.

III. *A Palestina como Estado Nasciturus*

8. Em suas conferências ministradas na Universidade de Harvard em março de 1941, Kelsen ponderou, em tom profético, que “se deve admitir a autodeterminação dos povos como uma exigência democrática” (Hans Kelsen. *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 172). Argumentando ao final da década de 1940 (1949), G. Schwarzenberger foi categórico ao sustentar que *so long as insurgents maintain their de facto State organization and accept the international obligations incumbent upon subjects of international law they are to be treated as if they had international personality* (cit. In: Ti-Chiang Chen. *The International Law of Recognition*. London: Stevens, 1951, p. 350).

9. Uma entidade que pretenda constituir-se em Estado *de facto* ou *in statu nascendi* satisfaz um requisito essencial da *statehood* ao mostrar-se livre do controle político de qualquer outro Estado (B. Sem. *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*. The Hague, Nijhoff, 1965, p. 407 e 411). O termo “Estado” não tem um sentido absoluto e imutável, mas seu uso reserva-se aos Estados *independentes*; no entanto, a prática internacional conhece exemplos de territórios, com governo, e não-soberanos (e.g., os protetorados) (cf. *ibid.*, p. 10-11, e J. Crawford. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 194-6).

10. Krystyna Marek relembra os exemplos dos “Comitês Nacionais” tcheco e polonês, à época das duas grandes guerras, que chegaram a concluir acordos com os Aliados, com os quais mantiveram relações, como representantes dos “povos” tcheco e polonês (K. Marek *op. cit., infra*, p. 311-12, 454-55, 466-94) . Exerceram tais Comitês seus poderes fora do controle de qualquer outro Estado e com o apoio das respectivas populações; no início da Segunda Grande Guerra, e.g., o *Polish Underground State* (representante do movimento de resistência) dotou-se de estrutura estatal sob a chefia de um *Delegate of the Polish Government*, e “adquiriu tal grau de controle sobre o povo polonês que se considerou necessário conceder-lhe *status* jurídico formal” (*ibid.*, p. 442-3). Joe Verhoeven traça um paralelo entre a situação de tais Comitês Nacionais e a do movimento palestino,

com a aplicação do direito dos conflitos armados a uns e a outro (J. Verhoeven, *op. cit., infra*, p. 165).

11. É este um ponto que não há de passar despercebido: já se argumentou que uma “comunidade beligerante” constitui um *inchoate or embryonic State*, “admitido a todos os direitos e deveres de um Estado” no tocante à conduta em conflitos armados; ainda que não reconhecidos como Estados soberanos, os governos de tais “comunidades beligerantes” possuem “os atributos essenciais da soberania”, sendo real sua sujeição ao direito internacional. É o argumento que desenvolve Ti-Chiang Chen, que prossegue:

The weakness of the argument of those who deny the legal personality of belligerent communities is apparent. To argue that a belligerent community is not a legal person and, at the same time, that it is permitted to enjoy rights and be subject to duties under international law, is a manifest self-contradiction. Something that is not a legal person is non-existent in the eyes of the law. Rights and duties can only be set in motion by something the law can recognize. A belligerent body must, as a matter of logic, be an international person, or it can exercise no rights and be subject to no duties whatever under international law. Conversely, if a belligerent community does in fact exercise rights and fulfill duties which international law recognizes, in its own name and independently of the will of others, it is, by reason of that very fact, an international person. A belligerent body, properly organized, is capable of exercising rights and fulfilling duties under international law in substantially the same manner as a sovereign State in so far as concerns the prosecution of the war, although it does not constitute a State, nor is entitled to represent the State internationally (T. Chiang Chen, *op. cit.*, p. 306).

12. Os critérios de *statehood* para a identificação precisa do momento do surgimento ou começo de novos Estados esbarram em dificuldades, que, no entanto, na prática, são mitigados por *regras que outorgam competência jurídica a entidades em processo de formação*, a saber: a) o novo Estado como sucessor de uma entidade que já possuía personalidade internacional (antes de constituir-se em Estado); b) a continuação dos direitos e obrigações de um “governo” insurgente *vis-à-vis* o Estado que sucedeu; c) os efeitos de acordos celebrados por uma entidade mesmo antes de constituir-se em Estado

independente; d) a capacidade de uma entidade *in statu nascendi* adquirir direitos sob outras formas de arranjo internacional (J. Crawford, *op. cit.*, p. 391-4). Com efeito, sendo um “Estado *nasciturus*” dotado de capacidade, pode vir a adquirir direitos e deveres internacionais (*ibid.*, p. 396).

13. A prática internacional contemporânea, testemunha de uma diversidade de atos de reconhecimento (*supra*), viu surgir, paralelamente à cristalização do direito de autodeterminação dos povos, o reconhecimento de “nação”. Este se mostra, no entanto, impregnado do modelo estatal: o que, em última análise, parece visar é a assimilação dos “movimentos de libertação” a “governos”, e dos “povos” a “Estados”. O reconhecimento da “situação” abre o caminho ao reconhecimento de Estado ou de Governo. A trajetória histórica da Organização para a Libertação da Palestina (OLP) de Yasser Arafat fornece clara ilustração a respeito: ao seu reconhecimento inicial como “único representante autêntico do povo palestino”, seguiu-se o de um “governo palestino no exílio”, e agora o de um “Estado *nasciturus*”, o que revela a obsessão pouco original como modelo estatal (cf. J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 160-62-63-166).

IV. O Reconhecimento Internacional como Instituto Multiforme (Reconhecimento de Situações)

14. Examinada a questão da *statehood*, passemos desta à do reconhecimento. Os estudos clássicos sobre o reconhecimento concentravam-se em três tipos de atos: reconhecimento de Estado, de governo e de beligerância. Esta sistematização da matéria é claramente exemplificada pelo livro clássico de Hersch Lauterpacht, composto de três partes, sobre, precisamente, reconhecimento de Estado, de governo e de beligerância, e uma quarta parte devotada aos problemas do reconhecimento (H. Lauterpacht. *Recognition in International Law*. Cambridge: University Press, 1947, 1-435).

15. A complexidade das relações internacionais contemporâneas levou mais recentemente, no entanto, à admissão de que os objetos mais importantes do reconhecimento supracitados, não esgotam este instituto, que é *virtuellement applicable à toute situation* ou *prétention quelconque de droit international* (J. Verhoeven. *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*. Paris: Pédone, 1975, p. 345). As manifestações de reconhecimento podem afigurar-se *infiniment diversifiées*, e podem pretender

mesmo *confirmer un acte juridique dont la validité initiale ou le maintien sont contestés* (*ibid.*, p. 345). Os três objetos clássicos do reconhecimento não esgotam este instituto (*ibid.*, p. 837), que na prática internacional contemporânea se mostra diversificado e multiforme.

16. Dentre os reconhecimentos do que se poderia cognominar de “situações”, poder-se-iam citar as distintas formas de beligerância, de aquisição territorial (cf., *ibid.*, p. 559-65), dos “comitês nacionais” e “movimentos de libertação nacional”; quanto a estes últimos, admite-se hoje a possibilidade de *reconhecimento de um órgão*, a reivindicar “uma personalidade autônoma, que é geralmente a de um Estado *ad futurum*” (*ibid.*, p. 727).

17. Embora o reconhecimento não seja um pressuposto da *statehood* e *per se* não gere direitos e deveres (no tocante à condição do novo Estado), e a *identidade* do Estado constitua uma questão autônoma de direito internacional (Krystyna Marek. *Identity and Continuity of States in Public International Law*. Genebra: Droz, 1968, p. 13), – pode, no entanto, o reconhecimento *tend to consolidate a general legal status at that time precarious or in statu nascendi* (J. Crawford, *op. cit.*, *infra*, p. 74).

V. *Exame dos Argumentos da Organização para a Libertação da Palestina (OLP)*

18. Os argumentos outrora levantados pelo movimento palestino em defesa de sua causa incidiam em um grave equívoco, a saber, o de alegar e procurar demonstrar a pretensa “ilegitimidade de Israel”, como exemplificado pelo livro tendencioso de Cattan sobre a matéria (H. Cattan. *A Palestina e o Direito Internacional*. Curitiba: Graficar, s/d, p. 3-256). A linha de argumentação palestina é hoje de outro teor, mais concentrada em seus próprios títulos e não mais preocupada em negar, como no passado, os de Israel.

19. Em recente *non-paper* que vem de encaminhar ao Itamaraty, intitulado *Bases Jurídicas da Proclamação do Estado Independente da Palestina*, a OLP invoca, de início, os títulos históricos-legais do “povo palestino” reforçados pelas resoluções das Nações Unidas endossando o seu direito à autodeterminação. A seguir, se esforça em demonstrar que se encontram satisfeitos no caso os requisitos da *statehood* (povo, território, governo próprio).

20. Quanto ao elemento territorial, ressalta que o fato de as fronteiras do “Estado Palestino” não se encontrarem definidas em nada afeta a satisfação desse requisito, e lembra que, quando do reconhecimento por vários Estados do novo Estado de Israel, tampouco estavam definidas as fronteiras deste último. Este argumento encontra respaldo no direito internacional: o fato de as fronteiras do novo Estado não se encontrarem definidas nunca constituiu *an impediment in the way of its statehood* (B. Sen, *op. cit.*, p. 412); *le droit des gens se content en effet d'exiger des frontières 'suffisamment' déterminées ou du moins déterminables* (J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 546).

21. A maior parte do *non-paper* da OLP volta-se, no entanto, ao requisito do governo ou sistema normativo próprio. Argumenta a OLP, como “único e legítimo representante do povo palestino”, que quando recentemente o governo do Rei Hussein da Jordânia desligou-se de suas responsabilidades para com o povo palestino dos territórios ocupados (renunciando assim a qualquer reivindicação territorial jordaniana sobre a Cisjordânia), ficou configurado que “a Palestina ocupada não forma parte da Jordânia e os Acordos de Jericó de 1950 perderam sua validade pela decisão do Governo jordaniano”. A OLP tomou as responsabilidades como representante do povo palestino, já livre de qualquer controle do Governo israelense. O que a OLP chama de “função de soberania no Estado” equívale, com efeito, ao que se conhece em direito internacional como princípio da efetividade.

22. Por fim, o Conselho Nacional Palestino delegou ao Comitê Executivo da OLP a responsabilidade de formação de um governo provisório”, quando, na verdade, o que se almeja é a criação de um *Estado* e seu reconhecimento como tal. Há um ponto em que a argumentação da OLP se mostra excessiva e artificiosa, ao distinguir “soberania *no* Estado” (interna) de “soberania *do* Estado” (externa, no plano das relações internacionais). Ora, sabe-se que a soberania, nesta última acepção, é inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto concebida tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados) e como expressão de um poder *interno*, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, inteiramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação, em que todos os Estados são, ademais de *independentes*, juridicamente iguais.

23. O reconhecimento de um Estado *in statu nascendi*, como no caso pretende a OLP, revela a dimensão intertemporal desse instituto de direito internacional. Não há como, no presente caso, invocar a máxima *exinjuria jus non oritur*, ou a doutrina Stimson de não-reconhecimento de situações ilegalmente geradas pela força. Isto porque o direito internacional contemporâneo admite como exceções à proibição do uso da força (consagrada no artigo 2 (4) da Carta das Nações Unidas), além da legítima defesa, a implementação do direito de autodeterminação dos povos, e das medidas coercitivas decididas ou recomendadas pelos órgãos competentes das Nações Unidas. Jaroslav Zourek refere-se a estas situações como “empregos da força autorizados pela Carta das Nações Unidas” (J. Zourek. *L'interdiction de l'emploi de la force en Droit international*. Leiden: Sijthoff, 1974, p. 96-112).

24. Em outro Parecer (CJ/112, de 10.3.1988, p. 1-14, *cit. infra*), tive ocasião de destacar quatro elementos de direito internacional positivo a serem levados em conta na apreciação de uma situação *in statu nascendi* como a presente, a saber: o princípio consagrado no Protocolo I (de 1977) às Convenções de Genebra de Direito Humanitário de 1949 da extensão do direito humanitário aos combatentes dos movimentos de libertação nacional; a elevação da OLP, mediante a Resolução nº 3.237 (XXIX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, à categoria de “observador” nos trabalhos e debates das Nações Unidas e de conferências internacionais convocados sob seus auspícios; o abrigo encontrado em certas Convenções, de codificação (de Viena) por “delegações de observação”, de movimentos de libertação nacional; as “brechas” ou situações nebulosas no escopo de aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, de modo a acomodar casos especiais (cf. *ibid.*, p. 5-9). Como se vê, há outros elementos estritamente jurídicos, não invocados pela OLP em seu *non-paper*, que respaldam a trajetória histórica da causa do movimento palestino.

VI. Situação Jurídica da Representação Palestina no Brasil

25. Resta, enfim, examinar a questão da situação jurídica da representação palestina no Brasil. A formação de uma posição brasileira a respeito, consentânea com a realidade dos fatos e ao amparo do direito internacional, afigura-se de todo urgente, ante a iniciativa – apoiada pelo

Brasil – de convocação de Conferência Internacional de Paz para o Oriente Médio, com a participação (de forma a ser definida) de representantes do povo palestino.

26. Em meu Parecer anterior, CJ/112, intitulado “Análise da Situação Jurídica da Representação da Organização para a Libertação da Palestina no Brasil”, de 10 de março de 1988, detectei, no exame da prática dos Estados, certas iniciativas tomadas há cerca de um ano, com destaque para três: o “modelo espanhol”, de escritório de representação da OLP desfrutando de certos privilégios diplomáticos a ele estendidos graciosamente; o “modelo austríaco”, de representação da OLP com *status* diplomático como “observador junto a organismo internacional”, e o “modelo boliviano”, com estatuto de representação da OLP gozando de determinados privilégios oficializados mediante acordo. Referi-me ainda a projeto de protocolo entre a Turquia e a OLP, mediante o qual a representação da OLP seria erigida em Embaixada e o Chefe da Missão seria “Embaixador sem antigüidade”. Destaquei ademais a *práxis* então seguida em Madri e Viena: comunicação da nomeação e cessação das funções do representante da OLP ao próprio MRE (e não à Presidência da República), inclusão na lista diplomática em categoria especial intitulada “outras representações”, concessão de determinados privilégios e imunidades em base *ad hoc* (*op. cit.*, p. 1-5). Observei que o Brasil se alinhava com a Itália e a França em outorgar *status* diplomático à representação da OLP, mas sem autonomia de missão.

27. Ainda no Parecer CJ/112, de 10.3.1988, supracitado, ponderei que, do exame cuidadoso dos fatos, ainda não era chegado o dia para o reconhecimento pelo Brasil de missão diplomática autônoma, de *status* diplomático pleno, à representação palestina no Brasil, o que só poderia ser *decorrência natural de futura constituição de um Estado palestino* (*ibid.*, p. 13). Poderia o Itamaraty – acrescentei – buscar, no plano multilateral, que isto ocorresse, com o seu concurso, em futuro próximo, – mas àquele momento (março de 1988) poder-se-iam, em nível bilateral, contemplar concessões *ad hoc*, à semelhança do que vinha sendo feito em Madri e em Viena em relação à representação local da OLP (*ibid.*, p. 13-4).

28. Assim como, no campo do direito internacional público, o reconhecimento internacional (reconhecimento de situações) se mostra em nossos dias como instituto de caráter multiforme e diversificado (*supra*), no campo do direito diplomático o mesmo ocorre com a chamada diplomacia

ad hoc, atualmente em plena expansão. Há hoje, em relação a esta, uma tendência à diversificação (e.g., enviados itinerantes, missões especiais, delegados a conferências internacionais, *bureaux* permanentes e temporários); é virtualmente impossível extrair do domínio – pouco explorado – da diplomacia *ad hoc* regras inequivocamente costumeiras (Philippe Cahier. *Le Droit diplomatique contemporain*. 2ª ed., Genève: Droz, 1964, p. 361-372).

29. Assim sendo, por analogia com as delegações permanentes junto a organismos internacionais (*cf. ibid.*, p. 414-5 e 424-5), poder-se-ia talvez cogitar de uma “Delegação Palestina” no Brasil (com termos de referência equiparáveis aos do atual Escritório da OLP no Brasil); o estabelecimento de tal Delegação, resultante de iniciativa unilateral, prescindiria – distintamente do que ocorre com as Missões diplomáticas – do elemento da reciprocidade. Mesmo assim, além de gozar de certos privilégios e imunidades diplomáticas (estatuto privilegiado de seus agentes), tal Delegação acarretaria tendência a uma assimilação ao *status* de Missão diplomática, tendência esta que poderia desenvolver-se ao mesmo ritmo do da consolidação do novo Estado Palestino.

30. Não há de passar despercebido que a França, cuja posição sobre a matéria há cerca de um ano era equiparável à do Brasil (*supra*), evoluiu recentemente em seu enfoque ao anunciar sua intenção de elevar o nível da representação da OLP em Paris, passando a considerá-la “Delegação Geral da Palestina” (analogamente à representação de Quebec e da Coréia do Norte); tal mudança de atitude, ainda que simbólica, traduziria a vontade da França de reconhecer o fato político da proclamação de um Estado Palestino Independente, ainda que não se equiparasse a um ato de reconhecimento do Estado como tal, por não corresponder à “jurisprudência da França” reconhecer um Estado *qui ne dispose pas d'un territoire défini* (telegramas 1.400, de 17.11.1988, e 1.402, de 18-11.1988).

31. Acrescente-se que, ainda há pouco, por ocasião dos debates do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre o caso da derrubada dos aviões líbios, em janeiro de 1989, o Brasil votou favoravelmente à pretensão do Observador Permanente da Palestina de participar dos referidos debates como Delegação Palestina (autônoma), – tanto que encaminhou a solicitação ao Presidente do Conselho de Segurança diretamente, e não através de Estadomembro (telegrama 030, de 12.1.1989). Fatos como este sugerem a

necessidade de um reexame do nível de representação diplomática da Palestina, a exemplo do já realizado em vários países.

32. Em meu Parecer CJ/112, supracitado, de março do ano passado, adverti para o fato de que o direito diplomático não constitui ordenamento fechado ou rígido, e de mostrar-se aberto a soluções e realidades novas, *in statu nascendi*. Recordei que, durante a Conferência de Viena de que resultou a Convenção sobre Relações Diplomáticas de 1961, a Delegação da Dinamarca insistiu (em relação ao dispositivo que veio a tornar-se o artigo 19 (2) da referida Convenção) na figura do chamado “encarregado dos negócios” (*chargé des affaires*) – diferenciado do “encarregado de negócios” (*chargé d'affaires*) – como (na ausência de diplomatas) um *administrador* da representação, sem *status* de Chefe de Missão e desprovido de funções políticas, investido de atribuições “quase-diplomáticas”.

33. Talvez a malograda emenda dinamarquesa de 1961 pudesse servir de subsídio a inspirar a questão da reconsideração da situação jurídica da representação palestina no Brasil. Estes os elementos jurídicos que, a meu ver, poderiam nortear o processo de eventual tomada de posição do Itamaraty sobre a matéria. Ainda que não atribuindo no momento à representação palestina no Brasil o tratamento de Embaixada, ainda que não reconhecendo o Estado Palestino como tal (pendente a indefinição territorial e por ainda não ter sido oficialmente constituído o “Governo provisório” palestino), a solução de direito diplomático aqui proposta, alicerçada nos fundamentos de direito internacional público acima expostos, permitiria ao Brasil, não obstante, manifestar o seu reconhecimento da nova situação e de um Estado *in statu nascendi*.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 2 de março de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Processualística dos Atos Internacionais. Acordos Internacionais e Ajustes Complementares. Competências dos Poderes Executivo e Legislativo; Negociação pelo Executivo; Aprovação Parlamentar. Artigo 49(I) da Constituição Brasileira de 1988.

PARECER

Fundamentação Jurídica da Prática Constitucional do Itamaraty em Matéria de Celebração de Acordos Internacionais

Sumário: I. Introdução: Identificação do Problema e Posição do Itamaraty. II. A Inovação do Artigo 49(I) da Constituição Brasileira de 1988: Crítica. III. Histórico Legislativo do Artigo 49(I) da Constituição Brasileira de 1988. IV. Observações Finais e Conclusões.

I. Introdução: Identificação do Problema e Posição do Itamaraty

A Subchefia para Assuntos de Ação Governamental do Gabinete Civil da Presidência da República vem de encaminhar nota de sua Subchefia para Assuntos Jurídicos determinando – com base em arrazoado de seu Coordenador – que se submeta previamente ao exame do Congresso Nacional a Ata de Retificação do IX Protocolo Adicional ao Acordo Comercial nº 21 (subscrito entre Brasil, Chile, México e Uruguai), celebrada no âmbito da ALADI. Esse entendimento choca-se com o do Itamaraty, para quem os

instrumentos congêneres firmados na ALADI não têm sido levados ao prévio escrutínio congressional, por serem tidos como simples atos implementadores do Tratado de Montevideu de 1980. Pensar de outra forma, pondera o Senhor Chefe da Divisão de Atos Internacionais (DAI) do MRE, equivaleria a erigir um entrave burocrático que poderia talvez “até inviabilizar a ação política e econômica do Brasil na região”.

2. A questão é apenas uma manifestação de um problema bem mais amplo, qual seja, o da aparente disposição do Congresso Nacional em fazer-se ouvir na elaboração de todo e qualquer tipo de instrumento internacional. O Itamaraty não se preocupa com a prerrogativa congressional *per se*, porquanto sempre se ateu ao princípio da prévia aprovação parlamentar de tratados; o que se lhe afigura inquietante é a possibilidade de excessos na aplicação daquele princípio: os arquivos da DAI do MRE revelam a considerável morosidade dos parlamentares em examinar e eventualmente aprovar os textos apresentados. Em diversos casos teve-se que esperar três, quatro, ou mais anos, para poder implementar as ações e iniciativas do MRE. Se a aplicação do princípio em tela tivesse tamanho alcance e se estendesse a todo e qualquer instrumento internacional, instalar-se-ia – na advertência da DAI do MRE – uma situação caótica e de verdadeira paralisia do campo próprio de ação do Itamaraty. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores o exame da matéria, com vistas a possível solução.

3. O Itamaraty sempre teve o cuidado de, à luz dos preceitos constitucionais, desenvolver sua prática em matéria de celebração de acordos internacionais em harmonia com o Congresso Nacional. As distorções nesta área (particularmente no tocante ao endividamento externo do país) provieram de interpretações emanadas de outros órgãos (o setor econômico) do Poder Executivo; em contrapartida, a compreensível reação congressional de hoje gera o risco da criação de obstáculos indevidos e ingerências na condução – privativa do Executivo – da ação exterior do Estado no tocante à execução de atos internacionais.

4. Por entender que a *prática constitucional* do Itamaraty sobre a matéria em nada se afasta da de inúmeros outros Estados democráticos, e *precisamente por assim o entender*, em várias ocasiões, atendendo a consultas diversas, detectei e busquei esclarecer os seus fundamentos, inclusive no decorrer dos prolongados trabalhos preparatórios da última Assembléia Nacional Constituinte (*infra*). À *prática constitucional* do MRE também

me referi, como Delegado do Brasil, na Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais em 1986; ao fazê-lo, destaquei o *general principle of parliamentary approval of treaties* assim como a *practice ensuing therefrom* (ONU, doc. A/CONF. 129/SR. 5, de 20.3.1986, p. 12). Meu Parecer CJ/31, de 17 de julho de 1986, sobre a questão do exercício de atividades remuneradas por cônjuges de diplomatas, abriu caminho, após consultas aos órgãos governamentais competentes (Ministérios da Fazenda, do Trabalho e da Justiça), para a celebração de acordos simplificados sobre a matéria com o Canadá, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, ao abrigo da própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (artigo 47 (2)(b)).

5. No decorrer dos trabalhos preparatórios da última Assembléia Nacional Constituinte, em inúmeras ocasiões forneci subsídios jurídicos, que foram transmitidos a alguns constituintes, de modo a que os dispositivos pertinentes do novo texto constitucional se mostrassem sensíveis às necessidades e justas expectativas do Itamaraty (cf. Informações MRE – CJ/05, de 14.5.1987; CJ/66, de 18.5.1987; CJ/67, de 22.5.1987; CJ/68, de 22.5.1987; CJ/70, de 1.6.1987; CJ/75, de 25.6.1987; CJ/76, de 27.6.1987; CJ/77, de 2.7.1987; CJ/85, de 28.8.1987; CJ/86, de 2.9.1987). Se os constituintes de 1988 deixaram de redatar dispositivos sobre a matéria mais evoluídos e mais sensíveis às necessidades da Chancelaria brasileira, não foi por falta de oportunidade de se inteirarem da prática internacional moderna a respeito, e tampouco por falta de iniciativa do Itamaraty de informá-los e conscientizá-los a respeito.

6. Em outra ocasião, em longo Parecer (CJ/111, de 3.3.1988), tive o cuidado de *inter alia* advertir que se me afigurava “como ditame da prudência e sensato modo de proceder, na celebração de acordos em forma simplificada, que se lance mão, preferencialmente, do uso da nota diplomática” – ao invés da nota verbal, – “como forma assecuratória, inclusive, da coibição de possíveis excessos e da eventual averiguação de responsabilidades”. As numerosas consultas que sobre a matéria me foram formuladas pela Casa e o modo como minhas ponderações foram por ela acatadas, revelam a preocupação e o zelo com que o Itamaraty tem buscado fundamentar sua prática constitucional a respeito.

7. Como coibir ou evitar os excessos, seja do Executivo (como no *ancien regime*), seja do Legislativo (como em algumas ocasiões recentes)? Através de melhor conhecimento e compreensão da matéria. Há um amplo

espaço, neste domínio, para uma atuação *conjunta e harmônica* dos poderes Executivo e Legislativo. Em resposta a quatro outras consultas (dois Pareceres e duas Informações), expus exaustivamente a fundamentação jurídica do que tem constituído a prática constitucional do Itamaraty em matéria de coordenação entre o Executivo e o Legislativo na celebração de acordos internacionais, a saber:

a) Informação CJ/05, “A Questão da Aprovação pelo Legislativo de Atos Internacionais”, de 21.10.1985;

b) Informação CJ/27, “A Participação do Poder Legislativo no Processo de Celebração de Acordos Internacionais”, de 27.06.1986;

c) Parecer CJ/54, “O Equilíbrio e a Coordenação entre os Poderes Executivo e Legislativo na Processualística dos Atos Internacionais”, de 13.2.1987;

d) Parecer CJ/114, “Acordos Internacionais: As Atribuições Distintas de Negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo”, de 24.3.1988.

Por sua pertinência direta ao exame do presente aspecto da questão em apreço, os quatro textos supracitados encontram-se reproduzidos integralmente a seguir, como anexos ao presente Parecer.

8. Se os Pareceres do Consultor Jurídico do MRE fossem publicados regularmente – como o são os dos Consultores Jurídicos de *todos os demais Ministérios*, – facilitando assim a consulta, não haveria razão para tanta inquietação e apreensão, não só por já ter sobre o ponto em apreço me pronunciado exaustivamente em inúmeros Pareceres e Informações anteriores (*supra*), como ademais por ser a questão que hoje se levanta sob os artigos 49(I) e 84(VIII) da Constituição de 1988* *essencialmente a mesma* que a que até recentemente se levantava sob os artigos 44(I) e 81(X) da Constituição anterior. O que surge de novo é um

* – Constituição Brasileira de 1988, artigo 49(I):

– “É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

– resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

– Constituição Brasileira de 1988, artigo 84(VIII):

– “Compete privativamente ao Presidente da República:(...)”

– celebrar tratados, Convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

outro aspecto, qual seja, o da exegese do artigo 49(I) da nova Constituição, que reedita – e agrava – as imprecisões dos textos constitucionais do passado; os constituintes da 1988 perderam a ocasião histórica – não por falta de oportunidade – de dar à matéria um tratamento constitucional mais evoluído, a exemplo do encontrado em Constituições recentes de outros Estados democráticos. Senão vejamos.

II. *A Inovação do Artigo 49(I) da Constituição Brasileira de 1988: Crítica*

9. Em estudo recente e inédito sobre o tema (A Conclusão dos Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1987-1988) – no prelo), José Sette Câmara observa que os cem anos de história constitucional do Brasil republicano revelam uma “coerência inegável” na adoção do sistema de controle congressual *a posteriori* no tocante a tratados; a par do *princípio geral da aprovação parlamentar de tratados*, Sette Câmara refere-se a uma regra *costumeira*, com ele compatível, segundo a qual “o Executivo é tacitamente autorizado a concluir acordos administrativos ou acordos em forma simplificada” independentemente de intervenção do Legislativo em determinados casos. Pondera ele que as controvérsias se confinam ao campo da doutrina, pois, *na prática*, a conclusão dos chamados acordos executivos, “que é freqüente e abundante, jamais gerou oposição do Legislativo”, “jamais houve contestação entre os poderes do Estado a respeito desse ponto”. Ao alinhar-se, no plano doutrinário, sobre a matéria, à corrente de Accioly e opor-se à de Valladão (tida esta como “de interesse puramente acadêmico”), o Embaixador Sette Câmara fulmina:

O fato é que se consolidou uma norma costumeira que legitimou os acordos executivos ao longo de quase um século de uma prática constante e coerente, sem que jamais o Legislativo contestasse a iniciativa do Poder Executivo na conclusão, promulgação e publicação de acordos em forma simplificada, sem a sua concomitante aprovação. O silêncio complacente do Congresso afasta qualquer dúvida sobre a legalidade do processo de conclusão de acordos executivos sem necessidade de aprovação legislativa.

10. O autor atém-se à “substância” dos acordos ao longo de sua argumentação. Enfim, não poupa críticas à formulação do artigo 49 (I) da Constituição Brasileira de 1988, e não apenas pela infeliz repetição – em relação a textos constitucionais anteriores – da expressão “resolver definitivamente”: no entender do Juiz Sette Câmara, o artigo 49 (I) da Constituição de 1988, ao acrescentar, como “inovação curiosa”, a qualificação de atos internacionais “que acarretem ‘encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional’”, pareceu “afastar-se da regra tradicional” de que todos os tratados ficam submetidos a prévia aprovação parlamentar para fins de ratificação. Ademais do sentido vago de “encargos e compromissos gravosos”, a referida qualificação, visando aparentemente “limitar a liberdade do Executivo para a conclusão de acordos na área financeira internacional”, operou curiosamente uma brecha ou “quebra radical da tradição republicana”, ao “presentear” o Executivo com a “liberdade ampla de ratificar sem referendo do Congresso Nacional qualquer tratado que não envolva ‘encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional’”. O referendo congressual, previsto no artigo 84 (VIII) da nova Constituição, ficaria restrito a esta última categoria de tratados. A Constituição de 1988, que neste particular não prima pela boa técnica jurídica, ao visar aqui o fortalecimento do Legislativo, acabou por enfraquecê-lo, no entender de Sette Câmara.

III. *Histórico Legislativo do Artigo 49(I) da Constituição Brasileira de 1988*

11. Tendo em mente as considerações acima, conviria desvendar o histórico legislativo da inovação do artigo 49 (I) da nova Constituição Brasileira. Nos termos do artigo 84 (VIII) da Constituição de 1988, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, Convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Este, por sua vez, segundo o artigo 49(I), tem competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que *acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*.

12. A frase em destaque, de formulação um tanto vaga ou imprecisa, foi acrescentada à redação do referido artigo constante do primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, através

de emenda do Deputado Otavio Elísio (PMDB-MG). Acolhida com Parecer favorável do relator, tal emenda visava, segundo sua justificativa, modificar especificamente a situação de aprovação *dos compromissos de endividamento externo do país*, até então não sujeitos à aprovação legislativa (Cf. Emenda ES23.587-7).

13. A partir daí, o texto do dispositivo constitucional citado manteve tal redação (artigo 55(I) do segundo substitutivo, artigo 59(I) do terceiro substitutivo, artigo 50(I) do Projeto aprovado no primeiro turno – Projeto B – e, finalmente, art. 49(I) do Projeto C, aprovado no segundo turno, que continuou como mesmo número na redação final). O Senador Roberto Campos, entretanto, por duas vezes tentou suprimir a dita frase da redação do referido dispositivo, ambas as vezes sob a alegação de que determinados atos internacionais “requerem pronta deliberação, não podendo ficar no aguardo de uma autorização do Congresso”. O Senador Roberto Campos visava, assim, também, evitar a interrupção do processo enquanto fosse esperada a autorização congressual a determinadas operações de crédito: crédito de fornecedores e financiamentos de importações e exportações. Sua primeira emenda, de 13.1.1988, foi rejeitada em nome do “interesse nacional” pelo relator; embora a segunda emenda, de 11.7.1988, tenha sido aprovada, emenda posterior do Deputado Carlos de Carli, de 16.9.1988, fez retornar o texto em espécie.

14. Pelo que, daí conclui-se que, não obstante o texto do artigo 84 (VIII) tivesse expresso “firmar acordos, empréstimos e obrigações externas, *ad referendum* do Congresso Nacional”, no projeto aprovado pelas comissões técnicas, a redação combinada de ambos os dispositivos no texto aprovado da Constituição de 1988 indica ter tido como objeto os *compromissos decorrentes da dívida externa do país*, especificamente.

15. Ora, – se se permite uma breve observação extrajurídica, – o processo de endividamento externo do país tem sido um processo, como se sabe, de cujo desenvolvimento, a propósito, *não* participou o Itamaraty. A prática constitucional do MRE atinente à celebração de atos internacionais *não* se afasta da dos países *democráticos* da Europa ocidental sobre a matéria. A vivência plena do regime democrático se alcança e se assegura sobretudo pelo próprio aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições democráticas como um todo (inclusive e particularmente do próprio Poder Legislativo em nossos dias).

IV. *Observações Finais e Conclusões*

16. Aos argumentos desenvolvidos por Sette Câmara, acima aludidos, na linha do pensamento “internacionalista” sobre a matéria, de Hildebrando Accioly, Levi Carneiro, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, João Hermes Pereira de Araújo e Celso de Albuquerque Mello, – talvez se possa aduzir um outro: enquanto o artigo 84(VIII) da Constituição de 1988 refere-se a “tratados, Convenções e atos internacionais”, o artigo 49(I) fala de “tratados, Convenções ou atos internacionais” (com a qualificação já ressaltada, *supra*). Assim, os constituintes de 1988, ao inserirem no artigo 49(I) da Constituição a expressão “atos internacionais” precedida de “ou”, teriam tido em mente os “atos internacionais” equiparáveis por sua matéria e substância aos “tratados” e “convenções”, e não evidentemente todo e qualquer expediente do Ministério das Relações Exteriores em seus contatos por escrito com as Chancelarias de outros países.

17. Mas será que os constituintes de 1988 sabiam real e claramente o que eles próprios tinham em mente ao aprovarem o artigo 49(I) da nova Constituição com sua redação definitiva e final? Cabe a eles a resposta. Não é dever do Itamaraty “dar cumprimento administrativo às obrigações dos tratados” (para fazer uso da expressão de Hackworth, ex-Presidente da Corte Internacional de Justiça, em seu *Digest of International Law*)? Não seria uma desconsideração para com o Congresso onerá-lo com todos e quaisquer ajustes relativos a acordos já por ele aprovados, que a estes dê tão-somente execução, sem revisá-los ou modificá-los? Se o Congresso insistir em sustentar posição contrária haverá então ele – que mal encontra tempo para examinar os “tratados e Convenções” submetidos ao seu crivo – que assumir a responsabilidade pelas conseqüências de sua atitude.

18. Tão infeliz, pelas razões já apontadas, quanto a redação do artigo 49(I) da Constituição de 1988, afigura-se o brevíssimo arrazoado do Coordenador da Subchefia para Assuntos Jurídicos do Gabinete Civil da Presidência da República (*supra*), que simplesmente se exime de examinar a matéria em seus múltiplos aspectos e implicações, parecendo contentar-se com a citação dogmática e autoritária de um único livro para formar sua “convicção”. Insisto em que a prática constitucional do MRE sobre a matéria em tela se coaduna com a dos demais Estados democráticos, e compartilho a unanimidade da opinião pública nacional de nossos dias no sentido de que

a garantia e o fortalecimento da vivência do regime democrático hão de começar pelo auto-aperfeiçoamento do próprio Poder Legislativo.

19. Poucos elementos têm gerado efeitos tão negativos e deletérios ao desenvolvimento de determinadas áreas do direito internacional (e.g., os direitos e garantias individuais no plano internacional) quanto o pensamento pseudo-“constitucionalista” simplista e hermético, o mesmo que não hesita em transformar-se em instrumento do poder fazendo abstração do regime a que serve. Importa reduzir a distância ou brecha entre as óticas “internacionalista” e “constitucionalista”, e insistir não em um ritual mecânico de tramitação de expedientes, vazio e desprovido de todo valor jurídico, mas antes em uma ação coordenada e harmônica entre os Poderes Executivo e Legislativo na celebração de acordos internacionais, em observância e cumprimento do princípio da prévia aprovação parlamentar dos tratados.

20. Vejo-me, enfim, na impossibilidade de endossar as duas sugestões práticas e de caráter provisório avançadas pela Divisão de Atos Internacionais (DAI) do MRE (*Memorandum* DAI/08, de 23.2.1989): a “adoção, mais ou menos sistemática, da cláusula de vigência provisória” de acordos não encontra respaldo em nosso direito interno e se chocaria com nossa tradição constitucional; o “encaminhamento dos instrumentos internacionais por meio de entidades não-governamentais” levantaria a questão do poder de *treaty-making* destas últimas. Como já ponderei, verbal e informalmente, ao Senhor Chefe da DAI, ambas propostas, além de paliativos, gerariam o risco de criarem mais problemas que soluções. Recomendo, assim, que o Itamaraty, por intermédio de sua Secretaria de Relações com o Congresso (SRC), se empenhe em negociar com as lideranças do Congresso Nacional, como já se logrou anteriormente, fórmula pela qual ajustes complementares de que possa resultar *revisão ou modificação* de determinado acordo já aprovado pelo Legislativo ficam sujeitos à aprovação do Legislativo, – com base nos fundamentos jurídicos contidos neste Parecer e nos Pareceres e Informações anteriores, em anexo.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 3 de abril de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

- Anexos:* – Informação CJ/05, de 21.10.1985;
– Informação CJ/27, de 27.6.1986;
– Parecer CJ/54, de 13.2.1987; e
– Parecer CJ/114, de 24.3.1988.

Participação do Legislativo na
Celebração de Tratados. Acordos por
Troca de Notas, Acordos em Forma
Simplificada. Ressalvas a Atos
Internacionais em Vigor.

Anexos

Informação para o Senhor Ministro de Estado

A Questão da Aprovação pelo Legislativo de Atos Internacionais

A Comissão Interpartidária para Elaboração de Proposta de Emenda à Constituição Restabelecadora da Competência e das Prerrogativas do Congresso Nacional vem de retomar, em documento circulado em 10 de outubro último, o tema clássico do papel do Legislativo no processo de celebração de tratados internacionais. Sugere a Comissão Interpartidária a seguinte redação para o artigo 44(I) da Constituição Federal:

É da competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, Convenções, ajustes e demais atos internacionais que, direta ou indiretamente, obriguem a União.

A consideração de participação do Legislativo na celebração de tratados não poderá fazer abstração do processo de acordos por troca de notas, dos chamados acordos em forma simplificada, e da questão das ressalvas a atos internacionais vigentes.

2. Consoante a teoria e prática do direito internacional, distinguem-se os acordos por troca de notas dos tratados em suas formas clássicas por tratarem, sobretudo, de matéria de importância limitada ou secundária, via de regra de natureza administrativa. O *Tratado* de Accioly, por exemplo, registra casos de compromissos em que não se exige a ratificação (H. Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2ª ed., v. I, Rio de Janeiro, 1956, p. 576-77 e 598-99), mas não se detém ou aprofunda no ponto dos acordos por troca de notas. A questão registrada por Accioly, já em meados da década de 1950, refletia prática que se difundia em diversos Estados (cf., para a prática norte-americana, e.g., E. M. Byrd Jr., *Treaties and Executive Agreements in the United States – Their Separate Roles and Limitations*. The Hague: M. Nijhoff, 1960. p. 1-204).

3. Em Parecer de 7 de fevereiro de 1947, o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Levi Carneiro, opinou que os acordos por troca de notas reversais se referem a assuntos de “menor importância, de ordem administrativa, ou de simples execução de leis anteriores” três anos depois, o mesmo Levi Carneiro foi mais além: em Parecer de 27 de fevereiro de 1950, ao referir-se aos “casos verdadeiramente excepcionais” de acordo – de “menor importância” – celebrados por simples troca de notas, advertiu que

quaisquer que sejam as facilidades e as vantagens decorrentes da simples troca de notas, parece-me que nós devemos desabituar dessa prática, de que se tem abusado, e restringi-la aos casos em que é cabível sem ulterior pronunciamento do Congresso.

Este último não é exigido apenas porque os tratados têm força de lei, mas também e principalmente – arrematou – porque “criam obrigações com outros Estados”.

4. No Brasil, já no período de vigência da Constituição de 1946 acirrou-se polêmica entre os que sustentavam a obrigatoriedade de aprovação pelo Legislativo de todos os atos internacionais acordados pelo Executivo e

os que admitiam a validade de determinados atos internacionais concluídos tão-somente pelo Executivo independentemente de aprovação do Congresso Nacional. Nas últimas décadas o Itamaraty inclinou-se em favor desta última corrente, admitindo a dispensa de aprovação do Congresso Nacional de acordo – por troca de notas ou outra forma – que *tenha sido autorizado por, ou constitua execução de, outro anterior, devidamente aprovado e que não o modifique*, a exemplo dos chamados ajustes ou acordos complementares (MRE/Divisão de Atos Internacionais, *Atos Internacionais – Prática Diplomática Brasileira; Manual de Procedimentos*. Brasília: MRE, 1984, p. 5 e 14). O fenômeno não se tem restringido à prática do Brasil, e tem nas últimas décadas encontrado paralelo na prática de outros Estados, acentuada nesse particular já nos anos 60.

5. O referido *Manual de Procedimentos* do Itamaraty relativo à prática diplomática brasileira em matéria de atos internacionais observa que os acordos por troca de notas distinguem-se dos tratados em suas formas clássicas por tratarem,

sobretudo, de matéria secundária, via de regra de natureza administrativa. Em vez de transcreverem, em instrumento formal, o resultado de suas negociações, as partes adotam para expressar seu acordo de vontades a forma de notas diplomáticas (*op. cit.*, p. 5).

O processo de acordos por troca de notas, utilizadas principalmente em relação a “assuntos de importância limitada ou secundária”, versando “matérias secundárias, administrativas”, “teórica e praticamente não se justifica”, porém, “para concretizar tratados que exigem ratificação. Nesses casos, é mais conveniente utilizar as formas clássicas dos tratados” (João Hermes Pereira de Araújo, *A Processualística dos Atos Internacionais*, Rio de Janeiro: MRE, 1958, p. 300-1).

6. A preocupação subjacente a toda esta matéria volta-se à necessidade de preservação da independência e harmonia entre os poderes da União ante um possível comprometimento do equilíbrio constitucional do sistema de distribuição de poderes operado por ato que importaria ingerência de um dos poderes em domínio constitucionalmente reservado a outro.

7. No tocante a ressalvas a atos internacionais vigentes, observe-se que o direito internacional, no curso de sua evolução, propiciou a cristalização

de uma série de procedimentos distintos para a expressão de consentimento do Estado na conclusão de tratados – aceitação, assinatura, aprovação, ratificação, adesão, formulação de reservas (quando da assinatura ou ratificação) – de modo a possibilitar aos governos levar em devida conta os requisitos constitucionais e de ordem interna e refletir exaustivamente sobre o tratado antes de decidir tornar-se parte contratante. Na pertinente advertência a respeito da Comissão de Direito Internacional da ONU, que merece ser aqui reproduzida.

When a treaty has been made subject to ratification, acceptance or approval, the negotiating States would seem to have done all that can reasonably be demanded of them in the way of taking account of each other's constitutional requirements. It would scarcely be reasonable to expect each Government subsequently to follow the internal handling of the treaty by each of the other Governments, while any questioning on constitutional grounds of the internal handling of the treaty by another Government would certainly be regarded as an inadmissible interference in its affairs. (Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, adopted by the International Law Commission. In: United Nations Conference on the Law of Treaties – Official Records, Documents of the Conference (1968-1969), p. 61).

Com efeito, um levantamento, desde a época da Sociedade das Nações, da prática dos Estados sobre este ponto, revela que em casos em que um Estado tentou questionar as condições de vigência de um tratado por razões de ordem interna ou constitucional os argumentos nesse sentido não foram aceitos pelas outras partes contratantes.

8. Seja-me permitido aqui recordar que o dispositivo da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 relativo à impossibilidade de invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado não constava originalmente do projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional que serviu de base à referida Convenção, pois se acreditava que o princípio pertencia antes ao domínio da responsabilidade do Estado embora relevante também ao direito dos tratados; somente na própria Conferência de Viena foi o dispositivo inserido no projeto de Convenção mediante emenda da Delegação do Paquistão.

9. A jurisprudência internacional desenvolveu, a partir da década de 1920, a tese de que, do ponto de vista do direito internacional, as leis internas são simples *factos* que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados; casos houve em que se configurou efetivamente a responsabilidade internacional dos Estados por atos do Legislativo. Em 1931 a Corte Permanente de Justiça Internacional chegou mesmo a afirmar que *a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force* (Série A/B, nº 44, p. 24).

10. É difícil evitar a impressão de que na maior parte dos incidentes diplomáticos, em que Estados invocaram dificuldades de ordem interna ou constitucional, pondo em risco a segurança dos tratados, na verdade buscavam os Estados, *por razões bem diferentes*, escapar de suas obrigações convencionais. A posição em relação a atos internacionais *em vigor* é, pois, clara (cf. *supra*); a participação do Legislativo dá-se no processo de celebração de tratados e ao Congresso cabe fazer valer suas possíveis apreensões em relação a um determinado acordo no *momento devido*, i.e., à época da assinatura e aprovação de tal ato. O fator *tempo* está subjacente a todo o capítulo do direito internacional relativo aos tratados internacionais, no qual exerce importância capital (cf. Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. *Le facteur temps et les traités*, 154 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1977, p. 221-91).

11. Decretos legislativos (ou emendas) atinentes a diversos acordos internacionais têm consagrado fórmula negociada recentemente pelo Itamaraty com as lideranças do Congresso, no sentido de que “quaisquer atos ou ajustes complementares, de que possam *resultar revisão ou modificação do presente Acordo*, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional”. Pretender que todos e quaisquer atos devam indistintamente ser submetidos à aprovação do Legislativo poderia comprometer o equilíbrio constitucional do sistema de distribuição de poderes por ingerência do Legislativo em domínio constitucionalmente reservado ao Executivo.

12. São por demais conhecidas as distinções entre os procedimentos relativos a conclusão de tratados nos diversos países (cf. United Nations. *Laws and Practices concerning the Conclusion of Treaties*. NY: 1953, p. 3-138). A consagração e difusão nas últimas décadas da prática de conclusão de acordos em forma simplificada (*accords en forme simplifiée, executive*

agreements) – para assuntos de menor transcendência – tem dado margem a incertezas em vários países, inclusive o Brasil. Como resposta em curto prazo a inquietações, já se sugeriu entre nós a introdução de emenda à Constituição que, a par de reconhecer o princípio básico da obrigatoriedade de aprovação pelo Legislativo dos atos internacionais acordados pelo Executivo, enumerasse, no entanto, restritivamente os atos internacionais dispensados de prévia aprovação do Legislativo, com a determinação de que fossem estes levados ao conhecimento do Congresso assim que celebrados. Aparentemente os expedientes hoje existentes, de solicitação de informações pelo Congresso ou convocação do Ministro das Relações Exteriores, não são considerados suficientes ou satisfatórios pelo Legislativo.

13. O recente projeto de carta do MRE à Comissão de Estudos Constitucionais prevê, a par do princípio geral da competência exclusiva do Congresso Nacional para aprovar os tratados internacionais celebrados pelo Executivo, os casos em que – restritivamente – a aprovação do Legislativo estaria dispensada (i.e., para atos que visem tão-somente a executar ou interpretar obrigações ou direitos estabelecidos em tratados anteriores, ou que ajustem a prorrogação de tratados, ou de natureza administrativa). Nestes casos, o Executivo poderia comprometer-se a notificar o Legislativo da celebração e conteúdo de tais atos, assim que concluídos, inaugurando nova era de cooperação entre os dois Poderes no tocante à processualística de atos internacionais. Esta fórmula, salutar, viria, a um tempo, a resguardar a área constitucionalmente reservada ao Executivo, atender os anseios compreensíveis do Legislativo e acolher a realidade do dinamismo da prática contemporânea do Estado sobre a matéria.

Brasília, 21 de outubro de 1985.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Processualística dos Atos Internacionais. Questão da Aprovação do Congresso Nacional. Atos ou Ajustes Complementares.

Informação para o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores

A Participação do Poder Legislativo no Processo de Celebração de Acordos Internacionais

A questão da processualística dos atos internacionais volta, não surpreendentemente, a suscitar dúvidas e incertezas, a exemplo de duas consultas que vêm de ser-me encaminhadas pelo Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores. Dizem elas respeito ao teor de recentes decretos legislativos de aprovação de textos de atos internacionais. É sabido que, por nossa atual Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, Convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional (artigo 81 (X)), o qual detém competência exclusiva para resolver definitivamente sobre os tratados, Convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República (artigo 44 (I)).

2. A moderna prática dos Estados, a que não faz exceção a do Brasil, tem se orientado no sentido de que atos ou ajustes complementares ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional sempre que resultarem em revisão ou modificação da Convenção original aprovada (e.g., atos de “alcance político” e, no âmbito administrativo, os de natureza tributária ou os que impliquem em compromisso financeiro); os demais recaem na competência constitucional regulamentar do Poder Executivo. Pela recente emenda de

plenário ao Projeto de Decreto Legislativo nº 97 de 1985, que aprova o texto da Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares de 1963, “quaisquer atos ou ajustes complementares de que possam resultar revisão ou modificação da presente Convenção ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional”. Tal dispositivo, a exemplo dos decretos legislativos anteriores, reflete, pois, a orientação seguida pelo Itamaraty na matéria.

3. Em ocasiões recentes, porém, o Congresso Nacional tem ido mais além. Pelo Projeto de Decreto Legislativo nº 104-C, de 1985, que aprova o Acordo de Cooperação Técnica, Científica e Tecnológica entre Brasil, e República Dominicana de 1985 (§ único), “ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos de que possam resultar implementações deste Acordo, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes operacionais complementares”. Pelo Decreto Legislativo nº 09, de 1986, que aprova o texto do Acordo de Cooperação em Ciência e Tecnologia entre Brasil e Estados Unidos de 1984 (§ único), “são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos de que possam resultar revisão do Acordo, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes, complementares”. E pelo Decreto Legislativo nº 105, de 1986, que aprova o texto do Acordo de Cooperação Científica, Técnica e Tecnológica entre Brasil e Marrocos de 1984 (§ único), “são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos de que possam resultar revisão do Acordo, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares”. Tais dispositivos, além de não se coadunarem com nossa prática constitucional sobre a matéria, comprometem o salutar equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo na processualística dos atos internacionais.

4. Os textos constitucionais de diversos países têm procurado nos últimos anos determinar com mais detalhes o alcance da devida aplicação do princípio da aprovação parlamentar de tratados face à crescente densidade das relações internacionais. A solução para o problema refletido nos decretos legislativos supracitados poderá vir com a nossa nova Constituição. Poder-se-iam contemplar duas alternativas de possível alteração do artigo 44 (I) da atual Constituição Federal: por um primeiro método, reconhecer-se-ia o princípio geral do controle do Legislativo na formação dos acordos internacionais, excetuados ajustes de natureza administrativa ou de rotina; por um segundo método, relacionar-se-iam os acordos para os quais se impõe

a aprovação do Legislativo, ficando para os demais atos dispensado o assentimento do Legislativo (e.g., modelo espanhol). É possível que a dinâmica da vida internacional moderna venha a desafiar o sistema da lista positiva do segundo método (como não podendo ser exaustiva mesmo em relação aos acordos que devam requerer a prévia autorização do Legislativo) e continue a apresentar dificuldades quanto à caracterização de certos ajustes (primeiro método). De todo modo, um tratamento constitucional mais detalhado do tema parece-me de todo indicado, como meio de contribuir a esclarecer as dúvidas e incertezas que hoje pairam sobre a matéria.

Brasília, 27 de junho de 1986.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Processualística dos Atos Internacionais. Questão da Aprovação Parlamentar: Princípio; Alcance. Equilíbrio Entre os Poderes.

PARECER

O Equilíbrio e a Coordenação Entre os Poderes Executivo e Legislativo na Processualística dos Atos Internacionais

Retorna a esta Consultoria o problema clássico das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo na celebração de acordos internacionais, porquanto, não surpreendentemente, volta a suscitar dúvidas e incertezas: o Decreto Legislativo nº 17, de 1986, com o qual o Congresso Nacional aprovou o Acordo de Cooperação Científica, Tecnológica e Industrial entre Brasil e Bélgica, de 1985, dispõe (§2º) que “todo ajuste complementar (...) será submetido à prévia aprovação do Congresso Nacional”. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria. A consulta me dá o ensejo de, de início, recapitular as diretrizes que têm norteado a posição do Itamaraty, desde tempos de Hildebrando Accioly nesta Consultoria até o presente.

2. Ao Executivo cabe a *iniciativa* da celebração de tratados, por lhe competir – em esfera de ação privativa – manter relações com Estados estrangeiros. Os tratados celebrados são submetidos à aprovação parlamentar, não se estendendo esta, porém, a matéria de competência regulamentar do Executivo. As atribuições específicas dos poderes Executivo e Legislativo encontram-se nesta área interligadas, a exemplo do disposto nos artigos 44 e 81 (X) da atual Constituição Federal.

3. Matéria administrativa atinente a acordos não só já aprovados pelo Legislativo, como também já devidamente ratificados e em vigor, que lhes dê execução, recai no âmbito próprio do Executivo. Ademais, um acordo internacional vigente, obedecendo a sistemática do direito internacional, só pode ser alterado pelo Executivo, exclusivamente (que poderia denunciá-lo), mediante negociações com as demais partes, – tal alteração escapando à competência do Legislativo.

4. Em ocasião anterior tive a oportunidade de abordar a matéria (cf. Informação MRE-CJ/O5, “A Questão da Aprovação pelo Legislativo de Atos Internacionais”, de 21/10/1985, p. 1-5), à luz da prática do MRE, inspirada recentemente por fórmula por este negociada com lideranças do Congresso pela qual ajustes complementares *de que possa resultar revisão ou modificação* de determinado acordo ficam sujeitos à aprovação do Legislativo. Pretender ir além disto comprometeria o equilíbrio constitucional do sistema de distribuição de poderes por ingerência do Legislativo em domínio até o presente constitucionalmente reservado ao Executivo. Também ressaltai a inadmissibilidade de formulação unilateral de ressalvas a atos internacionais *em vigor*: se o direito internacional propiciou a cristalização de uma série de procedimentos distintos para a expressão do consentimento do Estado na conclusão de tratado, foi para propiciar aos Governos levar devidamente em conta e no momento certo os requisitos constitucionais e de ordem interna antes de tornar-se parte contratante. A participação do Legislativo está prevista em determinado momento do processo de celebração de tratados (à época de sua assinatura e aprovação). Para os atos já *em vigor*, as considerações legais de ordem interna, que venham a ser invocadas, são simples *atos*; casos houve em que efetivamente se configurou a responsabilidade internacional dos Estados por atos do Legislativo.

Proceder de modo discrepante ao acima exposto acarretaria interferência indevida na competência do Executivo, além de ferir o princípio do equilíbrio dos poderes, retardaria o ritmo próprio à dinâmica do relacionamento internacional contemporâneo, contrariaria a tradição pátria e a moderna tendência da doutrina e da prática generalizada dos Estados (*infra*). Tem sido esse o entendimento a nortear a prática constitucional do Brasil sobre a matéria até o presente.

6. Recentemente, contudo, tem-se pretendido inovar, propondo-se a extensão do princípio da aprovação parlamentar a todos os atos internacionais, “inclusive os executivos, ou qualquer de suas alterações” (nesse sentido, e.g., o artigo 174 do Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais), o que importaria em sensível restrição ao alcance do âmbito próprio de atuação reconhecido até o presente ao Executivo nessa área. No entanto, como também recentemente bem se advertiu,

– *La sumisión de la conclusión de todos los tratados a la autorización parlamentaria – cronológicamente el primer sistema instaurado – es incompatible con la actual intensidad de las relaciones internacionales y sólo parece practicable por pequeños Estados con un umbral convencional muy limitado. Muchos de los países cuyas Constituciones tomaron ese rumbo en el pasado han renunciado a él, cambiando su texto, (...) hasta llegar a afirmarse que en realidad no hay ya quien lo siga. A partir de ahí los textos constitucionales han tomado una de estas dos direcciones: enunciar las categorías o las circunstancias en que un tratado no requiere autorización (...) (sistema de lista negativa) o, más frecuentemente, registrar las clases o especies de tratado de obligada autorización parlamentaria (sistema de lista positiva)”* (A. Remiro Brotons. *La Acción Exterior del Estado*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 157-8).

7. Nesta linha, poder-se-iam contemplar duas alternativas de possível alteração da atual Constituição Federal, a saber, pela reasserção do princípio geral do controle do Legislativo na formação dos acordos internacionais excetuados ajustes de natureza administrativa ou de rotina, ou pela relação dos acordos, para os quais se impõe a aprovação do Legislativo ficando para os demais atos dispensado o assentimento deste último (e.g., modelo espanhol). Conforme tive ocasião de ponderar em ocasião anterior,

É possível que a dinâmica da vida internacional moderna venha a desafiar o sistema da lista positiva do segundo método (*supra*) (como não podendo ser exaustiva mesmo em relação aos acordos que devam requerer a prévia autorização do Legislativo) e continue a apresentar dificuldades quanto à caracterização de certos ajustes

(primeiro método). De todo modo, um tratamento constitucional mais detalhado do tema parece-me de todo indicado, como meio de contribuir a esclarecer as dúvidas e incertezas que hoje pairam sobre a matéria (Informação MRE-CJ/27, “A Participação do Poder Legislativo no Processo de Celebração de Acordos Internacionais”, de 27.6.1986, p. 3).

8. Não se trata, pois, como não se poderia tratar, de contornar o princípio da aprovação parlamentar dos tratados: este princípio, por sinal, foi reafirmado recentemente pela Delegação do Brasil à Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (Viena, 1986) (cf. ONU, doc. A/CONF. 129/SR.5, of 20.3.1986, p. 12). A prevalecer solução de equilíbrio como acima ventilada, para os atos que – por dispositivo constitucional – não requeressem autorização parlamentar poder-se-ia prever o dever do Executivo de notificação ou comunicação ao Legislativo do teor dos mesmos, o que atenderia ao visível anseio de maior participação do Legislativo nesta área.

9. A busca de uma solução para a questão em apreço há de inspirar-se no necessário espírito de equilíbrio e coordenação, não de confrontação, entre os dois poderes. Exemplo de como *não* proceder é fornecido pelo teor inusitado e esdrúxulo do Decreto Legislativo nº 17, de 1986, que, ao § 2º acima transcrito, acrescenta que o “não envio” pelo Executivo dos ajustes complementares “ao conhecimento e aprovação” do Legislativo “será tido como desinteresse na manutenção do Acordo celebrado” (§3º) (*sic*). Este dispositivo, inédito, colide frontalmente com os postulados básicos que têm norteado nossa prática constitucional sobre a matéria até o presente (*supra*).

10. Que me seja permitido agregar que me sinto no dever de, neste estágio, ponderar que deveria o MRE considerar a possibilidade de tentar, pelos meios que julgar apropriados e por intermédio de sua Secretaria de Relações com o Congresso (SRC), sensibilizar desde já os que se ocupam da matéria no Legislativo e a abordarão na Assembléia Nacional Constituinte, para os efeitos e repercussões que diretamente advirão para a atuação do Itamaraty nesta área de eventuais soluções a serem consagradas na nova Constituição. Paralelamente a isto, parece-me oportuna a sugestão do Senhor

Chefe da Coordenadoria de Atos Internacionais (CAI) do MRE (memo. CAI/86, de 19/12/1986) de formação de um Grupo de Trabalho interno do MRE (composto de representantes da SRC, da CAI e desta Consultoria), para elaboração de estudo que possa ser vir de subsídio à fixação de linha de ação sobre a matéria pela Chefia da Casa.

11. No mais, que o recentemente ocorrido – Decreto Legislativo nº 17, de 1986 – sirva ao menos de adicional sinal de alerta – ainda que de mui infeliz expressão – dos novos tempos. A busca de fórmula ou sistemática que propicie maior participação do Legislativo neste domínio pode certamente efetuar-se sem com isto acarretar o risco de configuração da responsabilidade internacional do Brasil ou erigir obstáculos desarrazoados à dinâmica de suas relações internacionais.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 13 de fevereiro de 1987.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Palestina: Informação para o Presidente da República. Representação Palestina no Brasil. Questão da Admissão da Palestina na OMS.

Informação para o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores

Elementos para Informação ao Presidente da República sobre Aspectos da Questão da Formação do Novo Estado da Palestina

Dando cumprimento às instruções transmitidas pelo Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, quando da reunião de trabalho realizada no dia 3 de maio último na Secretaria-Geral sobre a *Questão Palestina*, encaminhei ao Senhor Chefe do Departamento do Oriente Próximo do MRE cópia de meu Parecer CJ/157, sobre “A Proclamação do ‘Estado Independente da Palestina’ e a Questão da Situação Jurídica da Representação da Palestina no Brasil” (de 2 de março de 1989); ademais, em reunião com o Senhor Chefe do Departamento do Oriente Próximo e com o Senhor Chefe da Divisão do Oriente Próximo-I ontem, dia 11 de maio, transmiti os elementos que, a meu ver, deveriam constar da minuta de Informação do Itamaraty para o Senhor Presidente da República concernentes, em particular, ao *status* do Escritório da Organização para a Libertação da Palestina (OLP) no Brasil. Estes elementos são, em suma, no meu entender (conforme exposto em Pareceres anteriores), os seguintes:

a) Elevação do *status* ao nível de representação do Escritório da OLP no Brasil, hoje sob a capa de Missão da Liga dos Estados Árabes, à categoria de *Delegação* da Palestina, com especificação de privilégios e imunidades (consoante o modelo francês);

b) Elevação do *status* do Representante da OLP no Brasil, hoje sob a condição de Primeiro-Secretário da Missão da Liga dos Estados Árabes, ao de Delegado da Palestina “Embaixador sem antigüidade”, com precedência fixa – para efeitos de Cerimonial – após o último Embaixador (consoante o modelo turco);

c) Comunicação da nomeação e cessação de funções do Delegado da Palestina ao Ministério das Relações Exteriores e não à Presidência da República (consoante os modelos espanhol e austríaco);

d) Inclusão da Delegação da Palestina na *Lista do Corpo Diplomático* em categoria especial de “outras representações” ou “Delegações” (segundo os modelos espanhol e austríaco).

Paralelamente, quanto à questão que ora ocupa o setor multilateral do MRE, da solicitação palestina no sentido de adesão à Organização Mundial de Saúde (OMS) como Estado-membro (i.e., do recém-proclamado Estado da Palestina), permito-me reiterar meu entendimento, já externado “verbalmente ao Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores na reunião do dia 3 de maio, último, no sentido de que a eventual *admissão* como Estado-membro de uma organização internacional não há de ser confundida com o ato de reconhecimento de Estado, i.e., não há de ser tida como reconhecimento do *novo* Estado pelos Estados-membros que compõem a referida organização internacional. Tanto é assim que, outrora, na antiga Liga das Nações, como hoje, nas Nações Unidas co-existiam e co-existem Estados-membros que não se reconheciam e reconhecem como tais reciprocamente (e.g., hoje, Israel e alguns países árabes). A admissão de Estado-membros é ato da organização internacional e o reconhecimento de Estado, distinto, é ato discricionário de cada Estado no plano das relações bilaterais; e a organização internacional é dotada de personalidade jurídica internacional, distinta da personalidade jurídica de cada um dos Estados-membros que a compõem. Os pressupostos da personalidade jurídica internacional de uma organização internacional são jurídicos (tratado constitutivo multilateral, órgãos permanentes, capacidade de emitir vontade própria); os da dos Estados são fáticos (população, território, existência de governo e sistema normativo próprio). À luz das considerações traçadas em meus Pareceres anteriores sobre a *Questão da Palestina*, e tendo em mente a prudência e cautela que têm norteado a formação de uma posição brasileira sobre a matéria, e especialmente para reservar a nossa decisão quanto ao futuro reconhecimento de Estado

(no plano bilateral), sou pela *abstenção* da Delegação do Brasil na votação desta semana da questão da proposta de ingresso da Palestina como Estado-membro da OMS.

É que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 12 de maio de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Direito do Mar. Mar Territorial:
Largura. Convenção das Nações
Unidas de 1982, e Direito Interno.

PARECER

*A Questão da Definição Jurídica da Largura do Mar Territorial Brasileiro
no Âmbito do Direito Interno Face à Ratificação pelo Brasil da Convenção
das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982
(Ainda não em Vigor no Plano Internacional)*

O Brasil depositou, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 22 de dezembro de 1988, o seu instrumento de ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (de 1982). A referida Convenção ainda *não* se encontra em vigor no plano internacional, porquanto dispõe que só entrará em vigor *um ano após o depósito do 60º* instrumento de ratificação e o Brasil foi o 36º país a ratificá-la. No Brasil permanece em vigor o Decreto-lei nº 1.098 (de 25.3.1970), que estende o mar territorial brasileiro para 200 milhas, ao passo que, segundo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, a largura do mar territorial não poderá exceder 12 milhas. Com a recente ratificação pelo Brasil da referida Convenção surge a questão da definição jurídica da largura do mar territorial brasileiro, com que se defronta atualmente a Divisão do Mar, da Antártida e do Espaço (DMAE) do Itamaraty, e sobre a qual o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores solicita meu Parecer.

2. Entende a DMAE do MRE que “não haveria necessidade” de revogar “explicitamente” o Decreto-lei nº 1098 de 1970, pois, a seu ver, bastaria a publicação no *Diário Oficial* do decreto de promulgação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 para que estivesse revogado, “automaticamente”, o Decreto-lei nº 1.098 de 1970 (*memorandum* DMAE/28, de 3.4.1989, § 5º).

3. É certo que constitui princípio geral da derrogação o de que esta ocorre quando se verifica a incompatibilidade do novo regime jurídico com o regime jurídico anterior. No presente caso, há que agregar à ratificação pelo Brasil da Convenção de 1982, a referência contida na nova Constituição Federal de 1988, ao conceito de “zona econômica exclusiva” (artigo 20(V)), consagrado na Convenção de 1982. Contudo, a Constituição não define a zona econômica exclusiva, e tampouco fixa sua largura, não se materializando, pois, de forma inequívoca, o regime jurídico daquela zona no presente ordenamento jurídico nacional, a requerer regulamentação, no âmbito deste último, na pendência da entrada em vigor internacional da Convenção de 1982.

4. O Decreto Legislativo nº 5, de 1987, dispôs simplesmente que se aprovava o texto da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e que o mesmo Decreto Legislativo entrava em vigor na data de sua publicação (9 de novembro de 1987). Distintamente de inúmeros outros decretos legislativos de aprovação de distintos atos internacionais, *não* acrescentou “revogam-se as disposições em contrário”. O Parecer do Senador Nelson Carneiro, de 28 de outubro de 1987, que serviu de base ao Decreto Legislativo *supra*, de aprovação da Convenção de 1982, destacou e enfatizou o seguinte trecho da Exposição de Motivos Interministerial:

– Enquanto a Convenção não entrar em vigor e até o Brasil ratificá-la, permanecerá vigente a legislação interna, em especial o Decreto-lei nº 1.098, de 25 de março de 1970, que fixou em 200 milhas a largura do mar territorial. (Parecer *cit. supra*, § XI, p. 9).

5. Ora, no presente caso, satisfêz-se, até o momento, apenas um dos dois requisitos supracitados, a saber, a ratificação da referida Convenção pelo Brasil, faltando hoje a entrada em vigor internacional da Convenção de 1982.

6. Se a Convenção de 1982 já estivesse em vigor, bastaria a sua simples promulgação para revogar o Decreto-lei nº 1098 de 1970 e instaurar entre nós o novo estatuto jurídico do mar territorial e da zona econômica exclusiva. Como não se encontra em vigor (internacional), entendo haver necessidade, até que isto ocorra, de legislação interna específica que estabeleça entre nós o regime nela consagrado, revogando assim o Decreto-lei nº 1.098 de 1970.

7. Penso, ademais, que, na pendência da entrada em vigor da Convenção, seria importante que se viesse a tomar prontamente esta iniciativa legislativa, porquanto a nova Constituição Brasileira já utiliza conceitos (e.g., zona econômica exclusiva) a requererem definição e regulamentação, introduzidos pela Convenção.

8. Nesse meio tempo, como o Brasil já ratificou a Convenção, subsiste sua obrigação de se “abster da prática de atos que frustem o objeto e a finalidade” da Convenção (consoante o artigo 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que, embora ainda não ratificada pelo Brasil, reflete a prática generalizada dos Estados – o elemento objetivo do costume internacional – sobre a matéria), acrescida da propriedade de tornar efetivo o regime da Convenção no âmbito do direito interno, na forma que venho de assinalar.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 20 de junho de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Meio Ambiente: Proteção. Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (1987): Determinação do Não-Cumprimento. Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985): Solução de Controvérsia.

PARECER

A Questão da Determinação do Não-Cumprimento das Disposições do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio de 1987

A I Reunião da Conferência das Partes no Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (1987), realizada em Helsinqui em março de 1989, estabeleceu um Grupo de Peritos Jurídicos para examinar propostas de procedimentos e mecanismos institucionais para a determinação do não-cumprimento (*non-compliance*) das disposições do Protocolo assim como do tratamento a ser dispensado a partes faltosas. A Divisão de Assuntos Humanitários e Meio Ambiente (DHM) do MRE indaga sobre a posição a ser tomada pelo Brasil em relação às propostas correntes de tais procedimentos e mecanismos institucionais. Solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria, com vistas à preparação da posição da Delegação brasileira à próxima reunião do Grupo de Peritos Jurídicos, programada para Genebra, de 11 a 14 de julho próximo.

2. Duas são as propostas sobre a matéria, ora em exame no seio do referido Grupo de Peritos Jurídicos: uma da Finlândia e outra dos Estados Unidos; passêmo-las em revista. A Delegação finlandesa à I Reunião da Conferência das Partes no supracitado Protocolo de Montreal considerou (documento UNEP/OzL.Pro.1/CRP.1, de 2.5.1989) o teor do artigo 8 do referido Protocolo de Montreal, que estipula que as partes, em sua primeira reunião, deverão “examinar e aprovar procedimentos e mecanismos institucionais para a determinação do descumprimento das disposições do Protocolo e para o tratamento das partes culpadas de descumprimento”. Assim, face ao disposto no artigo 11 da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), relativo à solução de controvérsias, e às disposições relevantes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), aquela Delegação teceu algumas observações sobre a questão da violação do Protocolo. Criticou, e.g., a disposição do artigo 8 do Protocolo (estabelecimento de procedimentos e mecanismos para a *determinação do descumprimento*), que, segundo o documento em apreço, somente pode referir-se, propriamente, à adoção de diretrizes para a precisão do significado de certas expressões do Protocolo, como “racionalização industrial”, “necessidades domésticas básicas”, etc., e sempre sem contradizer os termos do artigo 11 da Convenção de Viena de 1985 (sobre solução de controvérsias). Em suma, não há que confundir “não-cumprimento” com “resolução de controvérsias”. A determinação do tratamento a ser dispensado a uma parte faltosa pode dar-se em três casos, segundo o documento: a) quando a parte declina de submeter a controvérsia aos procedimentos do artigo 11 da Convenção; b) quando uma parte que tenha aceito os “métodos compulsórios” de solução de controvérsias não respeita uma decisão da sentença; c) quando uma parte que não tenha aceito os “procedimentos compulsórios” deixa de examinar com boa fé as recomendações da Comissão de Conciliação (*infra*), desde que não haja sido decidido de outra maneira pelas Partes.

3. Daí conclui o documento que a determinação do descumprimento e do tratamento dispensado à parte faltosa seria algo restrita e, portanto, a Reunião das Partes poderia contribuir para o aprimoramento do sistema de solução de controvérsias mediante o melhor aproveitamento do principal meio de solução previsto na Convenção, *a conciliação*. Este meio *é deixado aberto às Partes, que a ele podem ou não recorrer*, se não optarem pelos

mecanismos compulsórios – arbitragem e recurso à Corte Internacional de Justiça, – e cuja decisão seria de *caráter recomendatório (non-binding conciliation)*. Relembrou a Delegação da Finlândia, a respeito, o procedimento de conciliação consagrado no Anexo V à Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982. A Delegação da Finlândia ponderou ainda que não se pretendia pelo artigo 8 do Protocolo de Montreal descartar ou modificar as obrigações contidas no artigo 33 da Carta das Nações Unidas ou no artigo 11 da Convenção de 1985; em caso de controvérsias, os meios de solução pacífica previstos no artigo 11 da Convenção de 1985 *should be resorted to*.

4. A Delegação dos Estados Unidos, a seu turno, submeteu uma proposta revista de procedimentos a serem adotados na hipótese de descumprimento das disposições do Grupo de Peritos Jurídicos (documento UNEP/OzL.Pro.1/CRP.10, de 4.5.1989). Nela se detalharam os mecanismos de denúncia e defesa junto ao Secretariado, bem como o procedimento de adoção de *recomendações* pelas demais partes, para que a parte faltosa se submetesse ao disposto no Protocolo. Estes procedimentos, contudo, seriam efetivos apenas após o recurso aos meios previstos no artigo 11 da Convenção de 1985, e teriam *caráter puramente recomendatório (further recommendatory measures)*.

5. Além das duas propostas acima, o Grupo de Peritos Jurídicos propôs (documento UNEP/OzL.Pro.1/CRP.8, de 4.5.1989) o estabelecimento de um grupo de trabalho para a elaboração de sugestões sobre procedimentos e mecanismos institucionais para a determinação do descumprimento das disposições do Protocolo de Montreal, cujo relatório – uma vez recebidos os comentários dos Estados-partes e signatários – deverá ser apresentado até 1º de novembro de 1989 e ser examinado pela II Reunião da Conferência das Partes.

6. Do acima exposto, vê-se que, no tocante à solução de controvérsias, ainda que um ou outro Estado-parte viesse a optar por “métodos compulsórios” como a via arbitral ou a solução judicial, assim o faria em decorrência da livre escolha dos meios. Em nenhum momento, nos trabalhos do Grupo de Peritos Jurídicos, se pretendeu afirmar ou consagrar um automatismo da jurisdição internacional compulsória.

7. Em Parecer anterior (Parecer CJ/06, “Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Internacionais (Com Atenção Especial

à Prática do Brasil)”, de 28.10.1985), referi-me à preferência do Brasil pela negociação ou outros meios diplomáticos de solução de controvérsias (a serem escolhidos de comum acordo pelas partes), assim como à diversidade das soluções registradas em sua prática sobre a matéria. No presente contexto, afastada a hipótese de automatismo dos “métodos compulsórios” (*supra*), há outros elementos a considerar. O procedimento da conciliação aqui considerado é não-compulsório (*non-binding*), e cabe assinalar que, tal como consagrado na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, foi aceito pelo Brasil, ao ratificar aquela Convenção recentemente, em 22 de dezembro de 1988.

8. Ademais, a Convenção de Viena de 1985 e o Protocolo de Montreal criaram um *sistema de proteção* (da camada de ozônio), a requerer o apoio decidido do Brasil assim como de todos os Estados. O Brasil, em particular, no presente sob pressão internacional em matéria de proteção ambiental, saberá dar mostras da retidão de seus propósitos ao contribuir para o aperfeiçoamento e fortalecimento de procedimentos e mecanismos institucionais para a determinação do cumprimento das disposições do Protocolo de Montreal assim como do tratamento a ser dispensado a partes faltosas.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 4 de julho de 1989.

Antônio Augusto Cançado Tindade

Direitos Humanos: Proteção Internacional. Tratados de Proteção Internacional: Adesão do Brasil. Cláusulas Facultativas: Elementos para Tomada de Posição do Brasil.

PARECER

*O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos
(Instrumentos e Cláusulas Facultativos): Fundamentos Jurídicos
para a Consolidação da Nova Posição do Brasil*

Sumário: I. Delimitação do Objeto do Parecer. II. A Implementação Internacional dos Direitos Humanos e os Estados Não-Partes em Tratados Gerais de Proteção. 1. A Experiência do Brasil com Órgãos de Supervisão de Instrumentos de Proteção Internacional. a) O Brasil e a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (o Sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC). b) O Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso nº 1.684, Caso dos Índios Yanomani). 2. A Experiência de Outros Estados Não-Partes em Tratados com Órgãos de Supervisão de Instrumentos de Proteção Internacional. a) A Prática da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (o Sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC). b) A Prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 3. Avaliação. III. Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Instrumentos e Cláusulas Facultativos de Tratados de Proteção dos Direitos Humanos. 1. Elementos para o Reconhecimento pelo Brasil da Competência Obrigatória da Corte

Interamericana de Direitos Humanos. 2. Elementos para a Adesão do Brasil ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. 3. Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Cláusulas Facultativas de Outros Tratados de Proteção dos Direitos Humanos. a) Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Cláusulas Facultativas a Reconhecerem o Direito de Petição Individual. b) Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Cláusulas Facultativas a Reconhecerem o Direito de Petição Interestatal. IV. Gradações de Obrigações Convencionais e Outras Providências a Serem Tomadas pelo Brasil em Matéria de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 1. Adesão do Brasil aos Dois Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário. 2. Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica sob a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 3. Adesão do Brasil às Duas Convenções das Nações Unidas contra o *Apartheid* (de 1973 e de 1985). 4. Adesão do Brasil ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988). 5. Outras Providências (Convenção (nº 87) sobre a Liberdade Sindical (de 1948) e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979). a) Convenção (nº 87) sobre a Liberdade Sindical (de 1948). b) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979). V. A Aceitação Necessariamente *Integral* de Instrumentos e Cláusulas Facultativos de Tratados de Proteção dos Direitos Humanos. VI. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Contemporâneo. 1. A Proteção dos Direitos Humanos e as Insuficiências do Ordenamento Jurídico Interno. 2. O Impacto da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nas Constituições Recentes. VII. Considerações Finais e Conclusões.

I. *Delimitação do Objeto do Parecer*

Há precisamente quatro anos atrás, em atendimento a consulta do Itamaraty sobre os fundamentos para a eventual adesão do Brasil à

Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos dois Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, tive ocasião, em meu primeiro Parecer como Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (Parecer CJ/01, “O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil,” de 16 de agosto de 1985, p. 1-62), de demonstrar e sustentar com ênfase a necessidade premente de adesão do Brasil àqueles três tratados gerais de proteção internacional da pessoa humana, pelas razões e com base na argumentação ali longamente expostas. Fiel ao objeto da consulta, deixei em aberto a modalidade ou forma de adesão, inclusive para prontamente viabilizá-la e apressá-la. Foi o que ocorreu: pouco depois, em 29 de outubro de 1985, o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores encaminhou ao Senhor Presidente da República proposta de adesão do Brasil à Convenção Americana e projeto de Mensagem ao Congresso Nacional a respeito; e, em 22 de novembro de 1985, o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores submeteu ao Senhor Presidente da República proposta de adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e projeto de Mensagem ao Congresso Nacional a respeito. Ambas Exposições de Motivos das propostas do Itamaraty basearam-se nos argumentos desenvolvidos em meu supracitado Parecer (CJ/01, de 16.8.1985, *supra*), inclusive reproduzindo trechos do mesmo, ao recomendarem a pronta adesão do Brasil à Convenção Americana e aos dois Pactos das Nações Unidas. Da mesma forma, em menos de uma semana, o Senhor Presidente da República encaminhou, em 28 de novembro de 1985, duas Mensagens ao Congresso Nacional (nº 620 e 621), em que, igualmente reproduzindo trechos de meu supracitado Parecer (CJ/01, de 16.8.1985, *supra*) e retomando argumentos nele desenvolvidos, solicitou a aprovação parlamentar dos dois Pactos das Nações Unidas e da Convenção Americana, respectivamente, para que pudesse o Brasil proceder prontamente à adesão àqueles três tratados de direitos humanos. Estava, no âmbito do Poder Executivo, tomada a decisão do Brasil de aderir àqueles três tratados gerais de proteção internacional da pessoa humana, em um reencontro com seu melhor pensamento e sua verdadeira tradição nesta área.

2. Com efeito, tivera o Itamaraty oportunidade, em gestão anterior, de reexaminar a posição do Brasil sobre a matéria; porém, a má orientação

que recebeu de um Parecer externo, de 20 de abril de 1981, que reproduziu os argumentos avançados no regime militar contrários à adesão do Brasil à Convenção Americana, levou ao arquivamento da matéria até o final do regime militar. Quando veio a questão a ser novamente suscitada no Itamaraty, em meados de 1985, mediante um pedido de Parecer ao novo Consultor Jurídico do MRE, busquei, em meu supracitado primeiro Parecer (CJ/01, de 16.8.1985), ao revelar a total falta de fundamento jurídico do referido arrazoado anterior de 1981 que mal influenciara o MRE, e seu desconhecimento da matéria do ponto de vista do direito internacional, demonstrar a ausência de impedimento jurídico para que o Brasil prontamente aderisse à Convenção Americana e aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e expor os fundamentos jurídicos para a adesão do Brasil. Ao acatar e endossar a argumentação que desenvolvi naquele Parecer, teve o Itamaraty o grande mérito de proceder devidamente ao reexame da posição do Brasil e recomendar prontamente a adesão do Brasil à Convenção Americana e aos dois Pactos das Nações Unidas, *ainda na vigência de nossa Constituição anterior*.

3. Enquanto a consulta que me formulou o Itamaraty há quatro anos atrás dizia respeito à posição de princípio quanto à adesão do Brasil à Convenção Americana e aos dois Pactos das Nações Unidas, a presente consulta que vem de ser-me encaminhada, distintamente, volta-se mais especificamente à forma ou modalidade de adesão do Brasil àqueles três tratados gerais de direitos humanos. Esta nova iniciativa de reexame da matéria pelo Itamaraty é compreensível e das mais oportunas, considerando-se que, desde fins de novembro de 1985 até o presente, encontram-se aqueles três tratados humanitários pendentes de aprovação no Congresso Nacional, a despeito de gestões informais que empreendemos junto ao Congresso no sentido de se dar àqueles tratados o tratamento mais atento e urgente que merecem. Paralelamente à morosidade insensível e injustificável do exame congressional dos três mencionados tratados para fins de aprovação parlamentar, desenvolvimentos no plano interno e avanços no plano internacional no campo da proteção dos direitos humanos (cf. *infra*) nos quatro últimos anos recomendam plenamente a iniciativa do exame, no âmbito do MRE, desta feita, da modalidade de adesão do Brasil àqueles três importantes tratados humanitários e do *alcance* das obrigações a serem assumidas pelo Brasil sob aqueles três instrumentos.

Esta nova iniciativa resulta de contatos informais que há tempos tenho mantido com o Departamento de Organismos Internacionais (DOI) e a Divisão de Assuntos Humanitários e do Meio Ambiente (DHM) do Itamaraty no sentido da necessidade premente de consideração da matéria; uma vez mais, como em 1985, tem o Itamaraty a sensibilidade e o mérito de avançar na análise dos fundamentos jurídicos para a consolidação da nova posição do Brasil em matéria de proteção internacional da pessoa humana, no tocante em particular aos instrumentos e cláusulas facultativos dos tratados de direitos humanos.

4. Para um estudo aprofundado da questão que motivou o pedido do presente Parecer, parece-me de todo necessário examinar, inicialmente, a experiência de Estados até o presente não-partes em tratados gerais de direitos humanos – inclusive o Brasil – com órgãos de supervisão de instrumentos de proteção internacional. A partir daí, cabe-me identificar os elementos para a aceitação pelo Brasil de instrumentos (e.g., Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas) e cláusulas (e.g., de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos) facultativos de tratados de proteção dos direitos humanos, a reconhecerem o direito de petição tanto individual quanto interestatal. Ao assinalar as gradações de obrigações convencionais no presente domínio, cumpre, a seguir, identificar os demais tratados humanitários a merecerem a adesão do Brasil, com exposição de motivos, assim como outras providências a serem tomadas pelo Brasil em matéria de proteção internacional dos direitos humanos (tais como levantamento ou retirada de reservas a determinados tratados humanitários). Cabe-me, em seguida, destacar o caráter necessariamente integral da aceitação de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados de proteção dos direitos humanos. Uma derradeira linha de considerações há de voltar-se à aproximação ou aos contatos entre a proteção internacional dos direitos humanos e o direito constitucional contemporâneo, para tal alertando para as insuficiências do direito interno em matéria de proteção dos direitos humanos assim como para o impacto da proteção internacional dos direitos humanos nas Constituições recentes. O campo estará, então, aberto a uma apresentação resumida das considerações finais e conclusões. Passemos, pois, ao exame cuidadoso e detalhado de cada um destes pontos, para os propósitos do presente Parecer.

II. *A Implementação Internacional dos Direitos Humanos e os Estados Não-Partes em Tratados Gerais de Proteção*

5. O direito relativo à proteção internacional dos direitos humanos comporta, como se sabe, instrumentos de conteúdo, força e efeitos jurídicos variáveis (desde simples declarações até Convenções devidamente ratificadas); no plano operacional, abarca órgãos de supervisão que exercem funções distintas (e. g., informação, instrução, conciliação e tomada de decisão) e que derivam sua capacidade de ação de diferentes bases jurídicas, a saber: tratados sobre proteção internacional de direitos humanos, instrumentos constitutivos de organizações internacionais e resoluções de órgãos internacionais. Assim sendo, mesmo os Estados que não ratificaram até o presente os tratados gerais sobre direitos humanos, nem por isso têm deixado de responder por suas ações neste domínio perante órgãos de supervisão que têm como base de seu curso de atuação cartas constitutivas de organizações internacionais e resoluções de órgãos internacionais. Cabe recordar, a esse respeito, e.g., no plano global, a prática da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, e, no plano regional, a prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (*vis-à-vis* Estados não-Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Verifica-se que os Estados têm reconhecido a competência desses órgãos e com eles travado diálogo e entendimento na busca de solução aos casos e situações de direitos humanos submetidos a seu conhecimento e exame. O Brasil não tem feito exceção a isto. Senão vejamos.

1. *A Experiência do Brasil com Órgãos de Supervisão de Instrumentos de Proteção Internacional*

a) *O Brasil e a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (o Sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC)*

6. No âmbito das Nações Unidas, a Comissão de Direitos Humanos da ONU procedeu, em 1974, ao exame de comunicações enviadas às Nações Unidas, sob o chamado sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC (de 1970), contendo alegações de “sérias violações” de direitos humanos ocorridas no Brasil no período 1968-1972. Em 1975 a Comissão de Direitos Humanos manteve o caso brasileiro em exame, sob

o procedimento confidencial da Resolução nº 1.503 do ECOSOC, à espera de informações solicitadas ao Governo brasileiro¹. Este último, em 26 de janeiro de 1976², contestou as alegações em questão, ao que se seguiu um debate sobre o caso no âmbito da Comissão, culminando no encerramento de seu exame (*no further action*) sob o procedimento confidencial da Resolução nº 1.503 do ECOSOC ainda em 1976³. Nem pelo fato de não ter o Brasil aderido aos Pactos de Direitos Humanos (e Protocolo Facultativo) das Nações Unidas deixou o Governo brasileiro de comunicar-se com a Comissão de Direitos Humanos da ONU, ainda que para negar fundamento às denúncias; e tampouco hesitou a Comissão, a seu turno, em considerar o caso brasileiro, independentemente de ratificação pelo Brasil dos Pactos (e Protocolo), com base na Carta das Nações Unidas e na Resolução nº 1.503 do ECOSOC de 1970.

b) *O Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso 1684, Caso dos Índios Yanomani)*

– *Caso 1.684*

7. Na prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um dos casos de maior complexidade e extensão – na avaliação da própria Comissão, – tanto pelo número de pessoas e entidades reclamantes quanto pelo número de vítimas presumidas de violações de direitos humanos e pelo volume da documentação a ela submetida foi o *Caso 1.684* (juntado ao *Caso 1.683*), concernente precisamente ao Brasil (fatos ocorridos em 1969-1970), iniciado em meados de 1970⁴. Atendendo a solicitação da Comissão, o Governo brasileiro, em Nota de 11 de janeiro de 1971, encaminhou informações e seus pontos de vista sobre os *Casos 1.684 e 1.683*, o que

¹ ONU, docs. E/CN.4/SR.1308/Add.1, 1309-1312, 1316/Add. 1 e 1317, de 26.6.1975, p. 35-6 (mimeografado, circulação interna).

² Cf. ONU, doc. E/CN.4/R.14, de 4.2.1976, p. 4 (mimeografado, circulação interna).

³ Cf. ONU, doc. E/CN.4/SR.1375, de 1976, p. 4-7 (mimeografado, circulação interna). – Até o final da década de 1970, dentre os países latino-americanos, além do caso brasileiro (*supra*), foram também examinadas sob o sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC as situações de direitos humanos na Bolívia, no Chile, na Guiana, no Paraguai e no Uruguai; H. Tolley Jr., *The UN Commission on Human Rights*. Boulder, Westview Press, 1987, p. 77.

⁴ CF. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades 1971-1981*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1982, p. 106 e 121.

possibilitou à Comissão dar início ao exame do *Caso 1.684* em março de 1971⁵. Após solicitar (por Nota de 27 de agosto de 1971) prorrogação de seis meses para encaminhar novas informações solicitadas pela Comissão, o Governo brasileiro remeteu-lhe, juntamente com Nota de 28 de dezembro de 1971, uma introdução e seis volumes de documentos relativos ao caso, o que possibilitou o prosseguimento do exame do caso pela Comissão⁶.

8. A consideração do caso alastrou-se por mais três anos. O entendimento dos relatores da Comissão (Justino Jiménez de Aréchaga e Durward V. Sandifer) foi de que se tratava de um “caso geral” de violação de direitos humanos, que por conseguinte dispensava o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno⁷. O Governo brasileiro questionou (por Nota de 3 de abril de 1973) resolução adotada pela Comissão e solicitou a revisão do caso, remeteu-lhe dados complementares (por Nota de 24 de abril de 1973), e voltou a questionar a decisão da Comissão (por Nota de 12 de outubro de 1973)⁸. Considerou esta, no entanto, que o “inquérito” realizado por ordem do Governo brasileiro “não era suficiente” e que este se recusara a adotar as medidas de determinação dos fatos recomendadas pela Comissão; tal atitude, concluiu a Comissão, *tornou procedente a aplicação de normas estatutárias e regulamentares* (Estatuto, artigo 9 (bis), Regulamento, artigo 57)⁹. Por Nota de 8 de janeiro de 1974, a Comissão transmitiu ao Governo brasileiro sua conclusão no sentido de que, do exame do *Caso 1.684*, resultava “veemente presunção” da ocorrência de “graves casos” de violação dos direitos humanos¹⁰.

9. É significativo, em um retrospecto deste caso, constatar que, muito embora não tivesse o Brasil ratificado a então recém-adotada Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969), nem por isso sentiu-se o Governo brasileiro eximido de prestar à Comissão Interamericana as informações solicitadas; ao contrário, esmerou-se nesta tarefa, mantendo um “diálogo” – ainda que áspero – com a Comissão, e remetendo-lhe vasta documentação, na tentativa de fundamentar seus pontos de vista. A seu

⁵ Cf. *ibid.*, p. 116-20.

⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁷ *Ibid.*, p. 122.

⁸ *Ibid.*, p. 124-6.

⁹ *Ibid.*, p. 127-9.

¹⁰ *Ibid.*, p. 129.

turno, a Comissão, recentemente erigida em um dos órgãos principais da OEA (pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, que entrou em vigor em 1970), não hesitou em proceder ao exame do caso com base na Carta da OEA e nos dispositivos pertinentes de seu Estatuto e Regulamento. Em suma, nenhum Estado-membro da OEA encontra-se “isento” da supervisão internacional dos direitos humanos, porquanto subsiste no sistema interamericano de proteção uma *dualidade de funções* da Comissão Interamericana, *vis-à-vis* os Estados-partes na Convenção Americana (consignadas na própria Convenção) e *vis-à-vis* os Estados não-partes na Convenção (consignadas na Carta da OEA e em seus *interna corporis*, podendo-se invocar o elenco dos direitos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948).

– *Caso dos Índios Yanomani*

10. Mais recentemente, em dezembro de 1980, foi encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por parte de entidades internacionais de direitos humanos e direitos dos índios, uma petição ou comunicação contra o Governo brasileiro alegando violações dos direitos humanos dos *Índios Yanomani* (*Caso 7.615*). Em março de 1982 o Governo brasileiro estabeleceu a delimitação (no Território de Roraima e no Estado do Amazonas) de uma área para os Yanomani. Segundo os peticionários perante a Comissão Interamericana, a invasão de pessoas estranhas à referida área acarretou graves conseqüências (como devastação do território, aumento da incidência de epidemias entre a população indígena, destruição das comunidades indígenas mediante projetos de desenvolvimento e integração não-adaptados a seus costumes). As comunicações dos peticionários, transmitidas pela Comissão Interamericana ao Governo brasileiro com solicitação de informações, foram respondidas pelo Governo brasileiro, pelas Notas nº 127 de 13.5.1981, nº 316 de 3.11.1981, nº 101 de 14.4.1982 e nº 38 de 13.2.1985: os comentários governamentais se concentraram na legislação brasileira sobre o estatuto legal dos índios no Brasil, seus direitos civis e políticos, e projetos do Governo para estender a eles e suas terras proteção¹¹.

¹¹ OEA, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, p. 24-8.

11. Pela Nota nº 38, de 13 de fevereiro de 1985, informou o Governo brasileiro à Comissão Interamericana que havia definido uma proposta para o futuro Parque Indígena Yanomani, proibido, a partir de então, o trânsito de pessoas estranhas na área indígena e passado a executar (pela FUNAI) um programa de saúde entre os Yanomani¹². Do exame dos fatos a Comissão Interamericana concluiu (Resolução nº 12/85, de 5.3.1985) que se verificaram no caso, em prejuízo dos índios Yanomani, violações dos seguintes *direitos reconhecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948*: direito à vida, à liberdade e à segurança (artigo 1); direito de residência e trânsito (artigo 8); e direito à preservação da saúde e bem-estar (artigo 9). Recomendou, então, a Comissão que o Governo brasileiro desse continuação ao programa de saúde para os índios e (por intermédio da FUNAI e de acordo com sua legislação) procedesse à delimitação e demarcação do Parque Yanomani, que realizasse os programas educacionais, de proteção médica e de integração social em consulta com a população indígena e, enfim, que informasse à Comissão das medidas adotadas para implementar estas recomendações¹³.

12. Embora o *Caso 7.615* não tenha voltado a figurar, desde então, nos Relatórios Anuais da Comissão (relativos aos dois períodos subseqüentes, até 1987), os contatos entre o Governo brasileiro e a Comissão sobre o caso têm continuado¹⁴. Do mesmo modo, em relação a outra comunicação, mais recente, concernente ao Brasil, o *Caso 10.301*, o Governo brasileiro tem mantido um diálogo com a Comissão, e vem de a esta remeter, em julho e setembro de 1989, informações solicitadas sobre o referido caso¹⁵.

2. *A Experiência de Outros Estados Não-Partes em Tratados com Órgãos de Supervisão de Instrumentos de Proteção Internacional*

a) *A Prática da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (o Sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC)*

¹² Cf. *ibid.*, p. 28-9, e cf. p. 29-3.

¹³ *Ibid.*, p. 33-4.

¹⁴ Cf. MRE, telegramas 306 de 13.5.1989 e 381 de 29.5.1989 (de Exteriores para Delbrasupa); telegramas 477 de 15.5.1989, 513 de 25.5.1989 e 619 de 20.6.1989 (de Delbrasupa para Exteriores).

¹⁵ Cf. MRE, telegramas 124 de 11.5.1989 e 510 de 11.7.1989 (de Exteriores para Delbrasupa); telegramas 597 de 17.6.1989 e 647 de 4.7.1989 (de Delbrasupa para Exteriores); telegrama 791, de 28.9.1989 (de Exteriores para Delbrasupa).

13. Até o final da década de 1970, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, paralelamente à operação normal de tratados de proteção dos direitos humanos, considerou as situações de direitos humanos a ela encaminhadas sob o sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC relativas a não menos de vinte Estados (seis da América Latina, dois da Europa Ocidental, seis da África e seis da Ásia). Dentre estes, figuraram Estados não-Partes (até o presente) em tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos como os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, a saber: Brasil, Paraguai, Etiópia, Malavi, Guiné Equatorial, Burundi, Burma, Indonésia, Coréia¹⁶. Tanto em relação aos Estados-Partes quanto em relação aos Estados não-Partes nos dois Pactos e em outras Convenções das Nações Unidas de direitos humanos, a Comissão exerceu regularmente suas funções sob o sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC (de 1970).

b) *A Prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*

14. A exemplo do Brasil, outros Estados, que até o presente tampouco ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, têm respondido a comunicações individuais interpostas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Exemplo pertinente recente é fornecido pelo *Caso 9.647*, em que os peticionários (J. Terry Roach e J. Pinkerton) foram sentenciados e executados (sob pena de morte) nos Estados Unidos por crimes que cometeram antes de completar 18 anos de idade e pelos quais foram julgados. O argumento avançado perante a Comissão foi o de que os Estados Unidos violaram os artigos I (direito à vida), VII (proteção especial da infância) e XXVI (penas cruéis, infames ou inusitadas) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, combinados com a proibição do direito internacional consuetudinário da imposição da pena de morte por crimes cometidos por menores de 18 anos. A Comissão Interamericana dirigiu apelos em vão ao Secretário de Estado norte-americano e ao Governador do Estado da Carolina do Sul (em dezembro de 1985 e janeiro e maio de 1986) pela suspensão das execuções. Em 9.1.1986 e 14.5.1986 o Governo norte-americano, em respostas à Comissão, alegou que não podia intervir no

¹⁶ Cf. H. Tolley Jr., *op. cit.*, *supra* nº (3), p. 77.

processo e impedir as execuções; em 15.7.1986 o Governo dos Estados Unidos apresentou resposta à comunicação interposta pelos peticionários perante a Comissão¹⁷. Ainda que a Declaração Americana guardasse silêncio sobre a questão da pena capital, a qual aparece na Convenção Americana em que os Estados Unidos não são Parte, e ainda que a Comissão tivesse aceito o argumento dos Estados Unidos de que não existia norma de direito internacional consuetudinário a estabelecer a idade de 18 anos como idade mínima para a imposição da pena de morte, a Comissão, não obstante, do exame do caso concluiu (Resolução nº 3/87), em 27.3.1987, que os Estados Unidos, ao efetuarem as execuções, violaram os artigos I (direito à vida) e II (direito de igualdade perante a lei) da Declaração Americana de 1948¹⁸. O Governo norte-americano, não obstante o fato de os Estados Unidos não terem ratificado ou aderido à Convenção Americana e de discordar dos pontos de vista da Comissão, em nenhum momento questionou a competência desta última ou deixou de apresentar suas respostas ao que lhe foi imputado.

15. Dentre os numerosos casos individuais e coletivos que levaram a resoluções adotadas pela Comissão Interamericana, em sua maioria dizendo respeito a Estados-Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, figuram também casos atinentes a Estados que até o presente não ratificaram ou aderiram à Convenção Americana, a saber: Cuba (casos 1.604, 1.805, 2.300, 4.429, 7.602, 7.898, 7.899), Chile (casos 1.790, 2.126, 3.428, 8.095, 9.269), Estados Unidos (casos 2.141, 9.647, além do caso supracitado)¹⁹. A par dessa atuação (sistema de petições), o mesmo tem ocorrido na aplicação dos dois outros métodos de proteção (sistemas de relatórios e de investigações) pela Comissão Interamericana. Ao longo dos anos, tem a Comissão elaborado relatórios sobre a situação dos direitos humanos em diversos países, tanto – em sua maioria – Estados-Partes quanto Estados não-Partes na Convenção Americana. Quanto a estes últimos, citem-se, e.g., os relatórios da Comissão sobre a situação dos direitos humanos em Cuba (1976, 1979, 1980, 1983)

¹⁷ Cf. OEA, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1987*, p. 158-86.

¹⁸ Cf. *ibid.*, p. 187.

¹⁹ Cf. OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Diez Años de Actividades 1971-1981*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1982, p. 101-241; D. O'Donnell. *op. cit.*, *infra* nº (20), p. 724-5. Acrescente-se o Paraguai (casos 1.758, 1.759, 1.762, 1.763, 1.802, 2.018, 4.563, 7.848), anteriormente a sua recente ratificação da Convenção Americana (em 8.8.1989).

e no Chile (1974, 1976 a 1980, 1985)²⁰. Enfim, no tocante às investigações, a Comissão tem, ao longo dos anos, realizado observações *in loco* de tipo geral em cerca de dez Estados, e relativas a aspectos específicos em um número similar de Estados, quase todos Partes na Convenção Americana; em 1983, a Comissão conduziu uma observação *in loco* no Suriname, por haver assim requerido o Governo daquele país, mesmo não sendo o Suriname àquela época Parte na Convenção Americana²¹, e em 1985 voltou a preparar um relatório sobre a situação dos direitos humanos naquele país²².

3. Avaliação

16. No campo da proteção internacional dos direitos humanos, os órgãos de supervisão estabelecidos por cartas constitutivas de organizações internacionais ou resoluções de órgãos internacionais têm exercido regularmente suas funções tanto em relação a Estados-Partes quanto em relação a Estados não-Partes em tratados e Convenções de direitos humanos. Em nenhum caso sua competência foi questionada ou posta em dúvida; mesmo ao discordarem por vezes dos pontos de vista avançados pelos órgãos de supervisão no tratamento de casos ou situações levados ao conhecimento destes últimos por petições ou comunicações, os Estados (não-Partes) em questão jamais deixaram de reconhecer a competência e capacidade de ação daqueles órgãos. É este um ponto significativo a revelar que, em nossos dias, todos os Estados, inclusive os que ainda não ratificaram os tratados gerais de proteção dos direitos humanos, reconhecem que o tratamento pelo Estado de seus próprios nacionais *não* recai no pretenso e indemonstrável “domínio reservado” do Estado, e constitui assim matéria que pode ser legitimamente examinada no plano internacional e engajar a responsabilidade do Estado.

17. Tanto os Estados quanto os órgãos de supervisão internacionais têm ao longo dos anos acumulado experiência nesta área, a demonstrar a

²⁰ Cf. OEA, *Comisión Interamericana ...*, *op. cit.*, *supra* n° (19), p. 249-309; Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 722-3. Acrescenta-se o Paraguai (relatórios de 1978 a 1980, e 1987), anteriormente a sua recente ratificação, em agosto de 1989, da Convenção Americana.

²¹ E. Vargas Carreño. *Las Observaciones in Loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos en las Américas-Homenaje a la Memoria de C. A. Dunshee de Abranches*. Washington: Secretaría General de la OEA, 1984, p. 290-1, e cf. p. 292-305. – O Suriname ratificou a Convenção Americana aos 12 de novembro de 1987.

²² D. O'Donnell, *op. cit.*, *supra* n° (20), p. 723.

viabilidade e os benefícios resultantes de um diálogo entre uns e outros e a afastar eventuais temores ante o desconhecido. Já nos distanciamos gradualmente no tempo da fase legislativa dos instrumentos básicos de proteção internacional e já nos adentramos na fase de real implementação internacional dos direitos humanos, que se aperfeiçoa à medida que os Estados, em número cada vez mais crescente, ratificam ou aderem aos tratados de proteção dos direitos humanos de modo integral, inclusive com a aceitação dos instrumentos ou cláusulas facultativos. Exemplo marcante é fornecido pela Convenção Européia de Direitos Humanos, cuja eficácia e seriedade com que tem sido implementada se devem, em grande parte, ao fato de que *todos* os 22 Estados-membros do Conselho da Europa a ratificaram e, ademais, aceitam hoje – *todos* os 22 Estados-Partes – o direito de petição individual sob a Convenção (artigo 25); além disso, a competência compulsória da Corte Européia de Direitos Humanos (artigo 46 da Convenção) é hoje aceita por *todos* os Estados-Partes com a única exceção da Turquia²³.

18. É com naturalidade e maturidade que se tem procedido ao exame de casos ou situações de direitos humanos no plano internacional. Os órgãos de supervisão internacionais têm se mostrado sensíveis às demonstrações ou gestos de cooperação, boa vontade e reta intenção por parte dos Estados. Há fatores que militam claramente em favor do reconhecimento do direito de petição *com base convencional* e da *competência obrigatória* dos órgãos de supervisão criados por tratados, como veremos mais adiante. Desses dois elementos essenciais depende, em grande parte, o aprimoramento da implementação internacional dos direitos humanos. O Brasil, que, como vimos, já conta com experiência nesta área (cf. *supra*), saberá prestar o seu apoio àquele processo de aprimoramento, mediante, no que tange aos tratados gerais de proteção, a adesão tanto aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas quanto ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, e a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos acompanhada do reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²³ Council of Europe. *Statistical Data*, Strasbourg: CE, 6.1.1989, p. 1 (mimeografado, circulação interna).

III. *Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Instrumentos e Cláusulas Facultativos de Tratados de Proteção dos Direitos Humanos*

19. Em nível regional, como veremos a seguir, na própria prática do Brasil se encontram elementos inequivocamente em favor de sua aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*infra*). O mesmo ocorre em nível global, em que igualmente se encontram em posições assumidas pelo Brasil elementos indubitavelmente em prol de sua aceitação de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados de proteção dos direitos humanos. É o que se pode verificar no tocante à postura do Brasil ante o Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas que estabelece a competência do Comitê de Direitos Humanos (criado pelo Pacto), e os procedimentos para considerar petições ou comunicações interpostas por indivíduos. É da mesma forma o que se pode verificar no que tange à postura do Brasil ante cláusulas facultativas de outros tratados de proteção dos direitos humanos atinentes a petições ou comunicações tanto individuais quanto interestatais. Passemos ao exame detalhado de cada um desses pontos.

1. *Elementos para o Reconhecimento pelo Brasil da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

20. Em meu Parecer CJ/01, de 16.8.1985, recapitulei as diversas ocasiões em que o Brasil se manifestou em favor da proteção internacional dos direitos humanos nos foros internacionais, a saber, e.g., na VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (em 1954), na X Conferência Interamericana (em Caracas, em 1954), na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (em Santiago, em 1959), na II Conferência Interamericana Extraordinária (no Rio de Janeiro, em 1965), na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (em San José, em 1969). O Brasil, em suma, marcou presença na fase legislativa de elaboração de instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, tendo inclusive apresentado projetos sobre a matéria em conferências internacionais, e tendo, como se sabe, participado ativamente dos trabalhos

preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas.

21. Dentre as iniciativas do Brasil neste domínio, há uma, em particular, que merece destaque para os propósitos do presente Parecer: como ressaltai em meu Parecer CJ/01 de 1985 supracitado, *foi precisamente a Delegação do Brasil que propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos*, por ocasião da IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948). Na Exposição de Motivos, de quatro décadas atrás, a Delegação do Brasil alertou com clarividência para as possíveis “arbitrariedades insuperáveis” de que era vítima o indivíduo, cometidas pelas “próprias autoridades governamentais”. Na advertência da Delegação do Brasil, “algumas vezes, os próprios tribunais, estreitamente subordinados a um Poder Executivo opressor, cometem injustiças evidentes; ou então, o indivíduo se vê privado de acesso aos tribunais locais. Em tais casos, se se trata realmente de direitos fundamentais, impõe-se a possibilidade de recorrer a uma jurisdição internacional”. A proposta do Brasil, que, em suma, acentuava a necessidade da criação de um tribunal internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, foi aprovada e adotada como Resolução XXI da Conferência de Bogotá de 1948²⁴.

22. O Brasil insistiu em sua proposta: decorridas duas décadas, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (San José), o Chefe da Delegação do Brasil (C. A. Dunshee de Abranches), na primeira declaração formulada na 1ª sessão da Comissão I da referida Conferência, em 10 de novembro de 1969, após relembrar que a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 fôra aprovada com o voto brasileiro, prosseguiu:

Es oportuno recordar que en 1948 tocó a la Delegación del Brasil, formalizar durante la Conferencia de Bogotá la propuesta de creación de una Corte para la protección de los derechos humanos en las Américas.

²⁴ Cf. fontes e documentação reproduzidas em meu Parecer CJ/01, de 16.8.1985 §§ 60-61.

Dicha proposición fue incorporada al proyecto de Convención elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su Reunión de Santiago en 1959, y finalmente llega ahora a la consideración de esta Conferencia, como parte del proyecto revisado, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aprobado por el Consejo de la Organización. Sin embargo, persistimos en la convicción de que el establecimiento de tal Corte solamente se justifica si es aprobado por la gran mayoría de los Estados Americanos.

En el curso de los 21 años consumidos por la gestación del importante instrumento destinado a nacer en el suelo generoso de Costa Rica, el Brasil ha tomado otras iniciativas para abreviar la conclusión de la Convención sobre Derechos Humanos. Así fue que la Resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, realizada en Rio de Janeiro en 1965 y por la cual se deliberó proceder a la revisión del proyecto de Santiago y convocar esta Conferencia Diplomática, resultó de una proposición brasileña, apoyada por las demás Delegaciones.

(...) La Delegación del Brasil se propone participar en la labor colectiva de perfeccionamiento técnico del proyecto de Convención que nos sirve de instrumento de trabajo. Creemos que esta Conferencia pasará a la historia del sistema interamericano como una de las más importantes para el futuro del hemisferio.(...)²⁵

23. No decorrer da Conferência de San José de 1969 conducente à adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil teve participação das mais ativas, refletida em suas numerosas intervenções²⁶. Em uma destas (6ª sessão da Comissão II da Conferência, em 19 de novembro de 1969), a Delegação do Brasil afirmou que se impunha “*assegurar a independência*” da futura Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, ademais, não

²⁵ OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos – Actas y Documentos* (San José, Costa Rica, 6-22 de noviembre de 1969), OEA doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 150-1 (doc. 32, de 10.11.1969).

²⁶ Cf. intervenções da Delegação do Brasil in: *ibid.*, p. 121-8, 150-1, 158-60, 165, 167-8, 172-5, 179-80, 182-3, 185, 189-93, 195, 210, 212, 215, 228-34, 237-41, 247-9, 254, 264, 267-8, 277-8, 282, 284-5, 287, 289, 359-60, 362, 365, 367, 441, 446, 454-6 e 459.

poderia situar-se fora do sistema interamericano²⁷. A Delegação do Brasil, ao longo da referida Conferência, atuou consoante as Instruções da Secretaria de Estado das Relações Exteriores no sentido de adequar o projeto de Convenção ao nosso direito interno de modo a “tornar possível eventual adesão do Brasil à Convenção²⁸”.

24. Hoje, transcorridas duas outras décadas, uma decisão no sentido de fazer acompanhar a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos do reconhecimento pelo Brasil da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção (nos termos do artigo 62(1) da Convenção Americana) estaria em linha de inteira coerência com a iniciativa do Brasil de propor, já em 1948, a criação da Corte Interamericana, e da posição que voltou a externar em 1969 em defesa da independência da referida Corte. Mais do que isto, à luz das posições do Brasil avançadas naquelas ocasiões, seria difícil compreender e explicar um não-reconhecimento pelo Brasil da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

25. A Corte Interamericana, como se sabe, tem dois tipos de competência: a competência *contenciosa* (artigo 62 da Convenção Americana), de que aqui se trata, e a competência *consultiva* (artigo 64 da Convenção). Esta última é particularmente ampla, dado que todos os Estados-membros da OEA – tenham ou não ratificado a Convenção Americana – e todos os órgãos mencionados no capítulo X da Carta da OEA (e.g., Assembléia Geral, Conselho Permanente, Comissão Interamericana de Direitos Humanos) podem formular consultas à Corte sobre temas diversos (i.e., interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, determinação acerca da compatibilidade entre quaisquer das leis internas dos Estados americanos e a Convenção Americana ou outros tratados sobre direitos humanos). Em contrapartida, a competência contenciosa da Corte, que se refere à solução de casos em que se alegue que um dos Estados-Partes violou a Convenção, é obrigatória somente para os Estados-Partes que a reconhecerem, mediante uma declaração, como tal, sendo ademais facultado a outros Estados-Partes aceitar a competência contenciosa para qualquer caso concreto específico.

²⁷ *Ibid.*, p. 362 (doc. 85, de 22.11.1969).

²⁸ Cf. fontes e documentação citadas em meu Parecer CJ/01, de 16.8.1985, § 69.

26. Assim sendo, não chega a surpreender que, nestes primeiros anos de atuação da Corte, foi precisamente a competência consultiva a que mais se exerceu, mediante a emissão, até o presente, de *dez* Pareceres pela Corte. Mas a competência contenciosa também vem de ser exercida, nos *três casos hondurenhos* recentes. E cresce o número de Estados-Partes na Convenção Americana que têm reconhecido a competência obrigatória da Corte Interamericana, a saber: Argentina (em 5.9.1984), Colômbia (em 21.6.1985), Costa Rica (em 2.7.1980), Equador (em 24.7.1984), Guatemala (em 9.3.1987), Honduras (em 9.11.1981), Peru (em 21.1.1981), Suriname (em 12.11.1987), Uruguai (em 19.4.1985) e Venezuela (em 24.6.1981)²⁹. Sobre este particular, cabe ainda acrescentar que, nos termos da própria Convenção Americana, a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte “pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade³⁰, por prazo determinado ou para casos específicos” (artigo 62(2) da Convenção). Enfim, aos elementos acima há que agregar outra linha de considerações, de ordem constitucional, que desenvolverei mais adiante, como fundamentação jurídica para o reconhecimento, pelo Brasil, da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (cf. *infra*).

2. *Elementos para a Adesão do Brasil ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas*

27. O Brasil, além de ter participado nos *travaux préparatoires* dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) de Direitos Humanos das Nações Unidas, *votou efetivamente a favor da adoção do Protocolo Facultativo* ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, como consta dos

²⁹ Cf. OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 1988*, doc. OEA/Ser. L/V/III. 19-doc.13, de 31.8.1988, Anexo VII, p. 85.

³⁰ A Convenção Americana retoma, assim, neste ponto, a posição cristalizada no direito internacional segundo a qual a aceitação da jurisdição internacional, i.e., a adesão a cláusulas facultativas, pode fazer-se incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade; cf. M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, v. I, 7. ed., Madrid: Tecnos, 1985, p. 642. Sobre as modalidades de aceitação da jurisdição internacional (sendo uma delas a aceitação de cláusulas facultativas), cf., e.g., A.J. Rodriguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 416-7. – Sobre a reciprocidade na aceitação (facultativa) da jurisdição obrigatória (especificamente da Corte Internacional de Justiça), cf., *inter alia*, e.g., E. Decaux, *La réciprocité en Droit international*, Paris: LGDJ, 1980, p. 79-109; K. Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris: LGDJ, 1958, p. 320-1; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*. v. I, Leyden: Sijthoff, 1965, p. 384-8.

registros de votações da ONU. Antes de serem encaminhados ao plenário da Assembléia Geral das Nações Unidas, para decisão final, em dezembro de 1966, os dois Pactos e o Protocolo Facultativo, após prolongados debates, foram adotados pela III Comissão da Assembléia Geral (1.451ª reunião). O projeto de Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela III Comissão por unanimidade. O mesmo ocorreu com o projeto de Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, mas, a pedido do representante dos Estados Unidos, procedeu-se a votação nominal deste último: o resultado foi 92 votos a favor (*inclusive o do Brasil*) e nenhum contra. Já o projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, submetido a votação, foi adotado pela III Comissão por 59 votos a favor (*inclusive o do Brasil*), dois contra e 32 abstenções³¹.

28. Igualmente significativa foi a votação final conducente à adoção dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) de Direitos Humanos pela Assembléia Geral propriamente dita (Resolução nº 2.200 A (XXI), de 16.12.1966, 1.496ª reunião plenária). O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembléia por unanimidade, com 105 votos a favor (*inclusive o do Brasil*) e nenhum contra. O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos foi adotado pela Assembléia também por unanimidade, com 106 votos a favor (*inclusive o do Brasil*) e nenhum contra. E o Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos foi adotado pela Assembléia por 66 votos a favor (*inclusive o do Brasil*), dois contra e 38 abstenções. A Resolução nº 2.200 A, como um todo, foi adotada pela Assembléia por unanimidade, com 104 votos a favor (*inclusive o do Brasil*) e nenhum contra³². A posição do Brasil, como se vê, foi, portanto, clara: tanto em nível da III Comissão da Assembléia, como no plenário da própria Assembléia Geral das Nações Unidas, votou a favor da adoção tanto dos dois Pactos de Direitos Humanos quanto do Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

29. Decorrida pouco mais de uma década de operação do Comitê de Direitos Humanos nos termos do Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, crescem em número os Estados que ratificaram ou aderiram ao Protocolo: totalizam estes hoje 44 Estados-Partes, dentre os

³¹ ONU, documento A/6.546, *Report of the Third Committee*, de 3.12.1966. In: ONU, *Official Records of the General Assembly* (XXI Session, 1966), *Annexes*, v. II, p. 63 (item 62 da agenda).

³² ONU, *Yearbook of the United Nations – 1966*, p. 418-9.

quais 18 da América Latina e Caribe. Dentre os Estados sul-americanos que ratificaram ou aderiram ao Protocolo figuram Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela³³. Os Estados de nossa região, somados a 14 Estados europeus ocidentais e 10 Estados africanos, ao ratificarem ou aderirem ao Protocolo, deram assim mostras de seu correto entendimento de que tal medida era essencial à consecução da plena vigência dos direitos civis e políticos consagrados no Pacto das Nações Unidas.

3. *Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Cláusulas Facultativas de Outros Tratados de Proteção dos Direitos Humanos*

30. Algumas ponderações hão de ser levadas em conta na consideração da aceitação pelo Brasil de cláusulas facultativas de tratados de proteção de direitos humanos a reconhecerem o direito de petição ou comunicação; aplicam-se elas tanto à adesão do Brasil ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos (*supra*) quanto à aceitação pelo Brasil de cláusulas facultativas de outros tratados sobre direitos humanos, a cobrirem estas tanto as petições ou comunicações *individuais* quanto as *interestatais* (*infra*). O próprio reconhecimento do direito de petição sob tratados de proteção é testemunho do fato de que a proteção dos direitos humanos, objeto de detalhada regulamentação internacional e dotada de órgãos de supervisão internacionais, *não* há de ser tida como recaindo na pretensa “competência nacional exclusiva”.

31. Sempre me posicionei, como Professor de Direito Internacional, claramente em favor do fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos, com base nos fundamentos jurídicos e pelas razões expostos em meus inúmeros estudos sobre a matéria publicados ao longo dos últimos vinte anos. Assim, em monografia editada em 1969, três anos após a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos, e do Protocolo Facultativo, das Nações Unidas, ponderei precisamente que já os primeiros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, nos planos global e regional, representavam necessárias limitações aos governantes no tratamento da pessoa humana, mesmo porque a proteção dos direitos básicos da pessoa humana *não* se esgota, como *não* poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na assim

³³ UN, *Human Rights – Status of International Instruments*, NY/ Geneva: UN, doc. ST/HR/5, 1987, p. 90-1.

chamada e indeterminável “competência nacional exclusiva”³⁴. Tornara-se insustentável alegar, com a mesma indiferença e insensibilidade como o fizeram alguns internacionalistas do passado, que o tratamento pelo Estado de seus próprios nacionais recaia no domínio reservado estatal; a interação entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional no presente domínio – acrescentei uma década depois – possibilita melhor compreensão da operação da noção de “garantia coletiva” subjacente a tratados que estabelecem mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos³⁵.

32. Poucos anos depois sustentei que, enfocada a questão da vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados sobre a matéria do ângulo dos Estados, “é certo que a ratificação, por estes, de instrumentos como a Convenção Americana e os Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constitui a condição *sine qua non* para um tratamento *com seriedade* por parte dos Estados da questão da proteção dos direitos humanos tanto internacional quanto nacionalmente”³⁶. Divulgada a recente elevação do número de instrumentos de ratificação ou adesão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, destaquei as relevantes implicações desse “novo quadro regional promissor de gradual emancipação da pessoa humana *vis-à-vis* seu próprio Estado”, que “não poderão passar despercebidas de nossos juristas e governantes, tanto nos países que ratificaram instrumentos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como nos países que lamentavelmente ainda não o fizeram”³⁷. Mais recentemente, perante a Assembléia Nacional Constituinte (audiência pública de 29 de abril de 1987 na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), insisti na necessidade de pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos

³⁴ A. A. Cançado Trindade. *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, p. 33-9; e, posteriormente, A. A. Cançado Trindade. *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 13-50.

³⁵ A. A. Cançado Trindade. A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta, 27 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 1979, p. 342-4-75-84.

³⁶ A. A. Cançado Trindade. A Evolução das Competências dos Órgãos Políticos Internacionais: Os Casos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, 28 *Revista Brasileira de Política Internacional*. 1985, nº 2.109/110, p. 132.

³⁷ A.A. Cançado Trindade, Resenha do livro *European Human Rights Convention in Domestic Law – A Comparative Study* de A.Z. Drzemczewski. In: 60/61 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1985) p. 540.

das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pendentes de aprovação parlamentar no Congresso Nacional desde outubro/novembro de 1985 até o presente)³⁸.

33. Também como Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores minha posição tem sido de igual modo invariavelmente a mesma: a meu primeiro Parecer sobre a matéria como Consultor Jurídico do Itamaraty (Parecer CJ/01, “O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil”, de 16.8.1985, p. 1-62), que serviu de base à decisão do Brasil de aderir aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seguiram-se outros Pareceres, em que sempre e consistentemente procurei estabelecer os fundamentos para o alinhamento do Brasil à causa da proteção internacional dos direitos humanos e para o fortalecimento desta última em nosso país (Parecer CJ/19, “A Proteção dos Refugiados em seus Aspectos Jurídicos: a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiado e a Questão do Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica”, de 19.5.1986, p. 1-28; Parecer CJ/29, “A Necessidade de Harmonização entre a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Legislação Nacional sobre a Matéria”, de 11.7.1986, p. 1-3; Parecer CJ/30, “A Questão da Assinatura pelo Brasil da Convenção Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes (de 1985) e da Formulação de Reserva ou de Declaração Interpretativa”, de 15.7.1986, p. 1-5; Parecer CJ/37, “Postura do Brasil ante o Projeto de Declaração sobre Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção da Criança e à Adoção (Nações Unidas, 1985-1986)”, de 24.8.1986, p. 1-14; Parecer CJ/60, “O Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Elementos para a Tomada de Posição do Brasil”, de 26.3.1987, p. 1-8; Parecer CJ/93, “Novos Elementos para a Tomada de Posição do Brasil em Relação ao Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, de 20.10.1987, p. 1-6; Parecer CJ/99, “Denúncia e Nova Adesão do Governo Brasileiro à Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho Concernente à Inspeção do

³⁸ Cf. A. A. Cançado Trindade, Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional, *Diário da Assembléia Nacional Constituinte – Atas das Comissões*. Brasília, v. I, nº 66 (supl.), 1987, p. 109-15, esp. p. 111.

Trabalho na Indústria e no Comércio (1947), de 24.11.1987, p. 1-10; Parecer CJ/138, “O Caso das Restrições da Chancelaria Coreana à Concessão de Asilo Diplomático por Ocasão da Olimpíada de Seul (Setembro de 1988)”, de 22.9.1988, p. 1-3). O presente Parecer se insere, como não poderia deixar de ser, na mesma linha de pensamento.

34. Com efeito, os próprios tratados sobre direitos humanos, ao reconhecerem a responsabilidade primária de proteção por parte dos órgãos internos do Estado e o caráter subsidiário dos mecanismos de proteção internacional, cuidaram de evitar os conflitos entre as jurisdições internacional e nacional e de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. Assim, contém aqueles tratados cláusulas de compatibilização entre seus dispositivos e os de direito interno, por vezes se referindo expressamente aos preceitos constitucionais e leis internas do Estado para harmonizá-los com os dispositivos convencionais e tornar eficazes os direitos garantidos. Aqui também se situam as cláusulas de derrogação e de limitações ou restrições ao exercício de certos direitos – a serem restritivamente interpretadas, – para atender às necessidades ou exigências dos Estados face a situações de emergência imprevisíveis e propiciar o fiel desempenho dos Estados de seus deveres públicos em prol do bem comum. As próprias *cláusulas facultativas*, de que trata o presente Parecer, afiguram-se como alternativas abertas aos Estados pelos tratados sobre direitos humanos para a aceitação *normal* das obrigações convencionais, de modo a possibilitar-lhes medir o grau de comprometimento que se vêem em condições de contrair e viabilizar, desse modo, as ratificações ou adesões do maior número possível de Estados.

a) Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Cláusulas Facultativas a Reconhecerem o Direito de Petição Individual

35. Outra das precauções tomadas pelos tratados sobre direitos humanos foi a consagração de condições de admissibilidade de petições ou comunicações (individuais e interestatais), de modo a evitar abusos do direito de petição e assegurar a sua compatibilidade com as próprias disposições convencionais. Dentre estas condições de admissibilidade figura a do prévio esgotamento de recursos de direito interno, a evidenciar precisamente a responsabilidade primária de proteção dos órgãos internos ou nacionais e o caráter subsidiário dos procedimentos internacionais, e a insistir na proteção

local (função primordial dos órgãos internos dos Estados) como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. As cláusulas facultativas a reconhecerem o direito de petição individual não fazem exceção a isto, cabendo atentar, e.g., para as condições de admissibilidade de comunicações (individuais) consagradas no artigo 14 da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e no artigo 22 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984).

36. Enquanto nestas duas Convenções o direito de petição individual é de aceitação facultativa, sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 44) é, distintamente, de aceitação automática quando da ratificação da Convenção. Em contrapartida, o direito de petição interestatal é de aceitação facultativa sob a Convenção Americana (artigo 45), ao passo que sob a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigos 11-3) é de aceitação obrigatória quando da ratificação da Convenção. A Convenção Americana distingue-se, pois, neste particular, das duas Convenções das Nações Unidas supracitadas, e também da solução da Convenção Européia de Direitos Humanos (sob a qual, contrariamente à solução da Convenção Americana, o direito de petição individual (artigo 25) é de aceitação facultativa e o de petição interestatal (artigo 24) de aceitação compulsória quando da ratificação da Convenção)³⁹.

37. A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi uma das que maior número de ratificações logrou, em um período de tempo relativamente curto. Conta hoje com 130 Estados-Partes⁴⁰. O Brasil, que participou dos *travaux préparatoires* da Convenção⁴¹, prontamente firmou-a (em 07 de março de 1966), e não tardou em ratificá-la (em 27 de março de 1968)⁴². Para o

³⁹ A. A. Cançado Trindade, *The Evolution of the Organisation of American States (OAS) System of Human Rights Protection: An Appraisal*, 25 *German Yearbook of International Law*. 1982, p. 507-8.

⁴⁰ Cf. UN, *Human Rights – Status of International Instruments*, NY/Geneva: UN, 1987, doc. ST/HR/5, p. 95-8.

⁴¹ Inclusive buscando assegurar eficácia à atuação do órgão de supervisão criado pela Convenção, o Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial (CERD); cf. intervenções da Delegação do Brasil. In: ONU, documento A/C.3/SR.1302, *Report of the Third Committee*, de 13.10.1965. In: ONU, *Official Records of the General Assembly (XX Session, 1965)*, 1.302 nd meeting, p. 75; e ONU, documento A/C.3/SR.1.313, *Report of the Third Committee*, de 21.10.1965. In: ONU, *Official Records of the General Assembly (XX Session, 1965)*, 1.313th meeting, p. 125.

⁴² Cf. UN, *op. cit.*, *supra* n° (40) p. 95.

Brasil, a aceitação do direito de petição ou comunicação individual, nos termos do artigo 14(1) da Convenção, afigura-se como um complemento natural das obrigações contraídas sob a Convenção. Encontra-se, com efeito, plenamente compatibilizado com estas o nosso direito interno: caberia aqui recordar que, já bem antes da adoção da referida Convenção, a Lei nº 1.390, de 3.7.1951 (Lei Afonso Arinos) – modificada e atualizada pela Lei nº 7.437, de 20.12.1985 – incluiu entre as *contravenções penais* a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. A recente Constituição Federal de 1988 foi mais além, ao dispor taxativamente no artigo 5 (XLII) que “a prática do racismo constitui *crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Nada obsta, pois, a aceitação pelo Brasil, de forma integral, de todas as obrigações consagradas na referida Convenção, inclusive no tocante aos mecanismos de supervisão internacional. Até o presente, 12 Estados já reconheceram o direito de petição ou comunicação individual sob o artigo 14 (1) da referida Convenção⁴³.

38. Os *travaux préparatoires* da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, a cargo de um Grupo de Trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (consoante mandato atribuído à Comissão pela Assembléia Geral), contaram com a ativa participação da Delegação do Brasil em todas as suas fases⁴⁴. A Convenção, adotada por consenso em 1984, prontamente atraiu as assinaturas de muitos Estados: menos de dois anos após sua adoção, mais de quarenta Estados, pertencentes a distintos sistemas jurídicos, já a haviam firmado, – inclusive o Brasil. No mesmo dia em que discursou na XL Assembléia Geral das Nações Unidas (23 de setembro de 1985), o Senhor Presidente da República assinou a Convenção e, posteriormente, fez questão de ressaltar este fato na Mensagem ao Congresso Nacional submetendo-a à aprovação parlamentar para eventual ratificação pelo Governo brasileiro, tal a importância que atribuía à Convenção⁴⁵. Com

⁴³ Cf. UN, *op. cit.*, *supra* nº (40), doc. anexo *Chart of Ratifications*, p. 2-13.

⁴⁴ Cf. MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à Comissão de Direitos Humanos – XL Sessão (1984)* p. 11-20 (datilografado, circulação interna).

⁴⁵ Cf. Presidência da República, Mensagem (ao Congresso Nacional) nº 195, de 3.6.1986. In: *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), 25.6.1987, p. 1212-3. Posteriormente o Senhor Presidente da República referiu-se à tortura como “terrorismo de Estado” e acrescentou que, ao assinar na ONU a Convenção contra a Tortura, dava início à “meta de criar condições para fazer do próprio Estado um guardião dos direitos humanos no Brasil”. Cf. declarações reproduzidas. In: *Jornal do Brasil*, 29.11.1985, 1º caderno, p. 3.

feito, o Brasil vem de ratificar (em 28 de setembro de 1989) a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, a exemplo do que há pouco fizera (em 20 de julho de 1989) no plano regional, quando igualmente aderiu à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (de 1985).

39. A proibição da tortura em todas as suas formas e as obrigações decorrentes desta proibição, constituem o *mínimo exigível* do poder público. A aceitação pelo Brasil do direito de petição ou comunicação individual sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, nos termos de seu artigo 22(1), afigura-se como o próximo passo a ser dado pelo Brasil em relação àquela Convenção, consoante a importância que lhe tem com toda justiça atribuído. Ademais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 determina categoricamente que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (artigo 5 (III)) e caracteriza a prática de tortura como *crime inafiançável* e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5 (XLIII)). Até o presente, 12 Estados-Partes aceitaram a disposição do artigo 22 (1) da Convenção⁴⁶.

40. O direito de petição individual persiste como um elemento central e fundamental da institucionalização da proteção internacional dos direitos humanos. A aceitação de cláusulas facultativas que o consagram atende a considerações tanto de princípio quanto de opção de curso de ação. De princípio, por contribuir decisivamente ao aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, nos planos tanto interno quanto internacional; de opção, por atender ademais à necessidade de despolitização, na medida do possível, dos órgãos de supervisão internacionais. Há que considerar que estes últimos, como toda instituição humana, nem sempre parecerão perfeitos; mas é igualmente certo que as pressões neste domínio existem, mesmo em relação a Estados não-Partes em tratados humanitários, e maiores se configuram quando deixadas ao plano das relações puramente interestatais, ao *contentieux diplomatique* interestatal.

41. Assim sendo, interessa ao Brasil, como a todos os Estados, garantir um tratamento jurídico objetivo, ao invés de politicamente

⁴⁶ Tendo os mesmos Estados aceito igualmente a disposição do artigo 21(1) da Convenção sobre petições ou comunicações interestatais (cf. *infra*). Cf. UN, *op. cit.*, *supra* nº (40), doc. anexo *Chart of Ratifications*, p. 2-13.

motivado, de questões e casos relativos à proteção dos direitos humanos. Interessa ao Brasil, como a todos os Estados, que queixas internacionais de violações de direitos humanos sejam examinadas consoante regras de procedimento claras (inclusive quanto aos critérios de admissibilidade), por órgãos independentes, com conhecimento especializado da matéria e voltados em última análise à proteção das vítimas. Os órgãos melhor equipados para esta tarefa não são os órgãos de composição política ou intergovernamental (como, e.g., a Comissão de Direitos Humanos da ONU), que também têm um papel a desempenhar, mas antes os órgãos que recebem um mandato concreto dos tratados e Convenções sobre direitos humanos que os criam. São estes órgãos, compostos por especialistas atuando em sua capacidade individual, que, imunes e acima das pressões dos governos individuais, melhor reúnem as condições necessárias a um exame objetivo, equilibrado e isento de reclamações internacionais de violações de direitos humanos, pautado por considerações de ordem exclusivamente humanitária.

42. O reconhecimento da capacidade de agir desses órgãos, inclusive no exame de petições ou reclamações individuais, satisfaz os anseios da despolitização do tratamento da matéria, em favor do aperfeiçoamento dos mecanismos de supervisão internacional; desse modo, a própria política das organizações não-governamentais nesta área, que por vezes preocupa as Chancelarias de países diversos, pode ser canalizada para os procedimentos a regerem atuação dos órgãos de supervisão dotados de base convencional. Além disso, a aceitação de cláusulas facultativas de tratados sobre direitos humanos a reconhecerem o direito de petição individual constitui real garantia adicional, já não só no plano nacional como também internacional, de efetiva proteção contra a violação dos direitos humanos. Sua aceitação pelo Brasil há de contribuir, assim, também para a projeção da consolidação interna da democracia na vida internacional do país e para a cristalização definitiva da imagem do Brasil como país respeitador e garantidor dos direitos humanos nos planos interno e internacional.

b) *Elementos para a Aceitação pelo Brasil de Cláusulas Facultativas a Reconhecerem o Direito de Petição Interestatal*

43. As considerações acima também se aplicam ao direito de petição interestatal sob tratados de direitos humanos, mecanismo –

fundamentalmente distinto da intervenção diplomática – pelo qual se põe em prática a noção básica de “garantia coletiva” subjacente àqueles tratados. As petições ou comunicações interestatais encontram-se igualmente sujeitas a condições de admissibilidade. Em determinados tratados encontram-se consagradas em cláusulas facultativas: é o caso, e.g., do artigo 41(1) do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, do artigo 21(1) da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, e do artigo 45(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A par das condições de admissibilidade, só se admitem tais petições ou comunicações por parte de Estados-Partes que tiverem reconhecido, em relação a si próprios, a competência do órgão de supervisão em questão que pretendem ver exercida em relação ao Estado-Parte ao qual se imputam as supostas violações de direitos humanos.

44. Abre-se, dessa forma, para o tratamento daquelas petições ou comunicações, uma via institucionalizada e regulamentada pelos próprios tratados ou Convenções de direitos humanos, que contribui para despolitizar a matéria e assim evitar ou neutralizar pressões indevidas tão comuns no contencioso diplomático, nas relações diretas de governo a governo. Em suma, as mesmas razões que militam em favor da aceitação pelo Brasil de cláusulas facultativas a reconhecerem o direito de petição individual (*supra*) aqui recomendam igualmente a aceitação pelo Brasil das três cláusulas facultativas supracitadas a reconhecerem o direito de petição interestatal. Acrescente-se que o Brasil *já aceita* este último nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigos 11-13), em que as petições ou comunicações interestatais são de aceitação obrigatória quando da ratificação da Convenção. Até o presente 22 Estados-Partes aceitaram a disposição do artigo 41(1) do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos,⁴⁷ 12 Estados-Partes aceitaram a disposição do artigo 21(1) da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura⁴⁸ e oito Estados-Partes aceitaram a disposição do artigo 45(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁹.

⁴⁷ Cf. UN, *op. cit.*, *supra* nº (40), doc. anexo *Chart of Ratifications*, p. 2-13.

⁴⁸ Cf. *ibid.*, p. 2-13.

⁴⁹ Cf. OAS. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987-1988*, doc. OEA/Ser.L/V/II.74-doc. 10 rev. 1, de 18.9.1988, p. 6 nº 1.

45. Em todo caso, a experiência revela que o uso do mecanismo das petições ou comunicações interestatais tem sido pouco freqüente até o presente. Os Estados têm se mostrado cautelosos ou relutantes em interpor reclamações contra outros Estados, talvez por receio de que tais reclamações venham a ter repercussões bem mais amplas e profundas que muitas das petições individuais e venham a comprometer desse modo suas relações amistosas. Assim, nos 36 anos de vigência da Convenção Européia de Direitos Humanos (de 1953 até o presente), por exemplo, raros foram os casos de petições interestatais sob o artigo 24 da Convenção: *Grécia versus Reino Unido*, (a propósito de Chipre, 1956-1957), *Áustria versus Itália* (1961-1963), *Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda versus Grécia* (1967-1970), *Irlanda versus Reino Unido* (1971), *Chipre versus Turquia* (1974-1978), e *Dinamarca, França, Holanda, Noruega e Suécia versus Turquia* (1982-1983)⁵⁰; paralelamente a estes seis casos interestatais sob a Convenção, somente no período 1979-1987 registraram-se mais de cinco mil petições individuais (das quais 276 declaradas admissíveis) sob o artigo 25 da Convenção Européia⁵¹. Não há, porém, como negar que as petições interestatais, ainda que bem menos freqüentes, também contribuem a seu modo para a institucionalização e o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos.

46. Na Exposição de Motivos do Poder Executivo da União, de 4 de dezembro de 1980, sobre a adesão do México aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a quatro outros tratados sobre direitos humanos (Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher (1952), Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher (1948), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e Convenção sobre Asilo Territorial (1954)), o então Presidente do México (J. López Portillo) ressaltou o “processo de congruência”, a “adequação” e o “correlato lógico e necessário” entre a Constituição e o direito interno mexicanos e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a consagrarem “essencialmente os mesmos” direitos fundamentais e garantias

⁵⁰ Cf. European Commission of Human Rights. *Survey of Activities and Statistics – 1988*, doc. 19.650-06.2, Strasbourg, Council Europe, 1988, p. 9.

⁵¹ Cf. European Commission of Human Rights. *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights – Supplement 1987*. Strasbourg, Council of Europe, 1988, p. 109 e 88-93.

individuais e sociais. Como “não existe uma discrepância significativa entre as doutrinas contemporâneas em matéria de direitos humanos que prevalecem na ordem internacional e a percepção das garantias individuais e sociais que caracteriza o Estado mexicano”, acrescentou o Senhor Presidente, a adesão do México aos referidos tratados sobre direitos humanos nada mais é do que uma “consequência lógica” dos esforços de aperfeiçoamento da vida interna do país, da “coincidência no essencial” entre os desenvolvimentos nos planos jurídicos interno e internacional⁵².

47. Dito isto, o Presidente do México avançou, porém, como justificativa para o não-reconhecimento àquela época pelo México do direito de petição interestatal sob o artigo 41 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas e para a não-adesão pelo México àquela época ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, o argumento surpreendente de que “a estrutura jurídica e política de nosso país – diferentemente das de outros – permite corrigir as falhas que existam no regime interno de proteção dos direitos humanos”⁵³. Da mesma forma, descartou naquele momento (*por ahora*), a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (sob o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ao entender que “a legislação nacional prevê os recursos necessários para corrigir qualquer falha na estrutura de preservação das garantias individuais e sociais no país”⁵⁴. Ora, tal profissão ou confissão de auto-suficiência requer demonstração; o México deu sem dúvida um passo importante com a decisão em 1980 de proceder à adesão aos tratados sobre direitos humanos, mas persiste um aparente paradoxo – que, a meu ver, cabe evitar ou superar – entre as duas linhas de argumentação acima transcritas.

48. A adesão aos tratados humanitários é certamente condição *sine qua non* e passo decisivo e dos mais importantes no processo de consolidação da proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, mas constitui uma relevante *etapa* – e não o final – deste longo processo. O

⁵² Exposición del Poder Ejecutivo de la Unión sobre los Pactos y Convenciones Internacionales que Promueven la Protección de los Derechos Humanos (de 4.12.1980), reproduzida. In: A. Etienne Llano, *La Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional*. México: Ed. Trillas, 1987, Apêndice A, p. 183-8 e 197.

⁵³ *Ibid.*, p. 193.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 195

aprimoramento e fortalecimento dos mecanismos de supervisão internacional requerem a aceitação pelos Estados dos instrumentos e cláusulas facultativos dos tratados humanitários (a preverem o direito de petição, individual e interestatal e a competência obrigatória de órgãos de supervisão). Não há como negar que em diversos países persiste sensível distância entre a formulação de direitos no plano constitucional ou interno e a efetiva implementação daqueles direitos. A responsabilidade básica ou primária pela proteção dos direitos humanos, inclusive à luz dos próprios tratados humanitários, recai, certamente, nos órgãos e instrumentos do ordenamento jurídico interno, mas não se esgota neste, não se esgota na atuação do Estado: é justamente quando falham as instituições nacionais – que como toda criação humana não são perfeitas – que os mecanismos internacionais de proteção, de caráter subsidiário, são acionados.

49. Em nossos dias, mesmo os Estados que antes assumiram uma posição resistente à evolução da proteção internacional dos direitos humanos passam a dar mostras de uma clara mudança de atitude em relação à matéria. Assim, e.g., os Delegados de Estados socialistas enfim *agree to compromises such as an obligatory procedure on inter-State communications or a relatively far-reaching inquiry procedure*⁵⁵. Verifica-se hoje, e.g., uma “atitude claramente mais conciliatória” da União Soviética quanto ao tratamento pelas Nações Unidas da *questão do Afeganistão*; e independentemente de declarações oficiais de seus governos, como membros de órgãos de implementação internacional *Socialist experts cooperate actively in quasi-judicial procedures for the protection of human rights*⁵⁶. Esta nova postura dos Estados socialistas (cf. também *infra*) certamente haverá de repercutir na dos Estados Unidos, que até o presente têm assumido uma “atitude ainda mais negativa” do que a do bloco socialista no passado em relação à proteção internacional dos direitos humanos⁵⁷.

⁵⁵ M. Nowak, *The Attitude of Socialist States towards the Implementation of UN Human Rights Conventions*, 6 *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 1988, p. 89.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 89. – Para uma exposição das razões da atitude tão negativa dos Estados Unidos sobre a matéria, cf.: N.H. Kaufman e D. Whiteman, *Opposition to Human Rights Treaties in the United States Senate: The Legacy of the Bricker Amendment*, 10 *Human Rights Quarterly*. 1988, p. 309-37; Th. Buergenthal, *International Human Rights*, St. Paul/Minn., West Publ. Co., 1988, cap. 7, p. 211-46. Para recentes sugestões em favor da adesão dos Estados Unidos aos tratados gerais de proteção dos direitos humanos, cf. os artigos de R.B. Bilder, Th. Buergenthal, R.F. Drinan, L. Garber, e L.B. Sohn, no *Symposium on Human Rights: An Agenda for the New Administration*, 28 *Virginia Journal of International Law*. 1988, p. 835-54, 863-6 e 913-7.

50. A exemplo dos Estados socialistas do Leste Europeu, também a China passou, a partir de 1978, a mostrar-se mais receptiva aos avanços da proteção internacional dos direitos humanos. Em fins de 1981 a China ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e, em 1983, ratificou a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. A partir de 1982 passou a China a integrar a Comissão de Direitos Humanos da ONU, onde, aceitando a autoridade e competência das Nações Unidas nesta área, passou a votar em favor de resoluções autorizando investigações das Nações Unidas de situações de direitos humanos em determinados Estados-membros⁵⁸. Com efeito, o *Relatório da Delegação do Brasil* à Comissão de Direitos Humanos da ONU de 1984 dá conta de que o êxito *dos travaux préparatoires* conducentes a adoção da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura se deveu, até certo ponto, à “decisão da China de não impedir o consenso sobre a cláusula sobre jurisdição universal” e a “maior flexibilidade da Delegação soviética em diversos aspectos do projeto”⁵⁹. A emergência de nova mentalidade neste domínio haverá de fomentar a difusão de um clima propício à aceitação de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados sobre direitos humanos por parte de um número cada vez maior e mais significativo de Estados(-Partes).

IV. *Gradações de Obrigações Convencionais e Outras Providências a Serem Tomadas pelo Brasil em Matéria de Proteção Internacional dos Direitos Humanos*

51. Um estudo comparativo dos múltiplos instrumentos contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos revela que, mesmo entre dispositivos equivalentes de dois ou mais tratados ou instrumentos, é possível detectar distintos graus de obrigações de proteção contraídas, seja no plano normativo em relação à formulação dos direitos protegidos (por vezes, aspectos dos mesmos direitos), seja no plano processual em relação à operação dos mecanismos de implementação⁶⁰. Assim, um

⁵⁸ R. Cohen. People's Republic of China: The Human Rights Exception, 9 *Human Rights Quarterly*. 1987, p. 447-549, esp. p. 511, 528 e 536-8.

⁵⁹ MRE, *Relatório da Delegação do Brasil...* op. cit., supra nº (44), p. 12 (datilografado, circulação interna).

⁶⁰ Para um extenso e detalhado estudo recente a respeito, cf. A. A. Cançado Trindade, *Co-Existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*, 202 *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*. 1987, p. 21-435.

Estado que, por exemplo, já contraiu, em relação à proteção de determinados direitos, obrigações de alcance particularmente amplo sob certos tratados humanitários, haveria que considerar como lógica e natural a adesão *a fortiori* a outros tratados humanitários que prevêem um mínimo essencial de proteção àqueles mesmos direitos (cf. *infra*).

52. O Brasil já efetivou as ratificações ou adesões a importantes tratados relativos a aspectos específicos da proteção dos direitos humanos, a saber: Convenção sobre Asilo de 1928 (em 3.9.1929), Convenção sobre Asilo Político de 1933 (em 23.2.1937) Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Civis à Mulher de 1948 (em 19.3.1952), Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Políticos à Mulher de 1948 (em 21.3.1950), Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (em 15.4.1952), Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949 (em 29.6.1957), Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (em 16.11.1960), Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1952 (em 13.8.1963), Convenção sobre Asilo Diplomático de 1954 (em 17.9.1957), Convenção sobre Asilo Territorial de 1954 (em 14.1.1965), Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino de 1960 (em 19.4.1968), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (em 27.3.1968), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (em 1.2.1984), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 (em 20.7.1989), e Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 (em 28.9.1989). Acrescentem-se as ratificações pelo Brasil de Convenções internacionais do trabalho: as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil até o presente são as de números 5, 6, 11, 12, 14, 16, 19, 21, 22, 26, 29, 42, 45, 52, 53, 58, 80, 88, 89, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 113, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 124, 125, 127, 131, 142 e 148.

53. Conforme indicado, os relevantes tratados acima, em que o Brasil é Parte, voltam-se a aspectos *específicos* da proteção dos direitos humanos, ao passo que os tratados *gerais* de proteção (os dois Pactos – e Protocolo Facultativo – de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) encontram-se, desde outubro/novembro de 1985 até a presente data, pendentes de aprovação no

Congresso Nacional. A adesão do Brasil, de forma *integral* (i.e., englobando instrumentos e cláusulas facultativos – cf. *supra*), a esses tratados gerais de proteção há de fazer-se acompanhar de outras providências a serem tomadas pelo Brasil, por lógica e coerência, a incluírem, *inter alia*: adesão do Brasil aos dois Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário, levantamento pelo Brasil da reserva geográfica sob a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, adesão do Brasil às duas Convenções das Nações Unidas contra o *Apartheid* (de 1973 e de 1985), adesão do Brasil ao Protocolo Adicional (de 1988) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e outras providências (*infra*).

1. *Adesão do Brasil aos Dois Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário*

54. A adesão do Brasil ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos e sua aceitação das cláusulas facultativas dos tratados sobre direitos humanos (*supra*) não de fazer-se acompanhar da adesão do Brasil aos dois Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário, por dois motivos básicos. Em primeiro lugar, tal decisão, face à ausência de qualquer impedimento de ordem jurídica, estaria em linha de coerência com posições anteriores do Brasil em matéria de Direito Internacional Humanitário: recorde-se, *inter alia*, que o Brasil prontamente aderiu a todos os atos internacionais que compõem o chamado “direito da Haia” assim como às quatro Convenções de Genebra de 1949. A *Exposição de Motivos* do Itamaraty (de 1954) sobre estas últimas constituiu um eloqüente testemunho do reconhecimento pelo Brasil dos méritos e significado histórico dos avanços logrados por estes instrumentos de Direito Internacional Humanitário⁶¹. Por ocasião da Conferência Diplomática de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário (1974-1977), a Delegação

⁶¹ Para estes e outros dados, cf. A. A. Cançado Trindade. A Evolução do Direito Internacional Humanitário e as Posições do Brasil, *Direito Internacional Humanitário*, Brasília, MRE/FUNAG/IPRI, 1989, p. 13-21, e cf. p. 21-39.

do Brasil reconheceu a superação da reciprocidade em Direito Internacional Humanitário, invocando neste sentido o artigo 60(5) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969⁶².

55. Em segundo lugar, as *garantias do Direito Internacional Humanitário constituem um mínimo irredutível*, abaixo do qual todo atentado implicaria em violação dos próprios direitos humanos; com efeito, os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos acarretam um maior alcance de proteção e um mais elevado grau de obrigações do que os de Direito Internacional Humanitário⁶³, e é assim de se esperar que um Estado que tenha aceito as obrigações convencionais dos primeiros também aceite, por conseguinte, as deste último. No mais, aquele mínimo irredutível constitui um todo inalienável, inerente à pessoa humana, em virtude do que não podem as pessoas protegidas em caso algum renunciar total ou parcialmente aos direitos que lhes são atribuídos (artigos 7/1/7/7/8 das Convenções de Genebra); ademais, os dois domínios – Direito Internacional Humanitário e proteção internacional dos direitos humanos – são complementares, particularmente no tocante às garantias judiciais, e as garantias dos Direitos Humanos se fazem presentes no *corpus* do Direito Internacional Humanitário⁶⁴ (artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra, artigo 75 do Protocolo I e artigos 4-6 do Protocolo II)⁶⁵. As garantias previstas neste último já se encontram consagradas, em maior grau, nos tratados de proteção

⁶² *Cit. in ibid.*, p. 30.

⁶³ Para um cotejo das normas de um e de outro, cf., e.g., M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1985, p. 146-7.

⁶⁴ M. Sassoli, *Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme: une comparaison*, 43 *Annuaire suisse de Droit international*. 1987, p. 59-61, esp. p. 60; M. El Kouhene, *op. cit.*, *supra* nº (63), p. 155-7 e 161. É sintomático da evolução do direito internacional o fato de que, na Conferência que levou à adoção das quatro Convenções de Genebra de 1949, o princípio da reciprocidade deu margem a vivos debates, ao passo que na mais recente Conferência Diplomática de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário a questão não foi sequer suscitada; M. El Kouhene, *op.cit.*, p. 155.

⁶⁵ Mesmo no âmbito do Direito Internacional Humanitário propriamente dito, observe-se, em relação aos Estados que ratificaram as quatro Convenções de Genebra, mas ainda não os dois Protocolos de 1977, que, e.g., o artigo 3 comum às referidas Convenções de Genebra, por um lado, não é tão preciso e detalhado quanto o Protocolo II, mas, por outro lado, tem um âmbito mais amplo de aplicação do que o Protocolo II, porquanto não se circunscreve apenas aos conflitos armados não-internacionais que reúnem as condições (restritivas) estipuladas no Protocolo II, podendo estender-se a outros conflitos armados não-internacionais. – Acrescente-se que certas disposições, e.g., artigo 3 (*in fine*) comum às quatro Convenções de Genebra, artigo 4 do Protocolo I, artigo 3(1) do Protocolo II, prevêm que sua aplicação não terá efeito sobre o estatuto jurídico das partes em conflito.

internacional dos direitos humanos, e não há por que os Estados-Partes nestes últimos não procederem à adesão aos dois Protocolos de 1977 às Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário.

2. *Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica sob a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados*

56. A salvaguarda dos direitos da pessoa humana tanto sob o Direito Internacional Humanitário quanto sob o Direito dos Refugiados pode, com efeito, ser tida como voltada a domínios ou setores específicos do regime jurídico geral da proteção internacional dos direitos humanos *lato sensu* (i.e., em tempos tanto de paz quanto de conflitos armados). Que os tratados de proteção internacional dos direitos humanos (*stricto sensu*) voltam-se à salvaguarda dos direitos consagrados em situações de “normalidade” se depreende do fato de conterem cláusulas de derrogação – exceto em relação a um núcleo mínimo de direitos interrogáveis – em momentos de crise institucional. Ocorre que a proteção dos direitos humanos se estende também – mediante precisamente os instrumentos de Direito Internacional Humanitário e de Direito dos Refugiados – a situações de “anormalidade”, de convulsões e conflitos armados (internacionais e não-internacionais), – verificando-se, assim, uma complementaridade entre os tratados e instrumentos dos três setores ou domínios específicos de proteção. Estamos diante de um regime jurídico geral de proteção internacional, de um *droit de protection*, essencialmente voltado às vítimas, em busca de assistência e proteção nas mais variadas circunstâncias.

57. Ao ratificar, em 1960, a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, optou o Brasil pela aplicação da restrição, de cunho geográfico, pela qual o reconhecimento da condição de refugiados se vincularia a eventos ocorridos “na Europa” antes da data limite⁶⁶ consagrada na Convenção de 1951 (artigo 1(B)(1)); por conseguinte, tal reserva geográfica veio restringir a aplicabilidade da referida Convenção no Brasil a refugiados

⁶⁶ O Protocolo de 1966 Relativo ao Estatuto dos Refugiados veio a suprimir a restrição *temporal* (para eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, consoante o artigo 1(A) (2) da Convenção de 1951), abolindo aquela data limite. Como o Brasil é Parte tanto na Convenção de 1951 quanto no Protocolo de 1966 já não mais se coloca em relação a nós a questão da reserva temporal.

de origem européia. Em atendimento a consulta do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, emiti, em 19 de maio de 1986, um longo e minucioso Parecer sobre a proteção dos refugiados em seus múltiplos aspectos jurídicos, no qual sustentei a necessidade de levantamento pelo Brasil da reserva geográfica sob a Convenção de 1951 e expus os fundamentos jurídicos para tal⁶⁷. Não cabe aqui repetir os argumentos ali desenvolvidos, mas destacar resumidamente alguns pontos principais, considerando que aquela providência ainda não foi tomada pelo Brasil.

58. A referida reserva geográfica volta-se a problema específico da Europa do pós-guerra, sendo hoje mantida na América do Sul apenas por Brasil e Paraguai. A evolução da proteção dos refugiados, em casos e circunstâncias os mais distintos envolvendo deslocamentos significativos de agrupamentos humanos, tem sido no sentido de uma extensão ou ampliação da noção de refugiados, para reduzir ao mínimo possível o número de vítimas desprotegidas de eventos causados pelo próprio homem; assim, em perspectiva histórica, a cláusula da reserva geográfica da Convenção de 1951 mostra-se como um expediente anacrônico e sua manutenção equivaleria a uma visão estática e ultrapassada da realidade internacional. Ademais, a possibilidade ou risco de fluxo em massa de refugiados existe *de fato*, em diferentes regiões do mundo, e a vigência de uma clara estrutura normativa a regulamentar a matéria – nos planos tanto interno quanto internacional – só poderá ajudar os Estados na resolução do problema.

59. Seria irrisório pretender que as cifras recentes atuais de refugiados em trânsito no Brasil pudessem contribuir para agravar os nossos problemas sociais ou de mercado de trabalho; recorde-se que a Convenção de 1951 não prevê automatismo de sua aplicação, mas faculta antes às autoridades nacionais de cada Estado-Parte a decisão sobre a propriedade do pedido de refúgio no *cas d'espèce*. A par de providências a serem tomadas no âmbito do direito interno⁶⁸, o levantamento da reserva geográfica estaria longe de acarretar para o Brasil encargos adicionais insuportáveis; as obrigações

⁶⁷ Parecer CJ/19, “A Proteção dos Refugiados em seus Aspectos Jurídicos: A Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiado e a Questão do Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica”, de 19.5.1986, p. 1-28.

⁶⁸ Para a sugestão de medidas, no âmbito do direito interno, a serem tomadas para acompanhar o eventual levantamento da reserva geográfica pelo Brasil, cf. meu supracitado Parecer CJ/19, de 19.5.1986, p. 21-4.

encontram-se já consignadas na Convenção de 1951, em que o Brasil é Parte. Ademais, a decisão do Brasil de aderir aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos (*supra*) constitui argumento adicional, e de grande peso, em favor do levantamento pelo Brasil da reserva geográfica sob a Convenção de 1951.

60. Assim, pelo Pacto de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas os Estados-Partes se comprometem a assegurar a observância dos direitos consagrados a “todos os indivíduos dentro de seu território e sujeitos a sua jurisdição, (...) sem distinção de qualquer tipo, tal como (...) opinião política ou outra, origem nacional ou social (...)” (artigo 2(1)). Qualquer pessoa (*everyone*) que esteja “legalmente” dentro do território de um Estado tem resguardados “o direito a liberdade de movimento e a liberdade de escolher sua residência” (artigo 12(1)), só se admitindo restrições em razão de *ordre public* (artigo 12(3)). Acrescenta o Pacto o princípio da igualdade de todas as pessoas perante a lei, para desfrutar de igual proteção da lei sem qualquer tipo de discriminação (tal como, *inter alia*, com base em opinião política ou outra, origem nacional ou social – artigo 26).

61. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a seu turno, igualmente se refere aos compromissos dos Estados-Partes de observância dos direitos consagrados na Convenção de “toda pessoa” sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma (e.g., por motivos, *inter alia*, de “opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social” – artigo 1), e, quando necessário, de adoção das medidas legislativas ou de outro caráter para a implementação de tais direitos (artigo 2). A Convenção Americana reconhece a igualdade de todas as pessoas perante a lei, em virtude da qual todas as pessoas “têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (artigo 24). A Convenção Americana dedica significativamente um artigo, de alcance dos mais amplos, ao direito de circulação e de residência (artigo 22), cujo parágrafo 7º dispõe sobre o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro em casos de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com os políticos.

62. Ora, um maior grau de proteção de um direito sob determinados tratados humanitários acarretaria e justificaria a aceitação de obrigações em menor escala de salvaguarda do mesmo direito sob outro tratado humanitário. Ao dispor sobre o direito de circulação e de residência (artigo 22), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vai mais além

do que a Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados nesse particular, assim como – juntamente com o Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – em relação a algumas das obrigações dos Estados-Partes acima referidas. Por conseguinte, – como sustentei em meu Parecer CJ/19, de 19.5.1986, supracitado – *do ponto de vista jurídico a manutenção pelo Brasil da reserva geográfica da Convenção de 1951 seria, além de anacrônica, incompreensível.*

3. *Adesão do Brasil às Duas Convenções das Nações Unidas contra o Apartheid (de 1973 e de 1985).*

63. São amplamente conhecidas e divulgadas as inúmeras e categóricas declarações do Brasil em foros multilaterais de condenação e repúdio ao regime do *apartheid*⁶⁹. Ora, a maneira mais eficaz de dar seqüência à condenação do *apartheid* com vistas à sua abolição consiste em traduzir tal condenação em termos de obrigações legais – o que requer as ratificações ou adesões pelo Brasil à Convenção sobre a Eliminação e a Repressão do Crime do *Apartheid* (1973) e à Convenção contra o *Apartheid* nos Esportes (1985), acompanhadas de medidas de direito interno (*infra*). Cabe ao Brasil firmar estas duas Convenções, uma vez que, como sustentei em meu Parecer CJ/30, de 15.7.1986⁷⁰, a adesão do Brasil a esta última (de 1985) há logicamente de fazer-se acompanhar pela adesão do Brasil à Convenção-base sobre a matéria, a de 1973.

64. Recorde-se, significativamente, que o Decreto presidencial nº 91.524, de 9.8.1985, após recordar, em sua parte preambular, a política seguida pelo Brasil de “restringir todos os contatos esportivos, culturais e artísticos com a África do Sul, conforme recomendado pelas Nações Unidas” (6º parágrafo), determinou, em sua parte operativa, a *proibição* de “quaisquer atividades que caracterizem intercâmbio cultural, artístico ou desportivo com a África do Sul” (artigo 1º) em decorrência da política de *apartheid* do Governo daquele país. Em atendimento a consulta do Senhor Ministro de

⁶⁹ Cf., e.g., declarações reproduzidas. In: A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1961-1981). Brasília: MRE /FUNAG, 1984, p. 269, 271, 276-7 e 333.

⁷⁰ Parecer – CJ/30, “A Questão da Assinatura pelo Brasil da Convenção Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes (de 1985) e da Formulação de Reserva ou de Declaração Interpretativa”, de 15.7.1986, p. 1-5.

Estado das Relações Exteriores, emiti, em 30 de setembro de 1985, um longo e detalhado Parecer (CJ/04) em que examinei a questão da prática brasileira de aplicação de medidas contra o *apartheid* (de 1977 em diante) e do conteúdo, efeitos e alcance das sanções aplicadas pelo Brasil à África do Sul (em cumprimento das recomendações das Nações Unidas) por meio do referido Decreto nº 91.524 de 9.8.1985 (em relação particularmente à proibição da participação de esportistas e artistas brasileiros em eventos na África do Sul), e em que analisei ademais as questões das bases “constitucionais” da aplicação de sanções no plano internacional, da classificação destas últimas e dos efeitos e alcance da implementação de sanções contra o *apartheid*⁷¹. Não deixa de ser curioso que, em nosso país, as medidas de direito interno de aplicação das sanções das Nações Unidas contra o *apartheid* na África do Sul tenham *precedido* a adesão do Brasil às Convenções internacionais sobre a matéria; tais medidas, alentadoras, não só abrem caminho, como militam hoje decisivamente, em favor da pronta adesão do Brasil às duas Convenções das Nações Unidas contra o *Apartheid* (de 1973 e de 1985).

4. *Adesão do Brasil ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988)*

65. Não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica para que se amplie o elenco dos direitos convencionalmente protegidos. A Convenção Européia de Direitos Humanos conta hoje com oito Protocolos Adicionais e a Carta Social Européia com um. Em nosso continente, foi adotado em fins de 1988 o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Veio este a suprir uma brecha ou lacuna histórica que persistia no sistema interamericano de proteção no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais: quando da adoção em 1969 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, optou-se pela inserção nesta última tão-somente de direitos civis e políticos, e de apenas um dispositivo (artigo 26) sobre o “desenvolvimento

⁷¹ Parecer CJ/04, “Fundamentos Jurídicos, Natureza, Efeitos e Alcance das Sanções do Brasil à África do Sul: O Decreto nº 91.524 de 9 de Agosto de 1985 e as Medidas contra o *Apartheid*”, de 30.9.1985, p. 1-39.

progressivo” dos direitos econômicos, sociais e culturais, a recaírem sob as normas econômicas, sociais e culturais da Carta (emendada) da OEA. Ocorre, porém, que tais normas da Carta da OEA enunciam objetivos aos Estados-membros nesta área, ao passo que, o de que aqui veio mais recentemente a se cogitar, passou a ser o estabelecimento de normas que efetivamente *protegessem* direitos humanos e aprimorassem e fortalecessem a medida e o grau de proteção dos indivíduos no domínio econômico, social e cultural.

66. Conforme sustentei em Pareceres anteriores⁷², há o Brasil de prestar seu claro apoio à iniciativa do recente Protocolo à Convenção Americana destinado a fortalecer em nosso continente a proteção da pessoa humana em níveis nacional e internacional no domínio econômico, social e cultural: a efetivação da adesão do Brasil à Convenção Americana há de fazer-se acompanhar da adesão do Brasil ao Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Convenção e Protocolo formando hoje um todo harmônico. O Protocolo de 1988 acatou uma diferenciação entre os direitos de “exigibilidade imediata” (assemelhados, para efeitos de proteção, aos direitos civis e políticos), prestando-se ao sistema de petições ou comunicações individuais encaminhadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (a saber, direito de associação e liberdade sindical (artigo 8 (1) (a)) e direito à educação (artigo 13)), – e os demais direitos nele consagrados, de “realização progressiva”, a serem implementados por meio do sistema de relatórios de que estariam encarregados, além da Comissão Interamericana, o Conselho Interamericano Econômico e Social (CIES), o Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura (CIECC) e organismos especializados interamericanos⁷³.

⁷² Parecer CJ/60, “O Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Elementos para a Tomada de Posição do Brasil”, de 26.3.1987, p. 1-8; Parecer CJ/93, “Novos Elementos para a Tomada de Posição do Brasil em Relação ao Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, de 20.10.1987, p. 1-6.

⁷³ Para recente e detalhada avaliação crítica, cf. A. A. Cançado Trindade. *A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (VII Curso Interdisciplinario), 1989, p. 1-46; A. A. Cançado Trindade, *La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles*, 94 *Revue Générale de Droit international public* – Paris, 1990, nº 2 (no prelo).

5. *Outras Providências (Convenção (nº 87) sobre a Liberdade Sindical (de 1948) e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979))*

a) *Convenção (nº 87) sobre a Liberdade Sindical (de 1948)*

67. Uma vez concretizada a adesão pelo Brasil, de forma integral, aos tratados *gerais* de proteção internacional dos direitos humanos (dois Pactos de Direitos Humanos – e Protocolo Facultativo – das Nações Unidas e Convenção Americana sobre Direitos Humanos), acrescidas das demais medidas recomendadas no presente Parecer em relação a outros tratados humanitários, há que considerar duas outras providências de todo indicadas. Primeiramente, cabe retomar, ou impulsionar, a iniciativa de adesão do Brasil à Convenção nº 87 sobre a Liberdade Sindical (de 1948), indiscutivelmente uma das mais importantes, se não a mais significativa das Convenções internacionais do trabalho de toda a história de Organização Internacional do Trabalho (OIT), e que conta hoje com as ratificações de 97 Estados-membros da OIT. A Convenção nº 87 visa precisamente garantir a liberdade sindical ante o poder público⁷⁴ destinando-se para tal a assegurar o direito de constituir organizações sindicais e de a elas afiliar-se (liberdade de sindicalização). A Convenção nº 87 constitui, assim, um instrumento básico de garantia de um dos direitos humanos fundamentais, cuja implementação revela afinidades com o exercício dos próprios direitos civis.

68. Pouco após a adoção da Convenção nº 87 em 1948 (pela XXXI Sessão da Conferência Geral da OIT), o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores (Ciro de Freitas Vale) encaminhou, em 31 de maio de 1949, Exposição de Motivos ao Senhor Presidente da República (Eurico Gaspar Dutra), em que recomendou o encaminhamento da Convenção ao Congresso Nacional para aprovação, para eventual ratificação pelo Governo brasileiro, por representar a Convenção nº 87 “a primeira tentativa de transformar em obrigações jurídicas precisas uma das liberdades humanas fundamentais”. Pela Mensagem Presidencial nº 256, de 1949, foi a referida Convenção submetida à aprovação do Poder Legislativo. Dezesete anos

⁷⁴ Sobre o conteúdo normativo da Convenção nº 87, cf., e.g., Arnaldo Sussekind, *Direito Internacional do Trabalho*. 2ª ed. rev., São Paulo: LTr, 1987, p. 283-92.

transcorreram (de 1949 a 1966) sem que a referida Mensagem viesse a ser objeto de apreciação final por parte de qualquer das Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados! O advento da Constituição de 1967 serviu de pretexto para retardar a apreciação da matéria por mais 14 anos; em 1981, reconsiderada a Mensagem pela Câmara dos Deputados, foi enfim por esta aprovada, e encaminhada, em agosto de 1984, ao Senado Federal, onde se encontra pendente de decisão até a presente data!⁷⁵ Com efeito, a Convenção nº 87 da OIT tem desse modo *permanecido pendente de aprovação parlamentar por nada menos de 40 anos!* Assim, o Brasil, que ratificou inúmeras Convenções da OIT (cf. *supra*), não ratificou, porém, até o presente, aquela que constitui o instrumento central de todo o vasto *corpus* normativo elaborado ao longo de já sete décadas pela OIT. Cabe suprir esta lacuna, mediante a retomada, com novo ímpeto, da iniciativa de adesão do Brasil à Convenção nº 87 da OIT, conforme recomendada pelo Itamaraty em 1949.

b) *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979)*

69. Das providências adicionais a serem consideradas pelo Brasil, cabe, em segundo lugar, proceder à retirada das reservas à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979), a que aderiu o Brasil em 1 de fevereiro de 1984. Alguns Estados já agiram desta forma, ao retirarem nos últimos anos reservas que haviam formulado à Convenção de 1979 (cf. *infra*). Com efeito, as reservas feitas pelo Brasil aos artigos 15(4) (igualdade de direitos quanto à liberdade de movimento e de residência e domicílio), e 16 (1)(a), (c), (g) e (h) (não-discriminação em relação a aspectos do casamento e de relações familiares) da Convenção de 1979 podem suscitar dúvidas quanto à sua compatibilidade com o objeto e propósito da referida Convenção, porquanto, se postas em prática, podem resultar na discriminação contra a mulher que a Convenção visa justamente eliminar, e assim minar a eficácia ou mesmo a vigência da Convenção. Já a reserva do Brasil ao artigo 29(1) (solução de controvérsias) da Convenção afigura-se desnecessária e mesmo injustificável, por duas razões: primeiramente, aquela disposição não consagra o automatismo da jurisdição

⁷⁵ Dados constantes dos arquivos da Divisão de Organismos Internacionais Especializados (DIE) do Itamaraty e do Banco de Dados do Centro de Processamento de Dados do Senado Federal (PRODASEN).

internacional (referindo-se, inclusive, ao recurso inicial à negociação); em segundo lugar, conforme ressaltai no Parecer CJ/06, de 28 de outubro de 1985, a prática do Brasil sobre a matéria é das mais ricas e variadas⁷⁶, e comporta exemplos de aceitação pelo Brasil de cláusulas sobre solução de controvérsias (em tratados distintos) similares à do artigo 29(1) da Convenção de 1979 (*supra*).

70. Parece formar-se hoje uma nítida tendência, em boa hora, de examinar mais detidamente os fundamentos de reservas a tratados sobre proteção dos direitos humanos, mantendo-as – as que são permissíveis – em um mínimo necessário, para isto levando-se em conta a natureza especial dos referidos tratados de proteção, a requererem um tratamento distinto dos demais tratados⁷⁷. Diferentemente dos tratados multilaterais clássicos, em que predomina o princípio da reciprocidade, nos tratados de proteção dos direitos humanos aquele princípio – ainda que não tenha desaparecido inteiramente – cede terreno à noção predominante de “garantia coletiva”, implementável pelos órgãos de supervisão ou controle internacional estabelecidos por estes tratados. Ora, ao se consagrarem os preceitos sobre reservas a tratados multilaterais nas duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969 e de 1986), *não* se teve em mente tais mecanismos de controle internacional coletivo, – que, no entanto, são criados pelos tratados de direitos humanos para o propósito de proteção da pessoa humana, prevendo a competência de órgãos de supervisão internacionais. Não há assim como descartar que tais órgãos, no presente contexto, possam manifestar-se sobre a caracterização e a validade ou não de medidas que almejam restringir sua competência para o exercício de proteção. Não há como descartar que a questão jurídica da validade ou permissibilidade seja regida pelo próprio tratado e que sobre ela possam pronunciar-se – exceto se expressamente disposto em contrário – os órgãos de proteção por ele criados.

71. Dificuldades seriam provavelmente removidas se os próprios tratados de proteção dos direitos humanos contivessem critérios e procedimentos expressos para a determinação da compatibilidade ou não

⁷⁶ Cf. Parecer CJ/06, “Cláusulas sobre Solução Pacífica de Controvérsias em Acordos Internacionais (Com Atenção Especial à Prática do Brasil)”, 28.10.1985, p. 1-20.

⁷⁷ As Convenções internacionais do trabalho, e.g., a propósito, em razão das características especiais do processo de sua adoção e de seu conteúdo e objeto e propósito, e em decorrência da estrutura e prática únicas da OIT, simplesmente não dão margem a formulação de reservas.

das reservas com os seus objeto e propósito. Testemunhamos, porém, em nossos dias, passos iniciais de uma nova evolução da matéria e sinais alentadores de formação da consciência da *necessidade de nova mentalidade no tratamento da questão das reservas a tratados sobre proteção dos direitos humanos*. Para isto têm contribuído ultimamente tanto a prática dos Estados-Partes quanto a dos órgãos de supervisão internacionais.

72. Vejamos alguns exemplos significativos da prática recente dos Estados-Partes. No tocante precisamente à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a França procedeu, em meados de 1986, à retirada das reservas que formulara aos artigos 15(2) e (3), 16(1) (c), (d) e (h) da Convenção⁷⁸. A Irlanda, da mesma forma, em fins de 1986 retirou as reservas que fizera aos artigos 9(1) e 15(4) da Convenção de 1979⁷⁹. E a Nova Zelândia, em janeiro de 1989, também retirou uma reserva que formulara à Convenção de 1979⁸⁰. No tocante a outro tratado, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), em meados de 1978 a Bélgica decidiu retirar a reserva que fizera ao artigo III da Convenção⁸¹.

73. Esta nova atitude sobre a matéria também tem sido externada ultimamente pelos Estados socialistas. Assim, em discurso dos mais significativos perante a 43ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (em 7 de dezembro de 1988), o Presidente do *Presidium* do Soviete Supremo da União Soviética (M. S. Gorbachev) declarou:

– *We intend to expand the Soviet Union's participation in the human rights monitoring arrangements of the United Nations(...). We believe that the jurisdiction of the International Court of Justice at The Hague as regards the interpretation and implementation of agreements on human rights should be binding on all States*⁸².

Esta declaração reflete sem dúvida uma mudança fundamental de postura e uma nova mentalidade sobre a matéria. Com efeito, em 8 de março de

⁷⁸ UN, doc. C.N.181.1986. Treaties-6/(IV.8) (Depositary Notification), p. 1-2.

⁷⁹ UN, doc. C.N.320.1986. Treaties-11/(IV.8)(Depositary Notification), p. 1-2.

⁸⁰ UN, doc. C.N.19.1989. Treaties-1/(IV.8) (Depositary Notification), p. 1-2.

⁸¹ UN, doc. C.N.148, 1978. Treaties-2/(XVI.1) (Depositary Notification), p. 1.

⁸² UN, doc. A/43/PV.72, de 08.12.1988, p. 26.

1989 a União Soviética retirou as reservas que formulara ao artigo 29 (1) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)⁸³, ao artigo 22 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)⁸⁴, ao artigo IX da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948)⁸⁵, ao artigo 30(1) da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984)⁸⁶, ao artigo IX da Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952)⁸⁷ e ao artigo 22 da Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição (1949)⁸⁸. Desse modo, a União Soviética reconheceu a competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça para a solução de qualquer controvérsia concernente à interpretação e aplicação destes seis tratados sobre proteção internacional dos direitos humanos (*supra*).

74. Na notificação (de 8.3.1989) da retirada das reservas supracitadas da URSS ao depositário dos seis tratados sobre direitos humanos acima (o Secretário-Geral das Nações Unidas), o Chanceler soviético (E. Shevardnadze) esclareceu que a medida que a União Soviética vinha de tomar se baseava em decreto de 10.02.1989 do *Presidium* do Soviete Supremo, pelo qual a União Soviética passava a aceitar a competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça em relação àqueles seis tratados humanitários (*supra*). Para fundamentar tal decisão a União Soviética invocou “a importância de maior promoção de cooperação entre os Estados na esfera humanitária”, a começar pelos tratados sobre direitos humanos, e “o primado do Direito nos assuntos políticos”. E acrescentou o Chanceler soviético, em nome de seu Governo, significativamente: – *In advocating the primacy of international law, we take the position that international legal norms and obligations of States take precedence over their domestic enactments*⁸⁹.

75. No mesmo dia desta notificação, em longo discurso na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Vice-Ministro das Relações Exteriores da URSS (A.L. Adamishin) ressaltou a importância da decisão de

⁸³ UN, doc. C.N/30-1989. Treaties-2/(IV.8)(Depositary Notification), p. 1-3

⁸⁴ UN, doc. C.N.28, 1989. Treaties-1/(IV.2) (Depositary Notification), p. 1-3.

⁸⁵ UN, doc. C.N.27, 1989. Treaties-1/ (IV.1) (Depositary Notification), p. 1-3.

⁸⁶ UN, doc. C.N.29, 1989. Treaties-2/(IV.9) (Depositary Notification), p. 1-3.

⁸⁷ UN, doc. C.N.32.1989. Treaties-1/(XVI.1) (Depositary Notification), p. 1-3.

⁸⁸ UN, doc. C.N.31.1989. Treaties-1/(VII.11^a) (Depositary Notification), p. 1-3.

⁸⁹ Cf. UN, documentos citados nas notas (83) a (88) *supra*, p. 2 (de cada um dos documentos).

seu país, situando-a no “novo modo de pensar” próprio da evolução recente da posição soviética ante a proteção internacional dos direitos humanos⁹⁰. Idêntica posição veio a seguir a ser tomada pela Ucrânia, que igualmente levantou as reservas (equivalentes às da URSS) que formulara aos seis tratados sobre direitos humanos supracitados, vindo assim e da mesma forma a reconhecer a competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça em relação a eles⁹¹. Paralelamente, depois de quatro décadas de hesitação, os Estados Unidos procederam, enfim, em 25 de novembro de 1988, à ratificação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (de 1948)⁹².

76. Acrescente-se que, recentemente, os Governos da Holanda e da República Federal da Alemanha criticaram e questionaram a validade do subterfúgio das reservas de coordenação dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos (i.e., que objetivam restringir, em nome da coordenação, a competência de determinado órgão de supervisão internacional)⁹³. À medida que os Estados, em número crescente, revelam sua predisposição em envidar esforços, com mais determinação, para fortalecer a implementação internacional dos direitos humanos, o recurso a determinadas reservas, que restrinjam ou impeçam a operação normal dos órgãos de supervisão internacionais, afigura-se com maior clareza não se coadunar estritamente com a noção básica de garantia coletiva subjacente aos tratados de proteção dos direitos humanos.

77. Outros exemplos significativos e reveladores de uma nova postura sobre a matéria em apreço podem ser detectados igualmente na prática recente dos órgãos de supervisão internacionais. A crescente atenção por estes dedicada correntemente à questão depreende-se do levantamento efetuado recentemente, no âmbito das Nações Unidas, de compilações sistemáticas de reservas ao Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁹⁴. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a

⁹⁰ MRE, telegrama 194, de 9.3.1989 (de Brasdesarm para Exteriores).

⁹¹ Cf. UN, doc. C.N.115.1989, Treaties-5/(IV.1) (Depositary Notification), p. 1-3.

⁹² UN, doc. C.N.281.1988, Treaties-2/(IV.1) (Depositary Notification), p. 1-2.

⁹³ Cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, *infra* n° (94), p. 170-1, e cf. p. 169-89.

⁹⁴ 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*. 1987, p. 188 n° 574-6.

seu turno, recentemente instou os Estados-Partes, a que “reconsiderassem periodicamente quaisquer reservas feitas” em relação a dispositivos dos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas a fim de “certificar-se se deveriam ser mantidas”⁹⁵. Ainda no plano global, cumpre ressaltar que no *Caso A.M. versus Dinamarca* (1982) perante o Comitê de Direitos Humanos, sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, a interposição de uma reserva de coordenação (entre instrumentos coexistentes de proteção) não passou incontestada, por limitar indevidamente a competência dos órgãos de supervisão internacionais⁹⁶.

78. No plano regional, um dos desenvolvimentos mais marcantes sobre a matéria vem de ocorrer, como tive ocasião de acentuar em meu recente curso na Academia de Direito Internacional da Haia, com as decisões da Comissão e da Corte Européias de Direitos Humanos nos casos *Temeltasch* e *Belilos*, respectivamente, acerca das reservas à Convenção Européia de Direitos Humanos⁹⁷. No caso *Temeltasch versus Suíça* (1982), a Comissão Européia, ao relembrar que em ocasiões diversas emitira uma “interpretação” de reservas, pela primeira vez afirmou de forma inequívoca que era competente para decidir sobre a compatibilidade de determinada reserva ou declaração interpretativa com a Convenção Européia (embora no caso concluísse que uma declaração interpretativa da Suíça produzia os efeitos jurídicos de uma reserva válida). A decisão da Comissão, de todo modo, abriu caminho para o julgamento, mais recentemente, no caso *Belilos versus Suíça* (1988), em que a Corte Européia, a seu turno, foi mais além, ao sustentar, com efeito, que uma declaração interpretativa suíça equivalia a uma reserva e que desta feita a declaração ou reserva em questão não tinha validade e era incompatível com a Convenção Européia (os requisitos do artigo 64).

79. Este julgamento, sem precedentes neste particular, não apenas preconizou uma nova mentalidade sobre a matéria: constitui-se no primeiro pronunciamento de um tribunal internacional ao declarar inválida uma reserva a um tratado multilateral. Isto se tornou possível graças à especificidade dos tratados sobre direitos humanos em geral, e da Convenção Européia de

⁹⁵ CDH, Resolução nº 1987/26, de 10.3.1987, §7º, *cit. in ibid.*, p. 188.

⁹⁶ Cf. *ibid.*, p. 173-6.

⁹⁷ Cf. *ibid.*, p. 184-5.

Direitos Humanos em particular. A Corte Européia baseou sua decisão em três disposições da Convenção Européia: o artigo 19 (sobre a função básica da Corte e da Comissão de zelar pelo respeito aos compromissos das Partes Contratantes sob a Convenção), e os artigos 45 e 49 (sobre a competência da Corte para interpretar e aplicar a Convenção e, em caso de contestação, determinar sua própria competência), combinados com o artigo 64 sobre reservas⁹⁸. Já no Parecer de 1951 sobre *Reservas à Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* a própria Corte Internacional de Justiça alertara que os tratados humanitários diferiam de outros tratados multilaterais clássicos, porque nos primeiros as vantagens e concessões individuais e recíprocas cediam terreno às obrigações gerais de caráter objetivo (não-recíproco); e, na experiência de aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos – dotada, como outros tratados de proteção dos direitos humanos, de mecanismo de supervisão próprio, – o sistema da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969), da “aceitação/objeção” de reservas, simplesmente não tem funcionado, talvez por não lograr assegurar um comportamento uniforme e coerente dos Estados-Partes almejado pela Convenção Européia consoante seu objeto e propósito⁹⁹. Abriu-se, assim, o campo à apreciação das reservas pelos próprios órgãos de supervisão sob a Convenção Européia. É este um aspecto contemporâneo importante da evolução da proteção internacional dos direitos humanos, a afetar e questionar práticas do passado e a requerer novas soluções, que só não hão de ser compreendidas e aceitas se se apegar dogmáticamente a uma visão estática e ultrapassada do direito internacional.

V. *A Aceitação Necessariamente Integral de Instrumentos e Cláusulas Facultativos de Tratados de Proteção dos Direitos Humanos*

80. As considerações acima nos conduzem a algumas reflexões adicionais acerca do alcance da aceitação de instrumentos e cláusulas

⁹⁸ European Court of Human Rights, *Belilos Case* (20/1986/118/167), Judgment of 29.4.1988, §50, p. 19.

⁹⁹ Nesse sentido: H.J. Bourguignon, *The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties*, 29 *Virginia Journal of International Law*. 1989, p. 369-71 e 385-6; G. Cohen-Jonathan, *Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)*, 93 *Revue générale de Droit international public*. 1989, p. 278, 294-6.

facultativos de tratados de proteção dos direitos humanos. No tocante à operação dos órgãos de supervisão internacionais sob estes tratados, há que distinguir as reservas de conteúdo substantivo ou material (voltadas ao exercício de determinados direitos garantidos) das reservas de processo, que afetam ou visam restringir os procedimentos internacionais de controle ou supervisão¹⁰⁰. Ora, nem sequer as primeiras – as reservas substantivas – têm em nossos dias passado incontestadas: registre-se, e.g., que a Suécia, em março de 1986, levantou objeções às reservas formuladas por Bangladesh, Brasil, Egito, Jamaica, Maurício, Nova Zelândia, República da Coreia, Tailândia e Tunísia a disposições da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher relativas ao exercício de determinados direitos garantidos¹⁰¹. É, no entanto, em relação a reservas de procedimento, que afetam o funcionamento normal dos órgãos de supervisão internacionais no presente domínio, que – como ressaltei no curso que proferi na Academia de Direito Internacional da Haia em 1987 – surgem hoje indicações claras, na jurisprudência, doutrina e prática dos Estados, no sentido de que cabe àqueles próprios órgãos a apreciação da validade de tais reservas¹⁰².

81. Talvez uma vigilância maior por parte dos depositários de tratados sobre direitos humanos, e.g., prontamente requerendo dos Estados explicações e precisões sobre as reservas formuladas, possa prevenir ou evitar controvérsias e esclarecer dúvidas e incertezas¹⁰³. Em Parecer de 1983, a Corte Interamericana de Direitos Humanos advertiu que a questão do valor recíproco das reservas “não é plenamente aplicável no âmbito dos direitos humanos”, em que a própria interpretação das reservas há de dar-se à luz do objeto e propósito dos tratados humanitários em questão, não podendo o Estado permanecer como árbitro único e final do cumprimento de suas próprias obrigações internacionais em todas as matérias vinculadas à reserva¹⁰⁴.

¹⁰⁰ G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, *supra* n° (99), p. 281-311.

¹⁰¹ UN, doc. C.N. 80.1986. Treaties-3/(IV.8) (Depositary Notification), p. 1-3.

¹⁰² A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, *supra* n° (94), p. 169-89; e, posteriormente, G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, *supra* n° (99), p. 281, 290 e 300.

¹⁰³ 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*. 1986, p. 279.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-3/83 sobre *Restricciones a la Pena de Muerte*, Série A, n° 3, 1983, p. 27-9.

Com efeito, há que sempre ter em mente que, ao se consagrar o sistema de reservas previsto nas duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969 e de 1986), *não* se teve em mente a presença de mecanismos de controle internacional ou coletivo, que, no entanto, são instituídos pelos tratados de proteção dos direitos humanos.

82. Em nossos dias, os próprios Estados-Partes dão mostras de reconhecerem que se impõe salvaguardar a competência dos órgãos de supervisão internacionais instituídos pelos tratados de direitos humanos para o propósito de proteção da pessoa humana. Assim, e.g., no plano global, em maio de 1988 a França, assim como todos os Estados-membros da Comunidade Econômica Européia (CEE), levantaram objeções a uma declaração da República Democrática Alemã afetando o funcionamento normal do Comitê das Nações Unidas contra a Tortura sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura¹⁰⁵. E, no plano regional, cabe recordar, e.g., que as tentativas de fazer acompanhar as declarações de aceitação das cláusulas facultativas da Convenção Européia de Direitos Humanos – artigos 25 (sobre o direito de petição individual ante a Comissão Européia) e 46 (sobre a competência obrigatória da Corte Européia) – de reservas restringindo ou excluindo a competência da Comissão e da Corte Européias não se materializaram, e foram tidas como inaceitáveis¹⁰⁶.

83. Não obstante, recentemente a Turquia insistiu em uma destas tentativas: por sua declaração de 28 de janeiro de 1987 de aceitação da cláusula facultativa sobre o direito de petição individual sob a Convenção Européia (artigo 25), a Turquia pretendeu interpor restrições à competência da Comissão Européia¹⁰⁷. As reações foram imediatas e incisivas. O Secretário-Geral do Conselho da Europa advertiu o Governo turco (carta de 10.2.1987) para as “questões jurídicas” que poderiam advir da apreciação da “validade da declaração” turca contendo as reservas acima¹⁰⁸. Diversos Estados-Partes na Convenção Européia se manifestaram no mesmo sentido. A Suécia (carta de

¹⁰⁵ Cf. G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, *supra* nº (99), p. 290.

¹⁰⁶ Cf. *ibid.*, p. 311-12.

¹⁰⁷ Dela excluindo certos assuntos (e.g., regime jurídico-disciplinar das Forças Armadas), e avançando interpretação “nacional” de noções consagradas na Convenção Européia (inclusive das condições de aplicação do artigo 15 da Convenção). Cf. Declaração da Turquia de 29.1.1987, reproduzida. In: Council of Europe, *Human Rights – Information Sheet nº 21 (1986-1987)*, doc. H/INF(87) 1, Strasbourg, C.E., 1988, p. 3-4.

¹⁰⁸ Cf. carta reproduzida. In: *ibid.*, p. 5.

21.4.1987), a Dinamarca (carta de 30.4.1987) e a Bélgica (carta de 22.7.1987) alertaram para as dificuldades jurídicas levantadas pela declaração turca (*supra*) quanto ao alcance do reconhecimento do direito de petição individual sob a Convenção, o mesmo fazendo Luxemburgo (carta de 21.4.1987), que questionou a validade da “expressão unilateral de uma limitação” do mecanismo da Convenção avançada pela referida declaração turca¹⁰⁹.

84. A Noruega (*note verbale* de 4.5.1987) foi mais além, ao também advertir para o mesmo problema gerado pela mencionada declaração turca: sustentou a nota norueguesa que as dificuldades de interpretação quanto ao alcance do reconhecimento do direito de petição individual sob a Convenção deveriam ser resolvidas pela própria Comissão Européia de Direitos Humanos, ao lidar com as petições concretas dos indivíduos. Isto porque – acrescentou convincentemente a Noruega – o direito de petição individual sob o artigo 25 constituía um mecanismo essencial e central do sistema de proteção da Convenção Européia, e não se deveria, pois, permitir que pairassem dúvidas quanto ao alcance e à validade do reconhecimento¹¹⁰ do direito de petição individual pelos Estados-Partes. A Grécia (carta de 6.4.1987), a seu turno, ponderou que, muito embora a supracitada declaração turca não tivesse usado a expressão “reserva”, as restrições que tentara interpor à competência da Comissão Européia equivaliam efetivamente a uma reserva, por sinal incompatível com o objeto e propósito da Convenção Européia, por não preencher as condições previstas no artigo 64 da Convenção. Somente com base no artigo 64, em seus requisitos, poderia uma reserva ser formulada, e nunca com base no artigo 25, e proceder desta forma – a exemplo da mencionada declaração turca – “mais cedo ou mais tarde destruiria as próprias bases da Convenção”, ao minar as condições de formulação de reservas do artigo 64 e o direito de petição individual sob o artigo 25. Assim sendo, concluiu a Grécia, a reserva turca, por situar-se fora do âmbito do artigo 64, deveria ser tida como ilegal, inválida e desprovida de qualquer efeito jurídico¹¹¹.

85. Os pontos de vista acima se inclinam claramente em favor de atribuir aos próprios órgãos de supervisão internacionais em matéria de

¹⁰⁹ Documentos reproduzidos. In: *ibid.*, p. 9-10 e 11-2.

¹¹⁰ Documento reproduzido. In: *ibid.*, p. 10.

¹¹¹ Documento reproduzido *in ibid.*, p. 6-8.

direitos humanos a faculdade de considerar a validade ou não de reservas que afetem ou restrinjam sua competência ou o exercício de suas funções. As fortes reações dos Estados-Partes na Convenção Européia à aceitação condicional e restritiva da Turquia do direito de petição individual sob o artigo 25 da Convenção (*supra*) se devem precisamente ao fato de que as restrições turcas afetavam a competência da Comissão Européia e o próprio equilíbrio do mecanismo processual de proteção da Convenção¹¹². Assim, diferentemente do que ocorre no direito internacional geral, em que a aceitação de cláusulas facultativas – como a do artigo 36(2) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹¹³ – comporta variações, reticências e acomodações, no direito relativo à proteção internacional dos direitos humanos a aceitação de cláusulas facultativas *só há de dar-se de forma integral*.

86. A doutrina neste particular é clara, ao proibir reservas – que só podem ser formuladas por ocasião da assinatura ou ratificação dos tratados – quando da aceitação das cláusulas facultativas de tratados de proteção dos direitos humanos¹¹⁴. Tais tratados, como as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos, são dotados de órgãos competentes para interpretá-los e aplicá-los, no que hão de contar com a necessária compreensão dos Estados-Partes para a fiel realização de seu objeto e propósito. Ademais, a tentativa de imposição de restrições aos órgãos de supervisão internacionais quando da aceitação de cláusulas facultativas de tratados de direitos humanos seria contraditória e militaria contra o próprio *rationale* daquelas cláusulas. Em suma, *em se tratando de tratados de proteção dos direitos humanos, só se concebe a aceitação de instrumentos e cláusulas facultativos de forma integral*.

87. Em uma passagem (§5º) da Mensagem Presidencial nº 621, de 28 de novembro de 1985, submetendo o texto da Convenção Americana

¹¹² G. Cohen-Jonathan. *op. cit.*, *supra* nº (99), p. 290.

¹¹³ Cf. International Court of Justice, *Yearbook 1986-1987*, nº 41, The Hague, ICJ, 1987, p. 59-91 (para os variáveis textos das declarações de aceitação pelos Estados da competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça).

¹¹⁴ Cf., nesse sentido, G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, *supra* nº (99), p. 312-3, I. Cameron, Turkey and Article 25 of the European Convention on Human Rights, *37 International and Comparative Law Quarterly*, 1988, p. 911-2, e cf. p. 887-925 (para críticas à referida declaração turca de 28.1.1987): e, com nuances, C. Zanghi, La déclaration de la Turquie relative à l'art. 25 de la Convention européenne des droits de l'homme, *93 Revue générale de droit international public*, 1989, p. 72-3 e 85, e cf. p. 71-95 (para a impossibilidade de limitar posteriormente os compromissos já assumidos quando da ratificação).

sobre Direitos Humanos à aprovação do Congresso Nacional, para posterior ratificação pelo Governo brasileiro, encontra-se uma proposta de declaração interpretativa sobre os artigos 43 e 48 (1)(d) da Convenção Americana no sentido de que, no entender do Governo brasileiro, os referidos dispositivos não incluem “direito automático de visitas ou inspeções *in loco*” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “as quais dependem da anuência expressa do Estado”. Ora, tendo em mente as considerações acima desenvolvidas, e levando em conta que não se questiona e jamais se questionou a necessidade de prévia anuência do Estado para a condução de missões de observação *in loco*, aquela ressalva afigura-se redundante, desnecessária e mesmo sem sentido. Permito-me, pois, à luz do acima exposto, sugerir que o Itamaraty recomende ao Senhor Presidente da República a pronta retirada daquela proposta supérflua de declaração interpretativa, mediante nova Mensagem ao Congresso Nacional nesse sentido.

VI. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Contemporâneo*

1. *A Proteção dos Direitos Humanos e as Insuficiências do Ordenamento Jurídico Interno*

88. Tendo sido sempre rigorosamente fiel à causa da consolidação, expansão e fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos (*supra*), tem sido para mim um privilégio gratificante poder contribuir para o processo de tomada de decisão de adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos (os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Quando estes tratados jaziam em inexplicável olvido em um país com as dimensões do Brasil, pouquíssimos fomos os que, com paciência e determinação, contribuímos, no exercício de nossas funções e responsabilidades, para sensibilizar os governantes para a premente necessidade de adesão do Brasil àqueles tratados. Recordo-me da época em que emiti nesse propósito meu Parecer CJ/01, de 16.8.1985, dos momentos difíceis, nos meses de agosto a outubro de 1985, da tomada de decisão nesse sentido, que requereu romper resistências e a força da inércia estribada em velhos e simplórios dogmatismos, desprovidos de todo e qualquer fundamento jurídico e sedimentados ao longo de duas décadas de regime militar

(reproduzidos, e.g., no Parecer externo, de 20.4.1981, que bloqueou na época qualquer iniciativa do Itamaraty de propor a adesão do Brasil aos referidos tratados humanitários).

89. Resgatado o Brasil da pré-história da proteção internacional dos direitos humanos e inserido o país no movimento contemporâneo em prol da causa da proteção internacional, mediante a decisão de 1985 de adesão aos três tratados gerais de proteção dos direitos humanos, somam-se hoje novas vozes às dos que sempre defenderam aquela causa. À simpatia àquela causa que têm externado os nossos círculos acadêmicos e algumas entidades de classe, há que agregar hoje o alentador florescimento de interesse pela matéria dentre os mais jovens em nossos círculos universitários, que certamente há de contribuir para a cristalização de nova mentalidade sobre a matéria entre nós.

90. Se, por um lado, esta receptividade à causa da proteção internacional dos direitos humanos é motivo para regozijo, por outro lado não posso deixar de registrar minha estranheza ante a súbita mudança radical de posição dos que, anteriormente a 1985, fizeram tudo o que estava ao seu alcance para bloquear ou retardar a adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos. Tendo tais embevecidos porta-vozes do *establishment* legal, com seu característico autoritarismo sem bandeiras, contribuído para o lamentável retardamento da decisão do Brasil de adesão àqueles tratados, mediante a invocação encomendada de noções elementares de um pseudo-“constitucionalismo” desvirtuado aliadas ao extraordinário desconhecimento da matéria sob o prisma do direito internacional, hoje não hesitam em rapidamente se ajustarem à nova realidade, a cuja formação antes se opunham.

91. Tãmanha insinceridade é própria dos auto-proclamados porta-vozes do *establishment* legal da República, que caracteristicamente fazem o que está ao seu alcance para impedir as mudanças, mas, uma vez efetuadas estas, apressam-se em emprestar-lhes sua adesão. Com efeito, assim agindo revelam o quanto dependem da realidade exterior, atuando sem critério dentro dela, para mantê-la a todo custo, e não sobre ela, para tentar modificá-la ou transformá-la para melhor. Felizmente a causa da proteção internacional dos direitos humanos, que vem enfim de contar com o apoio também do Brasil, não necessita do fisiologismo oportunista de hoje dos seus opositores de ontem.

92. No Brasil *houve efetivamente uma mudança fundamental* – e não há como negá-la, – da atitude que prevaleceu durante o regime militar (1964-1985), para a que hoje (a partir da decisão de 1985) predomina em nosso país, no tocante à proteção internacional dos direitos humanos. Tanto é assim que, mesmo os que antes, no *ancien regime*, se opunham categoricamente à adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção dos direitos humanos, imbuídos de um pseudo-“constitucionalismo” estéril que pretendia fazer abstração do regime a que servia, hoje se aliam, convertidos, ao consenso arduamente formado (ainda que tardiamente) em prol da causa da proteção internacional, em nome do mesmo “constitucionalismo”. Arrogam-se hoje em porta-vozes da nova realidade exterior, talvez sem se darem conta de que se afiguram antes como prisioneiros da mesma; apresentam-se como arautos de uma causa, para cuja recepção em nosso país em nada contribuíram, tendo mesmo, ao sabor dos ventos, antes se oposto a ela.

93. *Summum jus, summa injuria*. Poucos elementos têm gerado efeitos tão negativos e deletérios ao desenvolvimento dos direitos e garantias individuais no plano internacional quanto a invocação de pretensos obstáculos de ordem “constitucional”, emanações de um pseudo-“constitucionalismo” simplista e hermético que não hesita em transformar-se em instrumento do poder fazendo abstração do regime a que serve, como se o direito pudesse operar no vácuo. É esta pretensa e arrogante auto-suficiência do ordenamento jurídico interno que expõe um “direito” desfigurado pelo hermetismo e pela cegueira de uma lógica formal e abstrata, desprovido e esvaziado de todo sentido e valor jurídico.

94. Cumpre, em nossos dias, no domínio da proteção dos direitos humanos, expressar no direito interno a medida e as conquistas do direito internacional, ao invés de tentar projetar neste último a medida do direito interno. Importa aqui reduzir a distância ou brecha entre as óticas “internacionalista” e “constitucionalista”. Há que ressaltar a necessidade de, no presente contexto, buscar maior concordância entre o direito internacional e o direito interno, maior aproximação entre os enfoques internacionalista e constitucionalista, e conjunção da realidade interna com as possibilidades e meios de proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, verifica-se uma confluência entre o direito internacional e o direito público interno, na medida em que constitui objeto tanto de um quanto de outro a extensão ou garantia de proteção cada vez mais eficaz do cidadão, da pessoa humana.

95. Mesmo no plano puramente do direito interno, há que ter sempre em mente a indissociabilidade entre direitos e garantias. Com efeito, afigura-se insustentável, a meu ver, a posição – avançada por alguns autores com aparente descaso – segundo a qual seria admissível a suspensão de garantias dos direitos fundamentais (e.g., em estado de sítio) porquanto não implicaria em suspensão dos direitos fundamentais propriamente ditos. Direitos sem garantias se esvaziam de sentido. Não há como dissociar os direitos das garantias¹¹⁵. O nosso pensamento constitucionalista mais lúcido ressalta a anterioridade ou precedência e a primazia dos direitos individuais em face do direito estatal¹¹⁶.

96. Nas raízes do próprio pensamento constitucionalista mais esclarecido se encontra apoio para a proteção internacional dos direitos humanos. Há pouco menos de duas décadas, Mauro Cappelletti ressaltava que a proteção dos direitos humanos, no plano do direito interno, requer instrumentos processuais adequados, e é tamanha sua importância que transcende o sistema ordinário de proteção judicial; assim, em caso de ameaça aos direitos constitucionalmente reconhecidos, há que prover meios processuais extraordinários de proteção¹¹⁷. É quando nem mesmo estes são disponíveis que as garantias consagradas nos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos operam em favor dos que necessitam de proteção. E segundo estes tratados de direitos humanos não é suficiente que os Estados-partes contem com um sistema de tutela jurídica de “caráter genérico”; encontram-se eles na obrigação de prover instrumentos processuais adequados e eficazes para a salvaguarda dos direitos constitucionalmente consagrados¹¹⁸. Há entre os constitucionalistas os que revelam sensibilidade para as afinidades e interação entre o direito internacional e o direito interno no tocante à proteção dos direitos humanos.

¹¹⁵ Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/Dobbs Ferry NY, Sijthoff/Oceana, 1974, p. 329; M. Cappelletti, *op. cit.*, *infra* nº (117), p. 79 (*a right without an adequate remedy is no right at all*).

¹¹⁶ Raul Machado Horta. Constituição e Direitos Individuais, 79, *Revista de Informação Legislativa*. 1983, p. 147-64; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*. v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1963, 118; *ibid.*, v. IV, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1963, p. 238, 241-3 e 443.

¹¹⁷ Mauro Cappelletti. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1971, p. 16, 19 C 22.

¹¹⁸ H. Fix Zamudio. *La Protección Jurídica y Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*. México/Madrid: UNAM/Civitas, 1982, p. 56.

97. O recente *Tratado* de direito constitucional de Bidart Campos, por exemplo, está permeado de inúmeras passagens sobre a proteção internacional dos direitos humanos¹¹⁹. Entre nós, adverte Pontes de Miranda que o Estado legiferante não pode negar direitos públicos subjetivos *que nasçam no direito das gentes*¹²⁰: tais direitos se erguem diante e acima do Estado, “pela preeminência do direito das gentes, que – não obstante a sua imperfeição é o direito *humano* no mais alto grau”¹²¹. Os direitos fundamentais são anteriores à organização do Estado, não resultam do direito interno, mas precedem-no, provêm do direito das gentes¹²². Na reflexão de Pontes de Miranda, as atribuições de competência pertencem ao direito internacional (e não ao direito interno) e o exercício da competência atribuída cabe aos Estados; “se o direito das gentes fosse simples direito nacional *externo*, a desapareção das constituições influiria na sua existência”, o que efetivamente *não* ocorre por serem os alicerces do direito internacional outros e “bem mais fortes que as estacas da hipótese”¹²³.

98. Acrescenta aquele constitucionalista pátrio que, na “extensão inteira do direito”, e à luz dos princípios tanto do direito internacional quanto do direito constitucional, é que se há de buscar em nossos dias *solução* a cada problema humano. Um simples enunciado de direito constitucional – e.g., o princípio de liberdade de consciência – tem em si e atrás de si todo o passado humano. Uma só palavra, que se lhe retire, ou substitua, ou acrescente, pode significar descida a milênio ou a milênios¹²⁴.” Com iguais sensibilidade e acuidade, Mirkiné-Guetzévitch ponderava, já em – 1931, que “o direito internacional e o direito constitucional são dois aspectos da mesma realidade

¹¹⁹ G.J. Bidart Campos. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1986, vol. I, p. 218-9, 320, 421-3 e 102-5, e, para referências expressas a disposições específicas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cf. p. 208, 276-7, 297, 306, 313-4, 335, 454, 490, 499-500, 508 e 525-6; e vol. II, p. 495-503 e 564-565, e cf. p. 541-65 para reprodução em apêndice dos dois Pactos de Direitos Humanos – e Protocolo Facultativo – das Nações Unidas e de sua aprovação e ratificação pela Argentina.

¹²⁰ Pontes de Miranda. *Comentário à Constituição de 1946*. v. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1963, p. 118, e cf. p.138-40.

¹²¹ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. v. I, 4. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1963, p. 238, e cf. p. 443.

¹²² *Ibid.*, p. 241-3.

¹²³ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)*, vol. I, 29ª ed. rev., São Paulo, Ed. Rev. Tribs., 1970, p. 89 e 91.

¹²⁴ Pontes de Miranda, *op. cit.*, *supra* nº (121), p. 496.

jurídica”, evoluindo ambos em “processo histórico único” e constituindo-se ambos em “produto da consciência jurídica dos povos”; assim,

l'évolution des peuples libres aboutit à ce que les solutions internationales et les solutions nationales tendent à s'identifier. Le droit, pour régler tel ou tel phénomène social, – cherche d'abord des solutions nationales. Avec le développement de la civilisation, les solutions internationales reçoivent la même force, et nous sommes déjà arrivés, à notre époque, à la coexistence des solutions nationales et internationales”.¹²⁵

99. Na mesma linha, e.g., também já antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Constituição Brasileira de 1946, Levi Carneiro (que posteriormente tornar-se-ia Consultor Jurídico do Itamaraty) ressaltava a interação entre o direito público interno e o direito internacional e as limitações da soberania, e sustentava que reclamações internacionais em defesa dos direitos humanos, ao invés de repugnarem ao direito internacional, correspondiam antes às “tendências atuais da sua evolução”, de que resultava “inelutavelmente, antes de tudo, um novo dever do Estado”¹²⁶.

100. Também nesse sentido, um influente publicista ressalta o “movimento universal moderno de afirmação do ideal da proteção dos direitos humanos e de controle jurisdicional da validade dos atos de império – legislativos e/ou de outra natureza”, de modo a “superar até as barreiras interpostas por seculares tradições nacionais”; assim, uma nova “concepção internacional de justiça” se impõe aos Estados, voltada à proteção dos direitos humanos, convertidos estes em “uma exigência sem fronteiras”, de tendência universal¹²⁷. O mais lúcido pensamento constitucionalista brasileiro (cf. *supra*) acata os avanços e conquistas daquele movimento de proteção, perfeitamente compatível com o seu próprio reconhecimento de que o direito público interno, consoante sua *ratio legis*, deve prever e reger as garantias de proteção eficaz dos direitos dos cidadãos.

¹²⁵ B. Mirkin-Guetzévitch, “Droit international et droit constitutionnel”, 38 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1931, p. 460.

¹²⁶ Levi Carneiro. *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº Ed., 1945, p. 121-6, e cf. p. 106, 111, 181 e 193-6.

¹²⁷ Mauro Cappelletti. *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*. México: Facultad de Derecho/UNAM, 1987, p. 239 e 241-2, e cf. p. 236-7.

101. Os desvios ou distorções do ordenamento jurídico interno, que acarretem restrições à proteção devida, hão de ser prontamente desfeitos e remediados. A esse respeito, em intervenção na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (Santiago, 1959), o representante do Brasil, sustentando a superioridade da lei sobre os governos, ponderou que “as situações provenientes das condições sociais e econômicas em que vivemos são desvios ocasionais, transitórios, que serão, tarde ou cedo, superados”¹²⁸. Há que estar sempre alerta para evitar tais desvios e prontamente superá-los se lamentavelmente ocorrerem. O caso *chileno* fornece ilustração pertinente das insuficiências e distorções do ordenamento jurídico interno no tocante à proteção dos direitos humanos.

102. Os aspectos jurídicos do caso *chileno* de pertinência direta aos propósitos do presente estudo podem assim ser resumidos: o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas foi assinado pelo Chile em 16 de setembro de 1971 e ratificado pelo Chile em 10 de fevereiro de 1972. Ocorre que pelo Decreto-lei nº 247, de 17.1.1974, requer-se, além da assinatura e ratificação do tratado (suficientes para sua vigência no plano internacional), também sua promulgação e publicação (para sua vigência no plano interno). E o referido Pacto foi promulgado pelo Governo chileno em 30 de novembro de 1976 (tendo entrado em vigor internacionalmente em 23 de março de 1976), mas não chegou a ser publicado no *Diário Oficial* chileno. Tanto o Governo quanto o Poder Judiciário chilenos se apegaram a este dado (a não-publicação) para alegar que o Pacto das Nações Unidas carecia assim de vigência no plano do direito interno chileno. Com efeito, o Poder Judiciário (*Corte de Apelaciones*, confirmada pela Corte Suprema) se recusou a ordenar a publicação do Pacto no *Diário Oficial*, que o Governo não efetuara, *porque no existe en la actualidad disposición constitucional o legal que dé a los tribunales facultad para compeler al Poder Ejecutivo a realizar la publicación*¹²⁹.

103. Assim, viu-se o Governo chileno na situação esdrúxula de reconhecer apenas a “vigência internacional” do Pacto para o Chile, inclusive acatando as obrigações “internacionais” contraídas (como, e.g., a de

¹²⁸ – OEA, *V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, doc. 64, Santiago/Chile, 1959, p. 2-4.

¹²⁹ Cit. In: J.A. Detzner. *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1988, p. 72, e cf. p. 56-61.

encaminhar relatórios ao exame do Comitê de Direitos Humanos, sob o artigo 40 do Pacto, acerca de seu cumprimento das disposições do Pacto), ao mesmo tempo em que negava a sua “vigência interna”!¹³⁰ Vê-se a que extremos levou a aplicação, formalista e mecânica, pelos tribunais chilenos, da ficção do conhecimento da norma jurídica! Vê-se a que extremos levou a aceitação pelos tribunais chilenos da tese dualista (em decorrência da qual a pessoa humana não pode ser beneficiária direta das normas internacionais, porquanto requer-se a interveniência dos órgãos do Estado), de um dualismo anacrônico e aqui desmascarado, mas, não obstante, ainda hoje tão cultivado pelos tribunais de diversos países, inclusive do Brasil! Não há como negar que, em se tratando de sistemas de proteção, pode o ser humano ser beneficiário direto das normas internacionais, em razão mesmo da especificidade dos tratados de direitos humanos, como começa a reconhecer, como veremos mais adiante, o direito constitucional contemporâneo (*infra*).

104. No *caso chileno* acima referido, a posição sustentada pelos Poderes Executivo e Judiciário engajou efetivamente a responsabilidade internacional do Chile, por impedir a implementação real do Pacto, devidamente ratificado, conflitando assim com disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (artigos 26, 27 e 31) e com declarações do próprio Governo chileno em outras ocasiões acerca da vigência do Pacto (levantando a questão da observância dos princípios do *estoppel* e da boa fé)¹³¹. Em suma, ocorreu no caso uma violação do próprio Pacto de Direitos Cíveis e Políticos por parte dos tribunais e do Governo chilenos; a invocação, pelo Governo chileno do Decreto-lei nº 247 de 1974, e pelos tribunais chilenos do caráter pretensamente *non-self-executing* (não-auto-aplicável) das disposições do Pacto para desconhecer a vigência “interna” deste último, a utilização destes argumentos de ordem “legal” para negar a vigência do Pacto no âmbito do direito interno¹³², acarretaram violação de um princípio do direito da responsabilidade internacional do Estado solidamente respaldado pela jurisprudência internacional, a saber, o de que nenhum Estado pode deixar de dar cumprimento a suas obrigações convencionais, consagradas

¹³⁰ Cf. *ibid.*, p. 74 e 70.

¹³¹ Nesse sentido, cf. *ibid.*, p. 59, 63-5, 70-4.

¹³² Cf. *ibid.*, p. 77-9 e 90, e cf. p. 96-7.

em tratados em que é parte, sob a alegação ou pretexto de dificuldades de ordem interna ou constitucional¹³³.

105. Tal descumprimento acarretaria violação do direito internacional pelo Estado em questão. Em relação ao presente caso, como bem assinala Detzner, não é dado simplesmente dar aplicação apenas a certas disposições do Pacto (como a que prevê a obrigação de submeter relatórios), escolhidos arbitrariamente ou por conveniência, sob o pretexto de um detalhe de forma – a publicação do Pacto no *Diário Oficial* – ou o pretexto de “uma ficção legal que divide a vigência do tratado em esferas distintas, identificando uma como internacional, e outra como interna”¹³⁴. O presente caso, ao revelar como o próprio Poder Judiciário de um país contribuiu para a configuração de uma violação do direito internacional, fornece uma pertinente lição, se não advertência: a de que *não se pode deixar exclusivamente a cargo das vicissitudes do direito interno a questão da proteção dos direitos humanos*. Com efeito, verifica-se em nossos dias, ante o reconhecimento das insuficiências do direito interno no presente domínio, uma maior aproximação entre a proteção internacional dos direitos humanos e o direito constitucional contemporâneo, e pode-se hoje constatar o impacto daquela neste último, como veremos a seguir.

2. *O Impacto da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nas Constituições Recentes*

106. Nos últimos anos o impacto de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos tem-se feito sentir em algumas Constituições. Ilustração pertinente é fornecida pela Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece que os direitos fundamentais nela consagrados “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, e acrescenta: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (artigo 16 (1) e (2)). A disposição da Constituição da República Federal da Alemanha – com

¹³³ Cf., e.g., M. Sorensen. Obligations d'un État Partie à un traité sur le plan de son droit interne., In: *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*. (Colloque de Vienne, 1965), Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, p. 36-7 e 56 (para a indicação das fontes jurisprudenciais).

¹³⁴ J.A. Detzner. *op. cit.*, *supra* n° (129), p. 80.

emendas até dezembro de 1983 – segundo a qual “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal” e “sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal” (artigo 25), pode ser entendida como englobando os direitos e obrigações consagrados nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.

107. Um dos exemplos mais comumente lembrados em nossos dias de Constituições recentes que, reconhecendo a importância dos tratados sobre direitos humanos, os singularizam e a eles estendem cuidado especial, é o da Constituição Espanhola de 1978, que submete a eventual denúncia de tratados sobre direitos e deveres fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Poder Legislativo (artigos 96 (2) e 94 (1)(c)). Tal aprovação congressual para a eventual denúncia daqueles tratados naturalmente abre uma brecha em reduto do Executivo, em favor da manutenção da vigência de tais instrumentos, mesmo porque o Legislativo só poderia autorizar sua denúncia na forma prevista nos próprios tratados ou consoante as regras gerais do direito internacional¹³⁵. Fortalecem-se, desse modo, os tratados sobre direitos humanos.

108. Não é este um exemplo isolado¹³⁶. Na América Latina, surgem mostras, em nossos dias, de nova postura ante a questão clássica da hierarquia normativa dos tratados internacionais vigentes, como revelado pela nova tendência de algumas Constituições latino-americanas recentes de dispensar um tratamento diferenciado ou especial aos tratados sobre direitos humanos ou aos preceitos neles consagrados. Exemplo dos mais recentes, nesta nova linha, é fornecido pela Constituição do Peru de 1978, cujo artigo 105 determina que os preceitos contidos nos tratados sobre direitos humanos *têm hierarquia constitucional*, e não podem ser

¹³⁵ A.Remiro Brotons. *La Acción Exterior del Estado*. Madrid: Tecnos, 1984. p.198-200. – Entre nós, para a oportuna proposta, não aproveitada por nossos constituintes, de inserção na Constituição Brasileira (de 1988) de cláusula no sentido de se exigir a aprovação do Legislativo para a denúncia de tratados sobre direitos humanos e Direito Internacional Humanitário e de Convenções internacionais do trabalho, cf. Celso Albuquerque Mello, *Constituição e Relações Internacionais, A Nova Constituição e o Direito Internacional* (coord. Jacob Dolinger), Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1987, p. 28-34.

¹³⁶ Há outras Constituições que sujeitam à prévia aprovação legislativa a denúncia de tratados em geral (inclusive os de direitos humanos), indiscriminadamente (e.g., Constituição da Suécia, com as emendas de 1976-1977, artigo 4; Constituição Holandesa de 1983, artigo 91(1); e, anteriormente, Constituição da Dinamarca de 1953, artigo 19(1)).

modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição. Outro exemplo reside na Constituição da Guatemala de 1985, cujo artigo 46 estabelece que os tratados sobre direitos humanos ratificados pela Guatemala *têm preeminência sobre o direito interno*. Assim, enquanto a atual Constituição Peruana atribui hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, a atual Constituição Guatemalteca atribui a estes hierarquia especial, com preeminência sobre a legislação ordinária e o restante do direito interno. Outra ilustração é dada pela nova Constituição da Nicarágua, de 1987, que, pelo disposto em seu artigo 46, integra, para fins de proteção, na enumeração constitucional de direitos, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cíveis e Políticos), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹³⁷.

109. Na mesma linha de pensamento situa-se uma das recentes modificações introduzidas na Constituição do Chile em decorrência do recente plebiscito convocado para 30 de julho de 1989; pela nova reforma constitucional, de 1989, agregou-se ao final do artigo 5(II) da Constituição Chilena a seguinte disposição: – “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”¹³⁸. Desse modo, os direitos garantidos por aqueles tratados passaram a equiparar-se hierarquicamente aos garantidos pela Constituição chilena reformada.

110. Bem próxima da postura refletida nas soluções acima referidas encontra-se a da Constituição Brasileira de 1988, que, após proclamar que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio, *inter alia*, da prevalência dos direitos humanos (artigo 4(II)), constituindo-se em Estado Democrático de Direito tendo como fundamento, *inter alia*, a dignidade da

¹³⁷ H. Gros Espiell, Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno, 2 *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. 1987, p. 165-74.

¹³⁸ Cf. *Texto de la Nueva Reforma – Constitución Política de la República de Chile*. Santiago, Publicáfica, 1989, p. 5. Para a modificação (pela reforma constitucional de 1989) do artigo 5(II) da Constituição Chilena (de 1980), cf. Ley nº 18.825, de 16.8.1989. In: *Diário Oficial de la República de Chile*, de 17.8.1989, nº 33.450. p. 1.

pessoa humana (artigo 1(III)), estatui que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja Parte (artigo 5 (2))¹³⁹. E acrescenta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5 (1)). A nova Constituição Brasileira vem, assim, fortalecer a tendência de Constituições recentes de reconhecer a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensar atenção e tratamento especiais à matéria.

111. Com efeito, a disposição segundo a qual a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota encontra antecedentes em nosso direito constitucional, remontando à Constituição Política do Império de 1891 (artigo 78), e repetida nas constituições brasileiras posteriores (Constituição de 1934, artigo 114; Constituição de 1937, artigo 123; Constituição de 1946, artigo 144; Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, artigo 153 § 36). Os nossos textos constitucionais, deste modo, têm reconhecido que sua enumeração de direitos e garantias não é exaustiva ou supressiva de outros, aqui particularmente descartando, desse modo, o princípio de interpretação das leis *inclusio unius est exclusio alterius*. Os textos constitucionais, ao consagrarem expressamente certos direitos básicos, cogitam diretamente dos direitos que mais “facilmente se põem em perigo”¹⁴⁰.

112. Assim, a novidade do artigo 5 (2) da Constituição 1988 (*supra*) consiste no acréscimo, por proposta que avancei¹⁴¹, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos *direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte*. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor

¹³⁹ Para a proposta original, subseqüentemente aceita, de inserção desta cláusula na Constituição Brasileira de 1988, concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional. In: *Assembléia Nacional Constituinte – Atas das Comissões*, v. I, nº 66 (supl.) 27.5.1987, p. 111, e cf. p. 109-16.

¹⁴⁰ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, v. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963, p. 411-2

¹⁴¹ Cf. nota (139) *supra*.

da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional¹⁴², 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.

113. O disposto no artigo 5 (2) da Constituição Brasileira de 1988 vem dar testemunho disso, além de inserir-se na nova tendência de recentes Constituições latino-americanas de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

114. Com efeito, os tratados de direitos humanos requerem sua aplicação imediata pelas autoridades administrativas e judiciárias, e os direitos neles garantidos hão de ser direta e integralmente consagrados no próprio direito interno¹⁴³. É o que vem de fazer a Constituição Brasileira de 1988, mediante os artigos 5 (2) e 5 (1). Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o

¹⁴² Já no período do entre-guerras, Mirkin-Guetzévitch atentava para este fenômeno, destacando a “influência do espírito internacional” na elaboração de novas Constituições e no direito público interno dos Estados (e.g., a “renúncia constitucional à guerra”, posteriormente ao Pacto Briand – Kellogg de 1928); B. Mirkin – Guetzévitch, “Droit international et droit constitutionnel”, 38 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. 1931, p. 326, 424-29 e 456.

¹⁴³ R. Pinto, “Conséquences de l’application de la Convention à la fois sur le plan du droit interne et sur le plan international”. In: *Les droits de l’homme en droit interne et en droit international* (Colloque de Vienne, 1965), Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, p. 419-20.

direito interno quanto à proteção da pessoa humana¹⁴⁴. Como, também neste domínio, a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna (cf. *supra*), com maior razão ainda – na oportuna advertência de Sorensen, –

*un État ne trouvera pas l'excuse de ne pas se conformer à un traité auquel il est partie dans le seul fait que ses tribunaux interprètent, sur le plan du droit interne, le traité d'une manière différente de celle qui s'impose sur le plan du droit international*¹⁴⁵.

115. O artigo 7 das Disposições Transitórias da Constituição Brasileira de 1988 dispõe que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Tão meritório e louvável é o ideal aí expresso que, já em 1948, há quatro décadas, como vimos, o Brasil, mesmo na ausência de disposição constitucional análoga, efetivamente propugnou pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (mediante a apresentação do projeto original de criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos – cf. *supra*). Assim, o artigo 7 das Disposições Transitórias da Constituição Brasileira de 1988 veio com 40 anos de atraso, conclamando a uma iniciativa que pertence ao passado e encerrando um ideal já há muito realizado; não há, pois, que atribuir-lhe uma transcendência que em nossos dias já não tem.

116. Sua inserção em nossa Constituição de 1988, se por um lado reflete a importância hoje atribuída – aqui de forma inadequada – à proteção internacional dos direitos humanos, por outro lado revela a desatenção e o desconhecimento da matéria com que foi tratada a questão da proteção internacional dos direitos humanos por nossos constituintes, como o é e tem sido de modo geral em nosso país. O que torna a situação mais irônica é o fato de que, enquanto os constituintes de 1988 inseriam um dispositivo defasado em quatro décadas em nossa Constituição, os três tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos (os

¹⁴⁴ Ao que se tem acrescentado a idéia de uma “fusão concertada” de fontes, internacionais e internas, no tocante à normatividade dos direitos humanos; G.J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM. 1989, p. 362. 429-31-6.

¹⁴⁵ M. Sorensen, *op. cit., supra* nº (133), p. 56.

dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) jaziam em suas mãos, à espera, desde fins de novembro de 1985 até o presente, da aprovação parlamentar! E um deles, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dispõe *inter alia* sobre um tribunal internacional de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (cf. *supra*). Assim, ao invés de ter propugnado pela formação de um órgão que já existe e funciona regularmente há mais de uma década (desde a entrada em vigor, em 1978, da Convenção Americana de 1969), competia antes ao Poder Legislativo ter ultimado seu exame conducente à aprovação da Convenção Americana e dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, de modo a permitir a pronta adesão pelo Brasil àqueles três tratados humanitários, e inclusive a propiciar a realização do objetivo enunciado no artigo 7 das Disposições Transitórias da Constituição de 1988. Foi, nesse sentido, a sugestão que me permiti apresentar à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública de 29 de abril de 1987, urgindo o Poder Legislativo a que prontamente aprovasse aqueles três tratados de direitos humanos (*supra*). Decorrido tanto tempo, é de se esperar que, quando vier a ser concedida a referida aprovação parlamentar, venha o Brasil a efetuar a adesão àqueles três tratados humanitários de forma *integral*, englobando também suas cláusulas e instrumentos facultativos (*supra*).

117. Na verdade, não há como nunca houve qualquer impedimento de ordem constitucional para a adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos, tanto que a decisão do Brasil de a eles aderir foi tomada, no segundo semestre de 1985, ainda na vigência de nossa Constituição anterior, – e só não se concretizou nossa adesão àqueles tratados até o presente devido à considerável morosidade do exame congressual dos mesmos. Nunca houve qualquer argumento de cunho verdadeiramente jurídico que pudesse justificar a não-adesão do Brasil àqueles tratados; o retardamento extremamente prolongado de nossa adesão a eles se prendeu a argumentos de outra ordem – distorções e sofismas – que se adequaram ao ciclo de repressão por que passamos durante o regime militar (1964-1985). O fato de que nossas Constituições anteriores à de 1988 referiam-se tão-somente aos tribunais internos (o Poder Judiciário) não significa que estivesse vedado o acesso à jurisdição internacional para a proteção

dos direitos humanos, mas somente que tal acesso não estava previsto e tampouco proibido.

118. Recorde-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se estabeleceu – com a entrada em vigor em 1978 da Convenção Americana de 1969 – posteriormente a todas as Constituições brasileiras anteriores à de 1988. A proteção internacional dos direitos humanos é fenômeno de evolução historicamente recente (nas quatro últimas décadas), que não foi previsto ou antecipado pelas Constituições do passado, e que causa considerável impacto nas Constituições do presente (*supra*). Na feliz reflexão de Bidart Campos, ante a carência do ordenamento constitucional do passado,

*hay que dar el salto al valor justicia (justicia material) (...). El vacío constitucional es susceptible de ser cubierto actualmente si se aprueba que el valor justicia legitima (...) el auxilio de la jurisdicción internacional para prestar protección a los derechos del hombre en jurisdicción interna*¹⁴⁶.

119. Nem a Corte Interamericana, nem a Corte Européia – os dois órgãos judiciais internacionais de proteção dos direitos humanos – *jamais* se viram como tribunais de recurso para revisão de sentenças dos tribunais internos. Há que esclarecer que as duas Cortes não atuam, e jamais atuaram, sob esta concepção; não há, e aqui nunca houve, “juízo em duas instâncias” (uma interna e outra internacional), e tampouco substituição da jurisdição nacional por outra¹⁴⁷. A matéria examinada pelas Cortes Interamericana e Européia – que versa sobre a interpretação e aplicação das Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos – é distinta da tratada nas decisões dos tribunais internos. Ainda que se invoque uma ou outra Convenção em casos perante os tribunais internos, haverá nestes seguramente outros elementos, de direito interno, que fazem com que *não haja uma identidade total de matéria* entre as decisões dos tribunais internos e as daquelas duas Cortes regionais de proteção dos direitos humanos; tampouco

¹⁴⁶ G. J. Bidart Campos, *op. cit.*, *supra* n° (119), v. II, p. 501, e cf. p. 496-7.

¹⁴⁷ A inconstitucionalidade de *forum prorogatum* em favor de tribunais “estrangeiros” é algo inteiramente distinto, e não há que equiparar aqueles tribunais aos tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos. Cf. *ibid.*, p. 497-8.

há necessariamente identidade das “partes” no juízo ante um tribunal interno e em um caso perante a Corte Interamericana ou a Corte Européia, cabendo ter em mente que estas duas últimas decidem se um Estado-Parte violou ou não disposições da Convenção Americana ou Européia de Direitos Humanos, respectivamente¹⁴⁸. Ao versarem, desse modo, sobre a interpretação e a aplicação das Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos, as decisões da Corte Interamericana e da Corte Européia são *fnais*, delas não cabendo recurso ou revisão ante a jurisdição internacional ou a jurisdição interna. Ficando, assim, afastada – como sempre esteve – a possibilidade de obstáculos de ordem constitucional, cabe a cada Estado *assumir a decisão* de reconhecimento da competência obrigatória dos órgãos judiciais internacionais de proteção dos direitos humanos.

120. Mesmo tendo sempre em mente a anterioridade dos direitos humanos face ao direito estatal e a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, se ainda assim se se considerar indicado buscar um guia em nossa Constituição para a proteção internacional dos direitos humanos doravante no Brasil, este guia nos é fornecido antes pelos artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Federal de 1988 do que pelo desconcertante artigo 7 de suas Disposições Transitórias. Pelos artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, em plena harmonia com as inúmeras disposições dos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos acerca da aplicação operativa no direito interno dos direitos neles garantidos, se assegura a *auto-aplicabilidade* imediata em nosso direito interno de todos os direitos consagrados naqueles tratados (uma vez efetuada nossa adesão a eles), *somados* estes direitos ao já extenso elenco dos direitos garantidos no artigo 5 e em outros dispositivos da Constituição de 1988¹⁴⁹ e nas leis internas em geral, aos direitos assegurados em outros tratados (humanitários) em que o Brasil já é Parte (cf. *supra*), e aos direitos decorrentes do regime democrático e dos princípios adotados (artigos 1-4)¹⁵⁰ pela Constituição Brasileira de 1988. Tudo isto, sem prejuízo de outros direitos que possam vir a ser reconhecidos no futuro (como o

¹⁴⁸ Nesse sentido, cf. *ibid.*, p. 499-503; verifica-se, em suma, uma *não-identidade* total do direito aplicável, das decisões proferidas, assim como das partes.

¹⁴⁹ Tais como nos artigos 6-11, 12, 14-6, 225-6-30 e 231-2.

¹⁵⁰ Particularmente os artigos 1(III) e 4(II).

prevêem, em nosso continente, e.g., a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 31 e 77) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 22)). Desse modo, encontram-se hoje assentados os fundamentos jurídicos, também no tocante ao Brasil, para a consolidação, a expansão e o fortalecimento da proteção dos direitos humanos, em âmbitos nacional e internacional.

VII. *Considerações Finais e Conclusões*

121. Em perspectiva ou trajetória histórica, há que ter sempre presente que o Brasil participou ativamente dos trabalhos preparatórios dos tratados gerais de proteção dos direitos humanos, marcando presença na fase legislativa de sua elaboração¹⁵¹, e *apoiou a sua adoção de forma integral, inclusive quanto a seus instrumentos e cláusulas facultativos (supra)*. O Brasil já ratificou vários outros importantes tratados relativos a aspectos específicos da proteção dos direitos humanos (cf. *supra*). A despeito de ainda não ter concretizado sua adesão, de forma integral e sem quaisquer declarações interpretativas, aos tratados gerais de proteção – os Pactos de Direitos Humanos, e Protocolo Facultativo, das Nações Unidas, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, – o Brasil já conta com ampla experiência de diálogo com órgãos de supervisão internacionais (como, e.g., a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas) que certamente há de ser-lhe de valia na aceitação de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados de direitos humanos.

122. Não há, como nunca houve, razões de cunho verdadeiramente jurídico que justifiquem a posição estática e insensível, se não retrógrada, de não-adesão à Convenção Americana e aos dois Pactos de Direitos Humanos, e Protocolo Facultativo, das Nações Unidas (supracitados). Trata-se, no meu

¹⁵¹ Cf. as intervenções no Brasil nos trabalhos preparatórios de instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos (Declaração Universal e Pactos de Direitos Humanos da ONU) reproduzidas. In: A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1941-1960). Brasília: MRE/FUNAG, 1984, p. 28-232.

entender, de matéria clara e não-polêmica, e só posso esperar que o presente Parecer contribua a dissipar em definitivo qualquer dúvida que porventura ainda possa subsistir a respeito. Pela adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos supracitados, a efetuar-se muito breve, como é de se esperar, de modo algum se chega ao final de uma longa caminhada: ainda resta um longo caminho a percorrer. Assim, a referida adesão aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de forma integral, sem quaisquer declarações interpretativas, há, a meu ver, de ser acompanhada – na ausência de qualquer impedimento jurídico para tal – das seguintes providências a serem prontamente tomadas pelo Brasil, com base nos fundamentos jurídicos e à luz das demais considerações desenvolvidos no presente Parecer:

a) adesão ao Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (de 1966), que reconhece e regulamenta o direito de petição individual;

b) declaração de reconhecimento da competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações interestatais, sob o artigo 41 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas;

c) declaração de reconhecimento da competência do Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial (CERD) para receber e examinar petições ou comunicações individuais, sob o artigo 14 da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (de 1965);

d) declaração de reconhecimento da competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para receber e examinar petições ou comunicações interestatais, sob o artigo 45 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969);

e) declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

f) adesão ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (de 1988);

g) declaração de reconhecimento da competência do Comitê das Nações Unidas contra a Tortura para receber e examinar petições ou comunicações individuais, sob o artigo 22 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (de 1984);

h) declaração de reconhecimento da competência do Comitê das Nações Unidas contra a Tortura para receber e examinar petições ou comunicações interestatais, sob o artigo 21 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura;

i) adesão aos dois Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário;

j) adesão à Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação e a Repressão ao Crime do *Apartheid* (de 1973) e à Convenção das Nações Unidas contra o *Apartheid* nos Esportes (de 1985);

k) adesão à Convenção (nº 87) da OIT sobre a Liberdade Sindical (de 1948);

l) levantamento da reserva geográfica sob o artigo 1(B)(1) da Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados;

m) levantamento das reservas aos artigos 15 (4), 16 (1) (a), (c), (g) e (h), e 29 (1) da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979).

123. A aceitação pelo Brasil de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados de direitos humanos há de dar-se, pelas razões já expostas, necessariamente de forma integral. As providências acima correspondem ao reconhecimento da anterioridade dos direitos humanos face ao direito estatal, da confluência e identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana; representam, ademais, a tão esperada e necessária contribuição

do Brasil à plenitude da vigência dos direitos humanos consagrados, nos planos nacional e internacional.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 18 de outubro de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Crise Panamenha. Administração do Canal do Panamá. Nomeação do Administrador do Canal; Proposta dos Estados Unidos. Elementos para a Posição do Brasil.

PARECER

A Atual Crise Panamenha e a Questão da Nomeação do Novo Administrador do Canal do Panamá em seus Aspectos Jurídicos

Em virtude dos Tratados de 1977 sobre o Canal do Panamá celebrados entre o Panamá e os Estados Unidos, o novo administrador do Canal do Panamá deverá ser, a partir de 1º de janeiro de 1990, um nacional panamenho. O Governo dos Estados Unidos vem de propor que o atual administrador adjunto do Canal do Panamá, no cargo desde 1977, o panamenho Fernando Manfredo, substitua o norte-americano Dennis P. McAuliffe, em vias de aposentar-se, com o título de “administrador em exercício” (*Acting Administrator*), sendo que seria paralelamente nomeado um norte-americano como “administrador adjunto em exercício” (*Acting Deputy Administrator*). Em *non-paper* encaminhado ao Itamaraty, argumentam os Estados Unidos que pretendem, por esta fórmula de “solução temporária” demonstrar sua “boa vontade” de dar cumprimento aos Tratados de 1977. Dado que a situação poderá agravar-se consideravelmente a partir 1º de janeiro de 1990, solicita-me o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Parecer, do “ângulo jurídico”, sobre a matéria.

2. Cabe-me, de início, recordar que os dois Tratados de 1977 sobre o Canal do Panamá entraram em vigor em 1º de outubro de 1979; o primeiro deles, o Tratado do Canal do Panamá propriamente dito, rege a operação do Canal, e faz-se acompanhar dois acordos de implementação dos artigos III (sobre funcionamento de direção do Canal) e IV (sobre proteção e defesa do Canal), enquanto que o segundo Tratado garante a neutralidade permanente do Canal. O Tratado do Canal do Panamá é claro ao dispor, em seu artigo III (3)(c), *in fine*, que a partir de 1º de janeiro de 1990 *será nomeado um cidadão panamenho* para o cargo de *administrador* do Canal e um cidadão norte-americano para o de administrador adjunto. A escolha se fará de uma lista de *cidadãos panamenhos* propostos aos Estados Unidos, para a nomeação para o referido cargo pelos Estados Unidos.

3. Agrega o artigo III (3) (d) do referido Tratado que, se o administrador ou o administrador adjunto de nacionalidade panamenha forem removidos de seus cargos pelos Estados Unidos, o *Panamá proporá outro cidadão panamenho* para ser nomeado para cargo em questão pelos Estados Unidos. O Tratado é, pois, claro, ao determinar que, a partir de 1º de janeiro de 1990, o *administrador* do Canal do Panamá *haverá que ser um nacional panamenho*. Ainda que o Governo dos Estados Unidos não reconheça como legítimo o atual Governo panamenho (cf. *infra*), terá que dar cumprimento às disposições pertinentes do referido Tratado, ao nomear um *nacional panamenho* para novo *administrador* do Canal do Panamá, a partir de 1º de janeiro de 1990.

4. A Divisão da América Central e Setentrional (DCS) do Itamaraty já expôs (*memorandum* DCS/47, de 28.11.1989, p. 1-3) seu receio de que, pela engenhosa “solução temporária” proposta pelo Governo norte-americano, se possa chegar a uma situação em que, em caso de eventual impedimento do panamenho Fernando Manfredo, o norte-americano nomeado “administrador adjunto em exercício” passasse a ser o “administrador em exercício” do Canal do Panamá. Ora, se isto ocorresse, configurar-se-ia, a meu ver, descumprimento do Tratado do Canal do Panamá, que dispõe sobre a nomeação, a partir de 1º de janeiro de 1990, de um *cidadão panamenho* para o cargo de *administrador* (e não “administrador em exercício”) do Canal. Assim, a “solução temporária” (sic) norte-americana *não* encontra respaldo no próprio Tratado do Canal do Panamá (cf. *supra*).

5. A proposta norte-americana, politicamente motivada, inspira-se na posição do Governo dos Estados Unidos de não-reconhecimento da legitimidade do atual Governo panamenho. É o que claramente se depreende de declaração recente do porta-voz da Casa Branca¹, segundo a qual a iniciativa dos Estados Unidos de solicitar ao panamenho Fernando Manfredo que aceite ser o “administrador em exercício” do Canal do Panamá “demonstra” que

the United States is committed to meeting the requirements of the Panama Canal Treaty even under current circumstances in which no legitimate government authority exists in Panama. A Panamanian administrator will be appointed at such time as a legitimate Panamanian government exists and proposes its candidate for administrator in accordance with the procedures set forth in the treaty and applicable law.

6. *Tobar redivivus!* A posição acima do Governo norte-americano é remanescente da aplicação, na América Central (e não em escala ou alcance geral), da “doutrina Tobar”, após sua formulação em 1907 pelo então Ministro das Relações Exteriores do Equador. A “doutrina Tobar” consistia no não-reconhecimento de governos que careciam de legitimidade interna (constitucionalidade). Ocorre que em *nenhum momento contou a “doutrina Tobar” com o endosso da prática do Brasil em matéria de reconhecimento de governos*. Como tive ocasião de ressaltar em meu Parecer CJ/103, intitulado “Posições do Brasil em Matéria de Reconhecimento de Governo” (de 17.12.1987, p. 7, §7),

Algumas das doutrinas que floresceram, principalmente em nosso continente, em matéria de reconhecimento de governos, assim como o desenvolvimento deste capítulo do direito internacional, se deixaram marcar pela preocupação constante com a instabilidade e descontinuidade dos governos. O Brasil sempre se mostrou cauteloso em relação a estas doutrinas. É certo, como vimos, que casos houve em que verificou a legalidade de novos Governos ao

¹ Divulgada pelo USIS, na edição de 5.12.1989 do *American Republics Wireless File*, p. 25.

estender-lhes reconhecimento (...), mas assim o fez sem em qualquer momento estender apoio expresso à chamada *doutrina Tobar* (decorrente de declaração de 1907 do Chanceler equatoriano pela qual só se haveria de reconhecer governos constitucionais e não os resultantes de golpes de Estado ou revoluções). Ao contrário, preocupou-se o Brasil em deixar claro que não opinava sobre a política interna dos países em questão (...), ainda quando verificasse a ocorrência de certos pressupostos factuais.

7. *Nem Tobar, nem Estrada*: como acentuei em meu supracitado Parecer, coerente com sua posição de princípio o *Brasil tampouco subscreveu a “doutrina Estrada”* (atribuída em 1930 ao então Secretário de Estado das Relações Exteriores do México), a qual, investindo-se contra o exercício do reconhecimento de governo como instrumento puramente político e intervencionista, pretendia que se “substituisse” o ato do reconhecimento pela simples manutenção, ou retirada, de agentes diplomáticos (ante a mudança de governo) (*ibid.*, p. 8-9, §§8-9). Conforme busquei esclarecer em meu Parecer CJ/103, supracitado (p. 10-11, §11),

A prática do Brasil sobre a matéria tem, ao longo dos anos, se mantido avessa aos excessos da conveniência política e da formulação doutrinária, e buscado constantemente orientar-se pela constatação de pré-requisitos factuais do ato de reconhecimento do Governo, tais como a efetividade e estabilidade do novo Governo (estrangeiro), e a disposição deste último de aceitar e resguardar seus acordos, compromissos e obrigações (particularmente no que possam estes dizer respeito às relações com o Brasil). Não seria demais, em conclusão, reiterar que, em nenhum momento de sua existência como membro da chamada “sociedade internacional” se deixou o Brasil seduzir por doutrinas, florescidas em nosso continente, que, se tivessem vingado, teriam despojado o instituto do reconhecimento de governo de sua essência, qual seja: manifestação unilateral de vontade por parte do Estado, à qual se vinculam conseqüências jurídicas (embora não corresponda a um dever jurídico *stricto sensu*), e que recai no âmbito da discricionariedade do Estado, verificada por este a satisfação de certas condições factuais. Assim sendo, o

reconhecimento de governo só pode ser, no meu entender, declaratório, e não constitutivo (de direitos), aplicando-se a concepção básica acima igualmente ao reconhecimento de Estado e ao reconhecimento de beligerância, apesar de suas distinções. Não surpreende que este capítulo do direito internacional, tão fortemente impregnado de conotações políticas subjacentes (o processo de formação da vontade do Estado), tenha, até o presente, desafiado todas as tentativas de codificação e resistido a todos os projetos que pretenderam em vão transpô-lo ao campo do direito internacional *convencional*.

8. Resulta, assim, que a própria prática do Brasil sobre a matéria em apreço recomenda que *não* respaldemos a proposta norte-americana no presente caso. Não pode o Governo norte-americano esperar contar com o apoio do Brasil para uma proposta (*supra*) que não encontra respaldo no Tratado do Canal do Panamá e que colide com o entendimento e a prática estabelecida do Brasil concernentes à essência do instituto do reconhecimento de governo.

9. Já se estendeu, *no foro apropriado, o multilateral*, a solidariedade ao povo panamenho pelas recentes violações dos direitos civis e políticos naquele país: o Brasil, juntamente com a Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, México, Peru, Uruguai e Venezuela vêm de co-patrocinar, no corrente XIX período ordinário de sessões da Assembléia Geral da OEA (Comissão Geral), projeto de resolução pelo qual se manifesta apoio ao povo panamenho nos esforços pela “plena vigência” dos direitos civis e políticos naquele país, e se reafirma a “urgente necessidade” da transferência do poder constitucional mediante um “autêntico processo democrático” conducente, em “pleno respeito à vontade soberana do povo panamenho”, ao estabelecimento de “um Governo eleito livremente e sem ingerências exteriores”. Ademais, reitera-se a importância que os Estados-membros da OEA atribuem ao “estrito cumprimento do espírito e da letra” dos Tratados do Canal do Panamá, além de exortar a todos os Estados a que “se abstenham de ações unilaterais que dificultem uma solução justa e negociada”².

² OEA, documento OEA/Ser. P – AG/CG/doc. 6/89 – rev. 1, de 16.11.1989, p. 1-3.

10. Há ainda, no presente caso, um outro elemento de cunho jurídico a ser, a meu ver, devidamente considerado. Em março de 1987, em atenção a consulta do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores acerca da possibilidade de adesão do Brasil ao Protocolo Torrijos-Carter sobre a Neutralidade do Canal do Panamá, emiti Parecer (CJ/58, “A Questão da Adesão ao Protocolo ao Tratado Referente à Neutralidade Permanente e Funcionamento do Canal do Panamá de 1977: A Posição do Brasil”, de 16.3.1987, p. 1-3) em que me manifestei contrário à adesão: pelas razões expostas naquele Parecer, opinei em favor da manutenção da posição do Itamaraty de considerar a matéria como uma questão de *caráter essencialmente bilateral*. Em razão sobretudo das ressalvas introduzidas naquele acordo – particularmente pela chamada “emenda DeConcini”, – assegurou-se aos Estados Unidos o direito de caracterizar unilateralmente ameaças ao regime de neutralidade do Canal e determinar as circunstâncias que, a seu critério, justificassem, por conseguinte, inclusive sua possível ação militar em território panamenho. Assim sendo, pareceu-me que deveríamos continuar a considerar o assunto como uma questão de *caráter bilateral*, a ser resolvida pelas partes diretamente interessadas – Panamá e Estados Unidos – mediante solução negociada, sem a interveniência do Brasil (cf. Parecer supracitado, p. 3, § 5).

11. Ora, se a questão da posição do Brasil referente à neutralidade do Canal do Panamá pôde, pelas razões expostas no mencionado Parecer CJ/58, ser considerada um assunto de caráter bilateral, *com muito mais forte razão há de ser a presente questão da nomeação do novo administrador do Canal do Panamá tida como uma questão igualmente de caráter bilateral, que não comporta manifestação de opinião por parte do Brasil*. No mais, considero recomendável e prudente reservar posição quanto a eventuais conseqüências de se vir a considerar tal designação (do novo administrador do Canal) um *act of State* (para os propósitos e no sentido de que se reveste a expressão no direito internacional público) ou um ato administrativo, o que dependeria de qualificações jurídicas e outras circunstâncias que no Brasil desconhecemos no presente.

12. Em suma e em conclusão, com base nas considerações acima desenvolvidas, entendo que *não* deve o Brasil estender apoio à presente proposta norte-americana de nomeação de um novo “administrador em exercício” do Canal do Panamá (*supra*), porque:

- a) a proposta dos Estados Unidos não encontra respaldo no próprio Tratado do Canal do Panamá de 1977;
- b) a proposta dos Estados Unidos, politicamente motivada, estriba-se em premissa que colide com a prática consistente do Brasil em matéria de reconhecimento de governo;
- c) a *administração* do Canal do Panamá constitui questão de caráter essencialmente bilateral (Panamá/Estados Unidos) que não comporta manifestação de opinião por parte do Brasil.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 12 de dezembro de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Reparação de Danos. Pedido de
Proteção Diplomática. Posição do
Itamaraty.

PARECER

Caso de Pedido de Proteção Diplomática para Reparação de Danos Sofridos por Nacional Brasileiro em Lisboa

A Divisão da Europa-I do Ministério das Relações Exteriores encaminha-me, através do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, consulta acerca do caso que segue. Em carta datada de 14 de agosto de 1989, a Senhora Yedda Teixeira da Rocha solicita a ajuda pessoal do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores para auxiliá-la no acompanhamento de litígio referente a indenização correspondente ao esbulho de que foi vítima em 1975, quando sua manufatura de enfeites de metal – *Silbrás* – “Sociedade Industrial Metal-Mecânica-Luso-Brasileira Ltda”, com sede em Lisboa, foi ocupada por seus operários.

2. O assunto foi tratado pela referida Senhora, com o apoio da Embaixada em Lisboa, inicialmente por via judicial e, posteriormente, por via diplomática e administrativa, sendo que o Governo português, pela Resolução 51-B/1977 de 28.2.1977, reconheceu o direito reivindicado e estipulou em 1979 uma indenização de 1 milhão de escudos, por ela recusada. A interessada passou então a pleitear a submissão da questão à Corte Internacional de Justiça.

3. Por indicação de nossa Embaixada em Lisboa, recomendou-se que fossem inicialmente esgotados os recursos de direito interno português

antes de se considerar argüir a responsabilidade internacional de Portugal. A essa altura a interessada havia renunciado à reintegração de posse do patrimônio da *Silbrás* fixando-se apenas na indenização. O assunto foi motivo de troca de notas entre a Embaixada brasileira e o Ministério dos Negócios Estrangeiros português entre 1985 e junho último, sem solução satisfatória, conforme exposto no Ofício nº 490 da Embaixada à Secretaria de Estado.

4. Entendo que nossa Embaixada em Lisboa agiu de modo inteiramente correto ao recomendar à reclamante que esgote previamente os recursos de direito interno português. É este requisito uma condição *sine qua non* para o exercício da proteção diplomática, conforme tive ocasião de ressaltar em Pareceres anteriores referentes a casos congêneres. Com efeito, a reclamante tem, no presente caso, recebido toda a orientação e o apoio do Itamaraty, talvez mais do que seria dado esperar em situações do gênero. A proteção diplomática não corresponde a uma relação de direitos e deveres, estendida *discricionariamente* pelas Chancelarias aos nacionais no exterior.

5. Assim, a reclamante não tem o direito de ser protegida pelo Itamaraty, cabe-lhe tão-somente nutrir uma expectativa. Não obstante, tem contado com todo o apoio de nossa Embaixada em Lisboa e parece não contentar-se com isto. Tenta erigir a questão em um “contencioso entre o Brasil e Portugal” – como diz em sua carta de 14.8.1989 ao Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, – o que é de todo descabido nas atuais circunstâncias do caso. Pleiteia a submissão do caso à Corte Internacional de Justiça, o que não lhe compete fazer (seria decisão do Governo brasileiro, se endossasse sua reclamação, após esgotados os recursos internos em Portugal), além de ser pretensão infundada, porquanto, como é de conhecimento geral, apenas os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte da Haia; aliás, a reclamante parece ignorar ponderação nesse sentido que lhe foi comunicada por nossa Embaixada em Lisboa (carta nº 436, de 27.9.1982).

6. Como se não bastasse, a reclamante se deu ao luxo de recusar a indenização de 1 milhão de escudos, que lhe foi reconhecida pelo Governo português em 1979. Seu comportamento beira as raias da petulância. Se insistir na questão, cabe-lhe: a) buscar reparação perante os tribunais portugueses, até esgotados os recursos de direito interno; ou b) aceitar o

lump-sum oferecido pelo Governo português. A pretensão de levar o caso à Corte Internacional de Justiça há de ser descartada, por inteiramente infundada. Se desejar a reclamante, porém, prolongar indefinidamente o caso, que o faça por sua própria conta, sem continuar a mobilizar recursos humanos e materiais do Itamaraty, a que não tem direito.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Brasília, 14 de dezembro de 1989.

Antônio Augusto Cançado Trindade

1990

“Estado Palestino”. Condições de
Statehood. Argumentos de Israel:
Exame e Avaliação.

PARECER

Os Argumentos de Israel sobre a Aplicação no Caso Palestino dos Critérios para a Caracterização do Estado no Direito Internacional

Em meu Parecer nº CJ/157, sobre “A Proclamação do Estado Independente da Palestina e a Questão da Situação Jurídica da Representação da Palestina no Brasil” (de 2. 3.1989, p. 1-17), procedi a uma análise jurídica dos argumentos avançados em *non-paper* intitulado *Bases Jurídicas da Proclamação do Estado Independente da Palestina*, encaminhado pela Organização para a Libertação da Palestina (OLP) ao Itamaraty. Desta feita, é a Embaixada de Israel que vem de encaminhar ao Itamaraty um *non-paper* contendo seus argumentos sobre “‘PLO/Palestine’ and the Criteria for *Statehood in International Law*”, o qual vem de ser-me remetido pelo Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores para o mesmo propósito de análise jurídica.

2. No presente *non-paper* israelense são discutidos os critérios adotados no Direito Internacional para o reconhecimento de Estados, com vistas a considerar a Declaração de Argel do Conselho Nacional Palestino, que, em 15 de novembro de 1988, proclamou a criação do assim chamado “Estado da Palestina”. Através de análise cuidadosa dos critérios de território, população e governo próprio, independência e reconhecimento internacional, o documento procura demonstrar que falta ao recém-proclamado “Estado

da Palestina” postulado pela OLP o preenchimento de critérios cumulativos e interdependentes necessários à criação de condições para a caracterização de um Estado no Direito Internacional.

3. A definição básica adotada pelo texto é extraída do artigo 1º da Convenção de Montevideu de 1933 sobre Direitos e Deveres dos Estados, que requer, para o reconhecimento de personalidade jurídica internacional dos Estados, “população permanente, território definido, governo e capacidade de manter relações com outros Estados”. Baseado em diversas citações da doutrina, o documento alega que a “OLP/Palestina” “não controla qualquer território, nem ao menos exerce poder governamental com respeito a alguma área e população. Deixa claramente de satisfazer o requisito territorial para a *statehood*” (página 3 do *non-paper*).

4. Acrescenta o documento israelense que o critério de população permanente encontra-se intimamente ligado ao de território, e, em certo sentido, também ao de governo efetivo e independência. Assim, a “OLP/Palestina” segundo o referido documento, não preenche o critério de população permanente, por não estar definida nem uma “comunidade estável”, nem uma “base física para uma comunidade organizada”, segundo os termos adotados por Ian Brownlie e citados no texto (*ibid.*, p. 4).

5. Quanto ao critério de governo, o referido documento nega que a “OLP/Palestina” exerça controle sobre qualquer território reclamado, *não* sendo portanto *efetivo*. Argumenta que a “OLP/Palestina” não tem poder de legislar ou fazer cumprir a lei sobre qualquer porção do dito território, e que somente Israel está “autorizada sob o Direito Internacional a exercer autoridade nas Áreas Administradas”, o que incluiria legislar (cf. *ibid.*, p. 6). Faltaria, ainda, à “OLP/Palestina”, a capacidade de fazer cumprir obrigações internacionais nos territórios reclamados. Sobre este ponto, conclui o documento que nem mesmo o princípio da autodeterminação eximiria o cumprimento do requisito de efetividade (governo efetivo), especialmente no caso de governo em exílio, que jamais possuiu qualquer controle real sobre o território reivindicado (cf. *ibid.*, p. 6-7).

6. Com densa e adequada citação da doutrina abalizada (J. Crawford, I. Brownlie, K. Doehring, R. Higgins, H. Lauterpacht, H. Kelsen, dentre outros) e da jurisprudência pertinente (voto do Juiz Anzilotti no caso da *Austro-German Customs Union*, Corte Permanente de Justiça Internacional, 1931), o documento israelense argumenta ademais que a “OLP/

Palestina” não atende tampouco ao critério de independência, e sequer de reconhecimento em escala generalizada, ainda que este último não constitua um critério para a *statehood* (cf. *ibid.*, p. 7-10). Assim sendo, conclui o *non-paper* de Israel que a “OLP/Palestina” não satisfaz nenhum dos requisitos de Direito Internacional para a criação e configuração de um Estado e não há, por conseguinte, de ser tratada como tal (*ibid.*, p. 11).

7. O *non-paper* israelense apresenta-se tecnicamente muito bem estruturado, e amparado em conceitos bem estabelecidos e respeitáveis fontes doutrinárias. Dito isto, caberia indagar se Israel invocaria os mesmos argumentos e critérios, com a mesma veemência, há quatro décadas, à época de sua criação como Estado... Os pontos levantados no *non-paper* de Israel refletem sua percepção da realidade quanto ao caso palestino, que no entanto não coincide com a percepção da realidade quanto ao mesmo caso por parte de inúmeros outros países. A insistência dogmática em conceitos já cristalizados pode corresponder a uma visão estática da matéria – as condições de *statehood*, – se excluir *a priori* considerações outras que as já sedimentadas na prática dos Estados do passado.

8. Na verdade, também há considerações que não se enquadram inteiramente nos parâmetros da argumentação do *non-paper* israelense. Em meu Parecer nº CJ/157, de 2.3.1989, supracitado, tive ocasião de ponderar que a complexidade das relações internacionais contemporâneas tem levado a manifestações consideravelmente diversificadas do instituto do reconhecimento, que já não mais se esgota nos três objetos clássicos do Estado, Governo e beligerância. Com base na melhor doutrina contemporânea, observei que o reconhecimento pode voltar-se a uma variedade de *situações*, a abarcarem, e.g., movimentos de libertação nacional, “comitês nacionais” ou órgãos a reivindicarem personalidade autônoma (que pode ser a de um Estado *ad futurum*); o reconhecimento de uma situação do gênero pode tender a consolidar um título ou *status* jurídico, ainda que na época *in statu nascendi* (cf. *loc. cit.*, §§14-17, p. 8-9).

9. As condições da *statehood* permanecem, evidentemente, distintas do instituto multiforme do reconhecimento. Este não é pressuposto daquela. A realidade é sempre mais rica do que os conceitos desenvolvidos para explicá-la. Parafraseando Morin (no que denominou “revisão necessária dos conceitos jurídicos” em seu celebrado livro *La révolte du droit contre le code*, Paris, 1945), talvez o presente caso palestino nos revele uma “insurreição dos fatos”

contra conceitos cristalizados no tempo, e que talvez tenham correspondido à realidade de situações do passado, que no entanto ganharam em complexidade em nossos dias.

10. A argumentação do *non-paper* israelense ora em exame, sólida e hermética, deixa porém de captar a realidade dos fatos de nossos dias. Se a argumentação em apreço corresponde à percepção israelense da realidade, é este *um* dos fatores, dos mais relevantes, mas não obstante *um* dos fatores, a se levar em conta. De perspectiva distinta, não se poderia argumentar que o direito palestino à existência, a um “viver comum”, é tão arraigado quanto o direito israelense correspondente? Não se poderia argumentar que a Palestina conta hoje com uma base territorial razoavelmente (ainda que não completamente) definida, e com *alguma* forma de governo provisório ou potencial (a OLP)? Não se poderia invocar o grau de reconhecimento internacional já obtido pela Palestina até o presente, se não como “Estado”, como uma entidade em processo de formação?

11. Na mesma linha de raciocínio de meu Parecer nº CJ/157, de 2.3.1989, ocorrem-me dois fatos recentes, nos planos bilateral e multilateral, respectivamente, que me possibilitam adentrar mais adiante no exame da matéria, tendo presente a oportuna reflexão de M. Virally no sentido de que “*le juriste, comme tout homme qui prétend agir sur la réalité, doit partir de la réalité, c’est à-dire, ici, à la fois des phénomènes sociaux et des règles qui leur sont applicables*” (cit. in 11 *Annuaire français de Droit international*. 1965, p. 7).

12. O primeiro fato, no plano bilateral, é o *acordo para troca de prisioneiros celebrado entre Israel e organizações palestinas*, que levou à libertação, em 1985, de prisioneiros de ambos os lados.¹ Em comentário

¹ Os fatos podem ser assim resumidos: em 20 de maio de 1985, Israel libertou 1.150 prisioneiros árabes inclusive palestinos, em troca de três prisioneiros israelenses capturados durante a ocupação militar do Líbano, em decorrência e aplicação do acordo supracitado. Os três soldados israelenses estiveram em poder da facção Frente Popular para a Libertação da Palestina – Comando Geral (FPLP – CG), de orientação pró-Síria, e foram retomados através de Damasco e Genebra. Os prisioneiros árabes foram liberados em Genebra (394), Quneitras (Colinas de Golá, 150) e na Margem Ocidental e na Faixa de Gaza (606). As negociações entre a facção palestina FPLP e o Governo israelense, que duraram cerca de 18 meses, foram canalizadas através do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Embaixador austríaco em Atenas, Herbert Amry – ex-colaborador do Chanceler Bruno Kreisky, que iniciou a negociação. Iniciativas semelhantes em 1983 e 1984 já haviam levado à libertação de 4.800 prisioneiros palestinos, libaneses e sírios em troca de uma dúzia de prisioneiros israelenses. Nessa ocasião, entretanto, ao invés de deportá-los todos, 600 palestinos foram deixados livres nos territórios ocupados. Cf.: *Facts on File*, May 1985, p. 384; *Keesing’s Contemporary Archives*, v. XXXI, November 1985, p. 34010, e December 1985, p. 34075.

sobre a matéria, o *Journal of Palestine Studies* (editado nos Estados Unidos) – dentre outras fontes usa a expressão *agreement* (ou *prisoner exchange agreement*) não menos de dez vezes em três páginas.² Não há de passar despercebido que o acordo a que chegaram as partes, após mediação, do Chanceler austríaco Bruno Kreisky, teve como garantes (*guarantors*) o Ministro da Defesa de Israel e o líder da facção palestina FPLP-CG, Ahmad Jibril.³

13. O segundo fato (cf. *infra*), no plano multilateral, é a recente *admissão da OLP nos debates do Conselho de Segurança da ONU sobre a “situação nos territórios árabes ocupados” por Israel*. As origens da questão remontam à celebrada Resolução nº 3237 (XXIX) de 1974 da Assembléia Geral da ONU que outorgou à OLP *status* de observador nas Nações Unidas; a partir de então, facultou-se à OLP o acompanhamento das sessões e trabalhos das Nações Unidas (seus principais órgãos políticos) e das conferências realizadas sob seus auspícios, – como já tive ocasião de ressaltar em meu Parecer nº CJ/112, “Análise da Situação Jurídica da Representação da Organização para a Libertação da Palestina no Brasil”, de 10.3.1988, p. 1-14 (especialmente p. 7-9, §§ 11-13).

14. Em fins de agosto 1989, porém, as Nações Unidas foram mais além. Em 30.8.1989, o Presidente do Conselho de Segurança informou o Conselho que o órgão recebera uma carta, daquela data, do *Deputy Permanent Observer of Palestine to the United Nations* solicitando *to participate in the consideration of the item entitled ‘The situation in the occupied Arab territories’* (cf. UN Security Council, doc. S/PV. 2883, de 30. 8.1989, p. 6). Não obstante a pronta objeção do Delegado dos Estados Unidos (Mr. Pickering) à prática da ONU de conceder *status* e funções de observador à OLP e agora considerar ampliá-la para “participar” nas considerações do Conselho de Segurança, que considerava um “abuso do regulamento” e que a seu ver não implicava reconhecimento de “qualquer Estado da Palestina” (cf. *ibid.*, p. 6-8), *o pedido palestino, submetido a votação, foi aprovado pelo Conselho de Segurança*.

15. Votaram a favor Argentina, Brasil, China, Colômbia, Etiópia, Finlândia, Malásia, Nepal, Senegal, URSS e Iugoslávia; abstiveram-se Canadá,

² Cf. *Journal of Palestine Studies* (1985), v. XIV, nº 4, issue 56, p. 176-7 e 179.

³ Cf. *ibid.*, p. 176.

França e Reino Unido, e apenas os Estados Unidos votaram contra (cf. *ibid.*, p. 8). Por conseguinte, naquele mesmo dia, a convite do Presidente do Conselho de Segurança, *Mr. Mansour (Palestine) took a place at the Council table* (*ibid.*, p. 8) para participar da consideração, por aquele órgão da ONU, do item – “A situação nos territórios árabes ocupados” por Israel.

16. Em meu Parecer nº CJ/157, de 2.3.1989, supracitado, detectei e examinei uma solução de direito diplomático que, ainda que não reconhecendo o Estado Palestino como tal – pendente a completa definição territorial e a constituição formal e definida do “Governo Provisório” palestino – permitiria ao Brasil, não obstante, manifestar o seu reconhecimento da nova situação e de um Estado *in statu nascendi* (cf. *loc. cit.*, p. 13-17, §§25-33). Há que aqui acrescentar que, à luz dos dois fatos recentes acima expostos, nem, em nível bilateral, a própria prática de Israel, celebrando acordo com organizações palestinas para troca de prisioneiros, nem, em nível multilateral, a própria prática da ONU, admitindo há pouco a Palestina já não só como observadora, mas como participante de determinados trabalhos e debates do Conselho de Segurança, permitiriam ou justificariam que se continuasse a ver na entidade palestina a virtual *non-entity* que Israel parece pretender e insistir em fazer crer.

Este, salvo melhor juízo, é meu Parecer.

Brasília, 20 de janeiro de 1990.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Nações Unidas: Consultas Mundiais.
Direito ao Desenvolvimento e
Direitos Humanos. Realização do
Direito ao Desenvolvimento.

RELATÓRIO

*Informação para o Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações
Exteriores*

*As Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre a Realização
do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano
(Genebra, 8 a 12 de Janeiro de 1990)*

Vêm de realizar-se no *Palais des Nations*, sede da Organização das Nações Unidas em Genebra, as “Consultas Mundiais sobre a Realização do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano” (8 a 12 de janeiro de 1990), convocadas pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. As referidas Consultas Mundiais das Nações Unidas tiveram o propósito de proceder a um exame amplo e aprofundado da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, tendo em vista a realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano. As Consultas Mundiais contaram com cerca de 150 participantes de todo o mundo, dentre membros da comunidade acadêmica internacional convidados pelo Centro de Direitos Humanos da ONU e confirmados pelos respectivos Governos, representantes de Estados-membros da ONU,

e organizações não-governamentais (ONG's). Como perito brasileiro convidado para as Consultas Mundiais pelo Centro de Direitos Humanos da ONU e com a indicação confirmada pelo Itamaraty, e por ter sido apresentado na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty, vejo-me na obrigação de encaminhar o presente Relatório sobre as Consultas Mundiais das Nações Unidas que ora se encerram ao Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores.

2. Os principais pontos levantados na sessão solene de abertura das Consultas Mundiais, realizada na manhã de 8 de janeiro na sala XXII do *Palais des Nations*, podem ser assim resumidos. O Secretário-Geral Adjunto das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Jan Martenson) ponderou que o desenvolvimento abarca o ser humano em todos os seus direitos, e destacou como questões prioritárias para estudo os efeitos de *structural adjustment policies* (e participação popular), a dívida externa e a corrida armamentista, “sem desviar” da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986. O Presidente do Grupo de Trabalho de Peritos Governamentais sobre o Direito ao Desenvolvimento (Alioune Sene) referiu-se aos obstáculos ao desenvolvimento, salientando a condição dos “grupos vulneráveis”, e ressaltou que *l'accomplissement du développement implique la mise en oeuvre des droits de l'homme*. O Diretor-Geral das Nações Unidas para Desenvolvimento e Cooperação Econômica Internacional (Antoine Blanca), ao enfatizar a inter-relação entre a paz e a segurança, por um lado, e o desenvolvimento econômico (mais igualitário), por outro, sugeriu duas medidas concretas: (a) um plano de ação para a incorporação dos direitos humanos ao processo de desenvolvimento; (b) fortalecimento do ECOSOC para considerar a dívida externa e os ajustamentos estruturais e para um abordagem “mais integrado” dos direitos humanos.

3. A seguir, o Secretário-Geral da UNCTAD (K.K.S. Dadzie), tomando o desenvolvimento como um processo global (não confinado aos países em desenvolvimento), acentuou a importância de conceber e aplicar os *structural adjustment programs* (em vista de planos econômicos preconcebidos) tendo presentes as lições a serem extraídas dos impactos sociais adversos e efeitos nos direitos humanos; referiu-se à convicção da UNCTAD de que somente mediante a cooperação multilateral encontrar-se-ão soluções, e apontou como áreas prioritárias a eliminação da pobreza e abordamentos alternativos a políticas econômicas marcados por considerações de equidade e

responsabilidade social. Enfim, a porta-voz das organizações não-governamentais (ONG's) representadas (E. Ballantyne) realçou a necessidade de superação de diferenças ideológicas e do racismo (*apartheid*) e discriminação racial, e a relevância do desarmamento e dos avanços na questão do *status* das mulheres.

4. As Consultas Mundiais das Nações Unidas compuseram-se de duas partes substantivas. A primeira delas consistiu em cinco conferências sobre aspectos distintos do direito ao desenvolvimento, como direito humano, proferidas por cinco professores convidados pelo Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas e com as indicações confirmadas pelos respectivos Governos, quais sejam: G. Abi-Saab (Egito), A. A. Cançado Trindade (Brasil), A. Pellet (França), V. Kartashkin (URSS) e D. Türk (Iugoslávia). Na tarde de 8 de janeiro, na sala XII do *Palais des Nations*, procederam a suas exposições os Professores Abi-Saab, Kartashkin e Türk. O Professor Abi-Saab discorreu sobre a evolução recente das noções de autodeterminação e soberania plena sobre as riquezas e recursos naturais em relação ao direito ao desenvolvimento como direito humano. O Professor Kartashkin aventou a possibilidade de uma denegação ou violação do direito ao desenvolvimento ser considerada uma “violação flagrante e maciça dos direitos humanos”. E o Professor Türk argumentou que, à luz dos eventos no Leste Europeu, o processo corrente de “desideologização” criava um clima mais propício à realização do direito ao desenvolvimento, com um conseqüente abordamento mais equilibrado entre os direitos civis e políticos, e econômicos, sociais e culturais.

5. Na manhã de 9 de janeiro, na sala XII do *Palais des Nations*, ministravam suas conferências os Professores Pellet e Cançado Trindade. O Professor Pellet concentrou-se na “pluralidade de sujeitos” do direito ao desenvolvimento, entre os quais “não há uma hierarquia”; esta última existe em relação às necessidades dos países em desenvolvimento. O grande ausente da Declaração de 1986, segundo ele, é a *communauté internationale dans son ensemble*. O objeto do direito ao desenvolvimento se consubstancia, segundo Pellet, em *obligations de comportement* e não *obligations de résultat*, e sua implementação recai no regime jurídico da proteção internacional dos direitos humanos.

6. O Professor Cançado Trindade, em sua conferência, procedeu de início a uma análise da Declaração de 1986, segundo a qual os sujeitos

ativos do direito ao desenvolvimento são os seres humanos e os povos, e os sujeitos passivos, com responsabilidades distintas, os Estados (individual e coletivamente) e os seres humanos (individual e coletivamente – comunidades, associações, grupos). O direito *ao* desenvolvimento, como um “direito humano inalienável” (direito subjetivo), há de ser distinguido do direito internacional *do* desenvolvimento, com fontes distintas, sistema normativo objetivo voltado à transformação mais equilibrada e eqüitativa das relações entre Estados juridicamente iguais e economicamente desiguais. Após advertir para os obstáculos à realização do direito ao desenvolvimento, o Professor Cançado Trindade concentrou-se nas possíveis modalidades de implementação do direito ao desenvolvimento, à luz dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos. A última parte de sua exposição, e a mais longa, voltou-se à relação do direito ao desenvolvimento com outros direitos humanos: defendeu a tese da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos, e o entendimento de que o direito ao desenvolvimento só pode vir a reforçar (e não a debilitar) direitos anteriormente formulados, criticou contundentemente a teoria das “gerações de direitos”, destacou as dimensões “individual” e “coletiva” do direito ao desenvolvimento, e relacionou a matéria com a possibilidade de uma desejável expansão do núcleo de direitos inderrogáveis (face ao indevido prolongamento de estados de exceção e suspensão de direitos na história recente de diversos países). Por se tratar da exposição do perito brasileiro, a conferência do Professor Cançado Trindade (ONU, documento HR/RD/1990/CONF. 36, p. 1-17) encontra-se anexada a este Relatório (Anexo I, *infra*).

7. Às cinco exposições acima seguiram-se, na tarde de 9 de janeiro, prolongados debates sobre os pontos de vista avançados, que marcaram o final da primeira parte substantiva das Consultas Mundiais das Nações Unidas. Durante os debates, a tese da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos angariou aceitação geral. Algumas intervenções são dignas de registro. Representantes das Nações Unidas atentaram para os problemas de determinação da ordem de prioridades e das desigualdades *dentro* das sociedades, e, quanto à realização do direito ao desenvolvimento, identificaram como *missing link* a falta de codificação até o presente do *right to benefit from social justice*. O Professor Asbjorn Eide (Noruega) aventou a possibilidade de Estados agirem em defesa dos *povos* na implementação do direito ao desenvolvimento, com o que concordou o Professor Cançado Trindade

(Brasil), para isto recordando as petições – instituindo processo perante a Corte Internacional de Justiça – da Nova Zelândia contra França no caso dos *Testes Nucleares* (1973-1974) e recentemente de Nauru contra Austrália no caso das *Terras de Fosfato* (1989 em diante).

8. O Professor Paul De Waart (Holanda) insistiu no ponto de que, quando a Comissão de Direitos Humanos da ONU levantou a questão do direito ao desenvolvimento, tinha antes em mente um “princípio do direito internacional”, de modo a reforçar direitos já existentes, e não proceder à formulação de um novo direito. Algumas ONG’s argumentaram, não surpreendentemente, que a significação maior da Declaração de 1986 residia, mais do que nos aspectos legais, no seu impacto na ação futura das agências de desenvolvimento e na própria estrutura sócioeconômica da ONU. Outros participantes destacaram a importância da junção entre os temas do desenvolvimento e dos direitos humanos. O *rapporteur* do Grupo de Trabalho de Peritos Governamentais sobre o Direito ao Desenvolvimento (K.L. Dalal) advertiu para a necessidade de não se impor condições para a assistência ao desenvolvimento e para a relevância do fator “emprego”, porquanto *development without employment has no meaning*.

9. A segunda parte substantiva das Consultas Mundiais das Nações Unidas, que se estendeu por dois dias (10 e 11 de janeiro), igualmente na sala XII do *Palais des Nations*, consistiu em uma série de numerosas e breves exposições, seguidas de breves debates sobre cada uma delas, a cargo de alguns membros da comunidade acadêmica internacional, poucos representantes de Estados (Equador, Colômbia e Venezuela) e diversas ONGs. Alguns dos pontos levantados merecem registro. Nas exposições e debates do dia 10, algumas ONGs se manifestaram em favor do fortalecimento do *status* – nacional e internacionalmente – das populações indígenas. Outros participantes destacaram a importância de se juntar as temáticas do desenvolvimento e dos direitos humanos, de modo a propiciar um diálogo entre as agências de desenvolvimento e as atividades no domínio dos direitos humanos. O Professor J. Iguíñiz (Peru) foi categórico ao sustentar que não se pode lograr o desenvolvimento sem participação (popular), e o imprescindível direito de participação, no âmbito do direito ao desenvolvimento, pode vir a requerer a descentralização do *decision-making* político e econômico em diversos países. O Embaixador Galo Leoro (Equador) atentou para a necessidade e as dificuldades de se lograr um

sustainable development. Participantes africanos levantaram problema lingüístico: de que modo e em que idioma transmitir esta nova temática das Nações Unidas do desenvolvimento a comunidades locais na África que falam apenas idiomas africanos?

10. Nas exposições e debates do dia 11, avançaram-se as idéias de que o problema da dívida externa é um *problème de co-responsabilité* afetando a todos, e de que não cabe impor restrições à ajuda para o desenvolvimento dos países do Terceiro Mundo. Curiosamente, representantes de agências financeiras internacionais (FMI, Banco Mundial) culparam também os próprios Estados pela não-realização, até o presente, do direito ao desenvolvimento. Algumas ONG's apontaram como deficiência da Declaração de 1986 a falta de referências aos recursos humanos e sua participação, e à democratização. O Professor Alain Pellet (França) sugeriu a criação de um *observatoire*, composto de representantes dos Estados, do mundo acadêmico e do Secretariado da ONU, para acompanhar a aplicação e observância do direito ao desenvolvimento.

11. O último dia das Consultas Mundiais das Nações Unidas, 12 de janeiro, foi todo reservado a uma discussão geral e final sobre a matéria, focalizando três pontos centrais, a saber: *problemas, critérios e mecanismos* de implementação e cumprimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano. Os debates, que se estenderam das 9h às 18h, tiveram lugar igualmente na sala XII do *Palais des Nations*. Os principais pontos levantados acerca dos *problemas* podem ser resumidos como a seguir. O Professor Paul De Waart acentuou a necessidade de ratificação, por todos os Estados, dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas; algumas ONG's argumentaram da mesma forma quanto à observância dos direitos da mulher internacionalmente reconhecidos e quanto à necessidade de ratificação pelos Estados da recente Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989). As ONG's também insistiram na relação entre o direito ao desenvolvimento e os problemas das populações indígenas. As ONG's ademais alertaram para a necessidade de responsabilidade (*accountability*) da parte não somente dos governos, mas também dos bancos, corporações e outras entidades pela realização do direito ao desenvolvimento. O *rapporteur* do Grupo de Trabalho de Peritos Governamentais sobre o Direito ao Desenvolvimento (K.L. Dalal) atentou para o que chamou de *decline of ideology and spread of secularism* em nossos dias.

12. Ainda durante os debates sobre os *problemas*, alertou-se para a *pauvre représentativité* nas presentes Consultas Mundiais das Nações Unidas das ONGs dos países em desenvolvimento (ou neles sediadas). Participantes africanos chegaram mesmo a declarar que não desejavam a “intermediação operacional” das ONG’s, uma vez que “cabia aos próprios *povos* defender os direitos dos povos”; advertiram ademais que o próprio processo de desenvolvimento tem por vezes sido a fonte de violações dos direitos humanos. O representante do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) singularizou os seguintes problemas: *la gravité du problème de l’extrême pauvreté pour la mise en oeuvre du droit au développement*, a questão da diversidade cultural no mundo contemporâneo, o problema da violência econômica, a questão da condição da mulher, o problema do meio ambiente, e a questão da participação popular (e.g., os projetos do PNUD nesse sentido). Acrescentou que a “sociedade civil” compreende todos os grupos sociais (sindicatos, associações profissionais, ONG’s, etc.), e ressaltou a “necessária cooperação” entre os Ministérios das Relações Exteriores e os Ministérios do Planejamento e da Economia, e entre estes e o sistema das Nações Unidas (inclusive o Banco Mundial e o FMI).

13. Nos prolongados debates do dia 12 de janeiro, podem ser resumidos como a seguir os principais pontos levantados acerca dos *critérios*. Sugeriram-se, de início, como critérios para avaliar os direitos dos povos: as condições de vida, as condições de trabalho (emprego, *self- or co-management*), a democracia; admitiu-se, porém, a dificuldade de elaborar critérios universais, o que realçava a relevância de critérios nacionais. Alguns participantes ressaltaram a necessidade de mais pesquisas e estudos no âmbito das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento (e.g., sua relação com os direitos humanos). Representantes das Nações Unidas sugeriram, a esse respeito, a preparação, pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, de uma lista de instrumentos e documentos relevantes da ONU diretamente pertinentes à implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano. O Professor Danilo Turk (Iugoslávia) atentou para a adequação dos abordamentos multidisciplinares e comentou que, quando se trata de questões atinentes ao desenvolvimento, os instrumentos ou argumentos puramente legais revestem-se de valor um tanto relativo, como, e.g., no sistema do GATT. O Professor Asbjon Eide (Noruega) destacou a necessidade

de indicadores de desenvolvimento tanto nacional quanto internacionalmente, e a interação entre eles; admitiu que tais indicadores podem ser diferentes em planos distintos (e.g., global e regional), o que requereria que fossem definidos distintamente. Relembrou, ademais, o *overall inspiring guide and goal* do direito ao desenvolvimento, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e notou que a noção de “povo”, embora “extremamente vaga”, tinha assumido um papel proeminente nas discussões em curso.

14. Anteriormente, um participante africano havia manifestado suas incertezas quanto à noção de “povo”, o que levou o Professor Cançado Trindade (Brasil) a ponderar que, embora a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 consagrasse “direitos dos povos” juntamente com um elenco de direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, subsistia a ausência de critérios geralmente aceitos no direito internacional acerca dos primeiros, o que requeria que se dedicasse maior atenção à questão da implementação dos direitos dos povos e dos direitos atinentes às coletividades humanas. O Embaixador Alioune Sene (Senegal) identificou como bases para a aplicação do direito ao desenvolvimento (*développement équilibré de l’homme*) a equidade, a igualdade de oportunidades e a justiça social.

15. Enfim, ainda nos prolongados debates do dia 12 de janeiro, os principais pontos levantados quanto aos *mecanismos* podem ser resumidos como a seguir. O Professor Vladimir Kartashkin (URSS) sugeriu, para a implementação do direito ao desenvolvimento, a criação de um Comitê de Peritos Independentes, com a devida repartição geográfica, servindo a título pessoal, e relatando à Assembléia-Geral da ONU; à constituição deste órgão seguir-se-ia, no futuro, a elaboração de uma Convenção sobre o Direito ao Desenvolvimento, dada a necessidade de se inserir o direito ao desenvolvimento em um *legal framework*. Alguns participantes favoreceram a criação de tal Comitê, enquanto outros consideraram “mais realista e econômico” designar um *rapporteur* especial sobre a matéria (na Comissão de Direitos Humanos da ONU). O Embaixador Alioune Sene (Senegal) advertiu para a necessidade de “evitar a proliferação de órgãos e estruturas”, mas àquela altura já se formava consenso sobre a necessidade de estabelecimento de algum tipo de mecanismo de implementação do direito ao desenvolvimento.

16. O Professor Danilo Turk (Iugoslávia) favoreceu a idéia do estabelecimento de um Comitê de Peritos Independentes, a relatar à Assembléia-Geral ou ao ECOSOC ou a ambos, transcendendo assim o nível da Comissão de Direitos Humanos; sustentou o fortalecimento do papel do Secretário-Geral das Nações Unidas neste domínio, assim como a função de coordenação a ser atribuída ao Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas. Atentou ainda para a necessidade de coordenação entre as próprias ONG's (no desenvolvimento de indicadores na realização do direito ao desenvolvimento), e comentou que a avaliação do processo de realização do direito ao desenvolvimento é um processo em si mesmo, que necessita de *evolving indicators* a contarem com a concordância dos Estados.

17. O Professor Cançado Trindade (Brasil) avançou quatro alternativas de possíveis mecanismos de implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, a saber: (a) no caso de se tipificar uma denegação ou violação do direito ao desenvolvimento como uma “violação maciça e flagrante” dos direitos humanos e dos povos, o estabelecimento de um sistema de petições ou comunicações inspirado no modelo do sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC, devidamente coordenado com procedimentos coexistentes do gênero; (b) adoção de um sistema de relatórios periódicos dos Estados à Comissão de Direitos Humanos da ONU, com os questionários refletindo um abordamento mais equilibrado e integrado dos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais; (c) estabelecimento de um sistema de monitoramento (*fact-finding*), a cargo de um Grupo de Peritos ou um *rappporteur* especial, nomeado pelo Secretário-Geral da ONU ou pela Comissão de Direitos Humanos, para considerar situações atinentes à realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano, em coordenação com outros órgãos de supervisão internacionais, particularmente os dotados de um mandato concreto sob tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos (e.g., o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê de Direitos Humanos, o CERD, etc.); (d) realização de estudos aprofundados por um órgão como a Subcomissão para a Prevenção de Discriminação e a Proteção de Minorias da ONU, de modo a identificar questões-chave referentes à realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano. O Professor Cançado Trindade aventou ainda a possibilidade de combinações de dois ou mais dos quatro métodos acima (e outros possíveis métodos), dada a *comprehensive*

nature do direito ao desenvolvimento (abrangendo a proteção da pessoa humana e dos povos nos domínios civil, político, econômico, social e cultural), e sustentou a necessidade de estabelecimento de alguma forma de institucionalização da implementação do direito ao desenvolvimento *como um direito humano* nos próximos anos. Por se tratar de intervenção do perito brasileiro, as sugestões do Professor Cançado Trindade encontram-se anexadas a este Relatório (Anexo II, *infra*).

18. A intervenção do perito brasileiro teve repercussão imediata e positiva nos debates. Considerando-a *very feasible and useful*, o Professor Danilo Turk (Iugoslávia) comentou que as sugestões acima poderiam ser postas em prática no futuro breve e a de estudos aprofundados pela Subcomissão para a Prevenção de Discriminação e a Proteção de Minorias de imediato, com atenção inicial, e.g., nos direitos sociais. Também comentou que a “liberdade de associação”, e.g., mencionada em ambos os Pactos de Direitos Humanos da ONU, é área que poderia ser mais desenvolvida, e que ilustra a inter-relação entre os direitos civis e políticos, e econômicos, sociais e culturais. O Professor K.L. Dalal (Índia) comentou que, a ser criado um Grupo de Peritos como mecanismo de monitoramento, poderia ele reunir-se não apenas na sede da ONU em Nova York, mas também em alguns países em desenvolvimento. O representante do Centro de Direitos Humanos da ONU (Th. McCarthy) considerou perfeitamente factível a sugestão de estabelecimento de um sistema de petições ou comunicações inspirado no sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC, recordando a respeito a existência de antigas resoluções do ECOSOC solicitando que o procedimento da Resolução nº 1.503 cobrisse não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. Também o Professor Danilo Turk (Iugoslávia) entendeu que o procedimento da Resolução nº 1.503 do ECOSOC, “vinculado” à Declaração Universal de Direitos Humanos, poderia no presente contexto ser utilizado em conexão com o artigo 28 da Declaração Universal.

19. Ao final dos debates, o Presidente do Grupo de Trabalho de Peritos Governamentais sobre o Direito ao Desenvolvimento (Alioune Sene) procedeu a um resumo dos principais pontos levantados sobre os problemas, critérios e mecanismos de realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano, e destacou a enorme utilidade para as Nações Unidas de que se revestiram as Consultas Mundiais que ora se encerravam. Ficou

entendido, na presença do Secretário-Adjunto das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Jan Martenson), que o Secretariado da ONU prepararia um relatório à Comissão de Direitos Humanos sobre as presentes Consultas Mundiais.

20. De minha parte, considero que as Consultas Mundiais das Nações Unidas constituíram-se em exercício dos mais oportunos e úteis para clarificar a própria conceituação do direito ao desenvolvimento *como um direito humano* e considerar os possíveis métodos de sua implementação. Os avanços conceituais logrados nas Consultas Mundiais se inserem – a meu ver corretamente – no reconhecimento, prevalecente na melhor doutrina contemporânea, da interdependência e indivisibilidade de *todos* os direitos humanos. Dos prolongados debates, também se pôde depreender o entendimento prevalecente hoje nas Nações Unidas de que o desenvolvimento, longe de ser apenas econômico, constitui um processo *global*, a abarcar a proteção dos seres humanos e dos povos nos domínios civil, político, econômico, social e cultural.

21. No plano operacional, as Consultas Mundiais contribuíram para identificar os obstáculos a serem superados com vistas à realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano, e para considerar as alternativas para o estabelecimento de um sistema de monitoramento. Um sistema possível paralelo com os debates nas Nações Unidas de uma ou duas décadas atrás revela uma evolução interessante: enquanto nas décadas de 1960 e 1970 discutia-se o exercício do direito de autodeterminação dos povos até que estes últimos se constituíam em Estados independentes, hoje vai-se muito mais além. Passam-se a discutir os direitos do ser humano e das coletividades humanas no âmbito das estruturas globais de dominação e exploração. Introduzem-se nos debates as chamadas *intermediate structures and groups*, ou instituições e grupos de auto-organização dos povos, – o que equivale a repensar as premissas básicas do próprio sistema internacional contemporâneo.

22. A consagração do direito ao desenvolvimento como um direito humano introduz assim um forte componente ético na avaliação e condução das relações internacionais contemporâneas. É difícil evitar a impressão de que a temática das Consultas Mundiais que ora se encerram, a do direito ao desenvolvimento sob um novo enfoque, o dos direitos humanos, revestir-se-á de importância transcendental a ponto de vir a permear o tratamento de

vários outros assuntos pelas Nações Unidas nos próximos anos. Nesse sentido, um dos traços marcantes, senão a contribuição fundamental, das Consultas Mundiais de 1990, foi a clara e inexorável *vinculação*, que transpareceu dos prolongados debates, entre os temas do *desenvolvimento* e dos *direitos humanos*. Esta é, a meu ver, uma conquista do melhor pensamento internacionalista contemporâneo, que representa, em última análise, uma contribuição decisiva para a humanização do processo do desenvolvimento.

Genebra/Brasília, 12-22 de janeiro de 1990.

Antônio Augusto Cançado Trindade

- Anexos:*
- I. Conferência proferida pelo perito brasileiro, Professor Cançado Trindade, na primeira parte substantiva das Consultas Mundiais das Nações Unidas, em 9 de janeiro de 1990, sobre *The Legal Dimensions of the Right to Development as a Human Right: Some Conceptual Aspects*^(*).
 - II. Intervenção do Perito brasileiro, Professor Cançado Trindade, nos Debates Finais das Consultas Mundiais das Nações Unidas, de 12 de janeiro de 1990^(*).
 - III. Programa Oficial das Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (Genebra, 8-12.1.1990).
 - IV. Lista de Participantes das Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (Genebra, 8-12.1.1990).
 - V. Telegramas da Delegação do Brasil para o Desarmamento e os Direitos Humanos (Brasdesarm) de avaliação da participação do perito brasileiro nas Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (Genebra, janeiro de 1990).

^(*) *Nota:* Documentos reproduzidos in: A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3ª edição, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2003, pp. 422-442

CEE: Pedido de Admissão como Membro da FAO. CEE: Personalidade Jurídica e *Treaty-Making Power*; Relações Internacionais; Participação em Tratados e Organizações Internacionais; Sistema de Votação. Elementos para Tomada de Posição do Brasil.

PARECER

A Questão da Solicitação da Comunidade Econômica Européia (CEE) de Admissão como Membro Pleno da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a

Agricultura (FAO): Elementos Básicos para Tomada de Posição do Brasil

Sumário: I. Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer. II. Personalidade Jurídica Internacional das Organizações Internacionais em Geral e da CEE em Particular. III. Atribuição ou Transferência de Competências à CEE. IV. Relações Internacionais das Organizações Internacionais em Geral e da CEE em Particular. V. Participação da CEE em Tratados e Convenções Internacionais. VI. Participação da CEE em Organizações Internacionais. VII. Participação da CEE em Tratados e Organizações Internacionais e a Questão do Sistema de Votação. VIII. Conclusões.

I. *Introdução: Delimitação do Objeto do Parecer*

A Comunidade Econômica Européia (CEE) vem de decidir solicitar sua admissão como membro de pleno direito da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), devendo ser a solicitação em breve formalizada. O propósito da CEE é o de assumir sua cadeira na FAO ao lado das dos 12 Estados que hoje a integram e não em substituição a eles. A CEE, reconhecendo a possibilidade de dificuldades institucionais que poderá gerar sua pretensão, desejaria que seu pedido fosse considerado inicialmente pelo Conselho, e depois pela Conferência da FAO, no propósito de que se realizem estudos que venham a possibilitar uma decisão por ocasião da XXVI Conferência da FAO, em 1991. Com vistas a orientar o posicionamento do Brasil a respeito, solicita-me o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores Parecer sobre a matéria.

2. Para tal, mister se faz, de início, examinar a questão da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais em geral e da CEE em particular, assim como a questão da atribuição ou transferência de competências à CEE. A seguir, cabe considerar a condução das relações internacionais das organizações internacionais em geral e da CEE em particular. Partindo do geral ao particular, impõe-se o exame da participação da CEE tanto em tratados e Convenções internacionais quanto em organizações internacionais, com atenção voltada em especial à questão do sistema de votação. O campo estará então, enfim aberto, à apresentação das conclusões sobre o objeto da presente consulta.

II. *Personalidade Jurídica Internacional das Organizações Internacionais em Geral e da CEE em Particular*

3. O primeiro ponto a ser considerado é inelutavelmente, o da personalidade jurídica internacional, das organizações internacionais em geral e da CEE em particular. Como se sabe, os pressupostos da personalidade dos Estados são *factuais* (população, território, existência de governo e sistema normativo próprios), ao passo que os pressupostos da personalidade das organizações internacionais são essencialmente *jurídicos*, a saber: uma carta constitutiva (tratado multilateral), a existência de órgãos permanentes próprios, que expressam uma vontade distinta da dos Estados-membros, e de propósitos ou fins definidos a serem realizados através do cumprimento

ou exercício de funções e poderes¹. São as organizações internacionais regidas pelo direito internacional (ainda que detentoras de um ordenamento jurídico próprio) e dotadas de competência funcional.

4. Não obstante a ausência, na Carta da ONU, de dispositivo expresso sobre sua personalidade jurídica *internacional* – limitando-se a Carta, no artigo 104, a dispor sobre sua personalidade jurídica sob o direito *interno* de seus Estados-membros², – cedo em sua vida contou a Organização com reconhecimento judicial de sua personalidade jurídica internacional. Em passagem clássica de seu célebre Parecer de 1949 no caso das *Reparações de Danos*, a Corte Internacional de Justiça constatou a existência da personalidade jurídica internacional da ONU e de sua capacidade de operar no plano internacional. A ONU, agregou a Corte da Haia, “é uma pessoa internacional. (...) É sujeito do direito internacional e capaz de possuir direitos e deveres internacionais, e (...) tem capacidade de vindicar seus direitos interpondo reclamações internacionais”³. Com efeito, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (1946), artigo 1, e a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas (1947), artigo 2, reconhecem a *personalidade* e a *capacidade*⁴ jurídicas daquelas Organizações.

5. Distintamente da Carta da ONU (*supra*), o Tratado de Roma (1957), que estabeleceu a Comunidade Econômica Européia (CEE), dispôs expressamente que a CEE tem personalidade jurídica internacional; o artigo 210 do Tratado de Roma determina, *tout court*, que: – *The Community shall have legal personality*. Tendo em mente o caso da CEE, comentou Pescatore que a personalidade afirmada nas cartas constitutivas das organizações internacionais significa sobretudo a aptidão para ser titular

¹ M. Rama-Montaldo. International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations, 44 *British Year Book of International Law*. 1970, p. 111-55; Y. Souliotis. La capacité des organisations internationales de conclure des accords d’après leurs actes constitutifs et la pratique, 25 *Revue hellénique de droit international*. 1972, p. 194-233; e cf. G. Arangio-Ruiz. *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*. Bologna: Coop. Libr. Univ., 1972, cap. VII, p. 196-268; R. Khan. *Implied Powers of the United Nations*. Delhi/Bombay/Bangalore: Vikas Pubs., 1970, p. 1-222.

² J.G. Starke. *Introduction to International Law*, 7ª ed., Londres: Butterworths, 1972, p. 568-70; M. Akehurst. *A Modern Introduction to International Law*, 2ª ed., Londres: G. Allen & Unwin, 1971, p. 91-3 e 246; A. Verdross. *Derecho Internacional Público*, 5ª ed. rev., Madrid: Aguilar, 1969, p. 458-62.

³ ICJ, caso das *Reparações de Danos*, *ICJ Reports*. 1949, Parecer de 11.4.1949, p. 179.

⁴ Esta segunda, para contratar, adquirir, alienar bens imóveis e mover ações judiciais.

de direitos, competências, funções, poderes e, correlativamente, de obrigações de caráter internacional, ou seja, uma *personalidade funcional*, criada com vistas à realização de determinadas funções⁵.

III. *Atribuição ou Transferência de Competências à CEE*

6. A criação e consolidação da CEE ocasionaram uma redistribuição de funções – até mesmo um *refashioning of sovereignties* em muito transcendendo os Estados-membros individuais, e acarretando uma atribuição ou *transferência de competências* à Comunidade gerando uma complexa interligação entre esferas nacionais e comunitária nos planos tanto substantivo quanto operacional⁶. Não faltaram ocasiões para que a Corte de Justiça da CEE se pronunciasse a respeito, e sua jurisprudência veio a constituir-se em fator de evolução do direito comunitário a partir da afirmação da própria personalidade jurídica internacional da CEE.

7. Assim, em decisão que veio a exercer considerável influência sobre sua jurisprudência ulterior, a Corte de Justiça da CEE, na sentença de 5 de fevereiro de 1963 (caso *Companhia Van Gend en Loos versus Administração Fiscal Holandesa*), declarou que

o propósito do Tratado CEE – criar um Mercado Comum, cujo funcionamento afeta diretamente os cidadãos da Comunidade – implica que esse tratado é mais do que um acordo criando apenas obrigações mútuas entre as partes contratantes. (...) A Comunidade constitui uma nova ordem jurídica no direito internacional, em prol da qual os Estados têm limitado seus direitos soberanos, embora em áreas restritas, e cujos sujeitos de direito compreendem não apenas os Estados-membros mas também seus nacionais⁷.

8. No ano seguinte, em outro caso (decisão de 15 de julho de 1964), a Corte de Justiça da CEE acrescentou que

⁵ P. Pescatore. Les relations extérieures des Communautés européennes – Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales, 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1961, p. 29-30, 40 e 44, e cf. p. 238.

⁶ Verifica-se, em suma, uma *sharing of authority*, e não uma *concurrent authority*, uma confrontação entre poderes concorrentes. Pierre Pescatore. *The Law of Integration*. Leiden: Sijthoff, 1974, p. 26-55.

⁷ Caso 26/62, In: 9 *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes*. 1963, p. 22-3.

em contraste com outros tratados internacionais, o Tratado instituindo a CEE criou sua própria ordem que se integrou na ordem interna dos Estados-membros no momento em que o Tratado entrou em vigor; como tal, é para eles obrigatória. Ao criar uma comunidade de duração ilimitada, com suas próprias instituições, personalidade e capacidade jurídicas, (...) os Estados-membros restringiram seus direitos soberanos, embora em áreas limitadas, e criaram uma ordem jurídica aplicável tanto a seus nacionais como a si mesmos. (...) Os direitos criados pelo Tratado, em virtude de sua natureza original específica, não podem ser contraditados por uma lei interna, qualquer que seja ela, sem perder seu caráter comunitário e sem minar o fundamento jurídico da Comunidade. A transferência pelos Estados-membros de sua ordem interna em prol da ordem comunitária, de direitos e obrigações procedentes do Tratado, acarreta uma clara restrição de seu direito soberano, sobre a qual uma lei unilateral subsequente, incompatível com os propósitos da Comunidade, não pode prevalecer.⁸

9. A partir da atribuição, pelo artigo 210 do Tratado de Roma, de personalidade jurídica à CEE⁹ (*supra*), a Corte de Luxemburgo estipulou, em decisão de 31 de março de 1971 no caso *ERTA*, que a

autoridade comunitária exclui a possibilidade de uma autoridade concomitante da parte dos Estados-membros, uma vez que qualquer iniciativa tomada fora da estrutura das instituições comuns seria incompatível com a unidade do Mercado Comum e a aplicação uniforme do direito comunitário.¹⁰

Na mesma decisão, a Corte de Justiça esclareceu que, “nas relações exteriores, a Comunidade goza da capacidade de estabelecer vínculos contratuais com Estados terceiros em toda a extensão dos objetivos” definidos no Tratado CEE; assim, para a realização desses objetivos

⁸ Caso 6/64, in: 10 *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice de Communautés Européennes*. 1964, p. 1158 –1160.

⁹ Também o COMECON, na Europa Oriental, é dotado de personalidade jurídica; cf. parágrafo 1 da Convenção sobre as Aptidões Legais, Privilégios e Imunidades do COMECON, e parágrafos XI e XIII do Estatuto do COMECON.

¹⁰ Caso 22/70, in: 10 *Common Market Law Reports*. 1971, p. 356.

*certaines compétences ont été transférées à la Communauté par les États membres et ce transfert peut s'appliquer également aux relations extérieures de la Communauté et notamment à ses relations avec les organisations internationales*¹¹.

10. Efetuada esta transferência, os Estados-membros só podem agir, em relação a matérias cobertas pelas funções da Comunidade, através da Comunidade e não de forma independente; é nesse sentido a pertinente advertência da Corte de Justiça CEE, para a qual a

autoridade da Comunidade exclui a possibilidade de uma autoridade concorrente da parte dos Estados-membros, uma vez que qualquer iniciativa tomada fora de âmbito das instituições comuns seria incompatível com a unidade do Mercado Comum e a aplicação uniforme do direito comunitário.¹²

Mediante um interessante paralelo entre o Parecer da Corte Internacional de Justiça no caso das *Reparações de Danos* e a decisão da Corte de Justiça CEE no caso *ERTA (supra)*, Elihu Lauterpacht identifica três elementos no conceito de personalidade jurídica internacional aplicável às organizações internacionais, a saber: o fato de ter a organização um certo *detachment* de seus membros, o fato de poder a organização como entidade vindicar seus direitos e assumir seus deveres, e o fato de em relação a matérias cobertas pelas funções da organização só poderem os membros agir através da organização e não de modo independente¹³.

11. Persiste, ainda assim, a necessidade de se dotar a organização, mesmo já detentora de personalidade, de determinados poderes, i.e., da capacidade de desempenhar certos atos jurídicos.¹⁴ Já em 1953, Georges Scelle ponderava que a personalidade jurídica volta-se à realização de fins sociais, para o que requer se dote a entidade em questão dos meios necessários à realização de tais fins e se proceda à determinação normativa das competências

¹¹ Commission des Communautés Européennes. *La Communauté européenne, les organisations internationales et les accords multilatéraux*. Bruxelles/Luxembourg: CEE, 1980, p. 4.

¹² *Cit.* In: E. Lauterpacht, *op. cit.*, *infra* nº (13), p. 409.

¹³ E. Lauterpacht. The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals, 152 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1976, p. 407-8.

¹⁴ *Ibid.*, p. 409.

necessárias àquela realização e a ser possuídas por seus órgãos.¹⁵ Na sempre oportuna advertência de C.W. Jenks seria inadmissível e descabido tentar condicionar ou fazer depender do direito interno de seus Estados-membros o alcance da personalidade jurídica das organizações internacionais,¹⁶ dotadas de poderes próprios para a realização de seus princípios e propósitos. Mais do que isso, no caso da CEE o exercício dos poderes que lhe foram outorgados exclui a concorrência por parte dos Estados-membros, em se tratando da realização dos objetivos comuns da Comunidade.

IV. *Relações Internacionais das Organizações Internacionais em Geral e da CEE em Particular*

12. Sujeitos que são do direito internacional (*supra*), as organizações internacionais têm atuação marcante nas relações internacionais contemporâneas, o que pode ser ilustrado por suas capacidades nos domínios: (a) da proteção de funcionários; (b) do direito dos tratados; (c) das relações exteriores (direito de representação) propriamente ditas.¹⁷ A partir do reconhecimento judicial do Parecer da Corte Internacional de Justiça no caso das *Reparações de Danos* (1949), deu-se como estabelecida a capacidade das organizações internacionais de interpor uma reclamação internacional própria, para reparação de danos sofridos por seus agentes no exercício de suas funções (capacidade “contenciosa”). Em dimensão mais ampla, as organizações internacionais mantêm relações com os Estados, com outras organizações internacionais e com outras entidades, e, no convívio internacional, celebram tratados os mais diversos.

13. Assim, e.g., com Estados-membros as organizações internacionais têm celebrado, e.g., acordos de sede e acordos relativos à

¹⁵ Georges Scelle. Some Reflections on Juridical Personality in International Law, *Law and Politics in the World Community*. (ed. G.A. Lípky), Berkeley/LA: Univ. of California Press, 1953, p. 49-58 e 336.

¹⁶ C.W. Jenks. The Legal Personality of International Organizations, 22 *British Year Book of International Law*. 1945, p. 268; e, para um estudo pioneiro e clássico do autor sobre os problemas jurídicos (“constitucionais”) das organizações internacionais, cf. C.W. Jenks. Some Constitutional Problems of International Organizations, 22 *British Year Book of International Law*. 1945, p. 11-72.

¹⁷ Paralelamente, nos ordenamentos jurídicos *internos*, são dotadas das conhecidas capacidades, enunciadas em numerosos acordos internacionais, de contratar, de adquirir bens e de interpor ações judiciais. Cf., e. g., Christian Dominicé. La personnalité juridique internationale du CICR, *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Genève/La Haye: CICR/Nijhoff, 1984, p. 666.

implementação de suas próprias competências (e.g., no caso da ONU, acordos militares e acordos de tutela); com Estados não-membros, as organizações internacionais têm celebrado, e.g., acordos de associação (e.g., sob o Tratado CEE, artigo 238), e acordos de representação; e entre as próprias organizações internacionais, têm-se celebrado, e.g., acordos de *liaison* (como os entre as Nações Unidas e as agências especializadas), acordos de cooperação e acordos de sucessão.¹⁸ Os preceitos básicos relativos a todos estes acordos, numerosíssimos, celebrados na prática pelas organizações internacionais, encontram-se hoje consolidados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986).

14. No plano das relações puramente interorganizacionais, cabe acrescentar que não tem sido apenas através da celebração de acordos (das organizações *inter se*) que as organizações internacionais têm conduzido suas relações recíprocas. Na prática, têm elas também recorrido a técnicas orgânicas tais como a troca de observadores e o estabelecimento de missões de *liaison*; estruturalmente, têm ademais procedido à junção de órgãos e à criação de um órgão comum.¹⁹ Na prática, tem-se expandido nas últimas décadas o

¹⁸ Cf., *inter alia*, Y. Souliotis, *op. cit.*, *supra* nº (1), p. 194-233; Badr Kasmé. *La capacité de l'Organisation des Nations Unies de conclure des traités*, Paris: LGDJ, 1960, p. 7-197; K. Zemanek (ed.), *Agreements of International Organizations and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna: Springer-Verlag, 1971, p. 1-268; Clive Parry. *The Treaty-Making Power of the United Nations*, 26 *British Year Book of International Law*. 1949, p. 108-149; Roberto Socini. *Gli Accordi Internazionali delle Organizzazioni Inter-Governative*. Padova: Cedam, 1962, p. 3-292; ch. N. Okeke. *Controversial Subjects of Contemporary International Law*. Rotterdam: Rotterdam University Press, 1974, cap. 11 (The Basis of the Treaty-Making Capacity of International Organizations), p. 192-204; P. F. Smets e P. Mertens, Le 'Treaty-Making Power' de l'UNESCO, 70 *Revue générale de Droit international public*. 1966, p. 916-60; J.J. Costonis. *The Treaty-Making Power of the European Economic Community: Article 238 and Association Agreements*, 15 *European Yearbook*. 1967, p. 31-51; T.I.H. Detter, *The Organs of International Organizations Exercising Their Treaty-Making Power*, 38 *British Year Book of International Law*. 1962, p. 421-44; K. Karunatileke. *Essai d'une classification des accords conclus par les organisations internationales, entre elles ou avec des Etats*, 75 *Revue générale de Droit international public*. 1971, p. 12-91; F. Seyersted. *International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend upon Their Constitutions?*, 4 *Indian Journal of International Law*. 1964, p. 1-74; F. Seyersted. *Treaty-Making Capacity of Intergovernmental Organizations: Article 6 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, 34 *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1983, p. 261-267; H. Chiu. *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties, and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded*. The Hague: Nijhoff, 1966, p. 1-212; J.W. Schneider. *Treaty-Making Power of International Organizations*. Genève, Droz, 1963, p. 11-142.

¹⁹ R.J. Dupuy. *Le droit des relations entre les organisations internationales*, 100 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1960, p. 461-88, e cf. 489-527.

corpus normativo do que se poderia denominar de “direito diplomático das organizações internacionais”; a representação de Estados junto a organizações internacionais de caráter universal é hoje regida pela Convenção de Viena de 1975 sobre a matéria; reversamente, certas organizações internacionais (e.g., a CEE, e, no âmbito da ONU, o PNUD) têm na prática estabelecido uma representação junto a determinados Estados, ainda que não-membros; e, enfim, as organizações internacionais enviam representantes junto a outras organizações internacionais (de que não são membros), para se informarem reciprocamente de seus trabalhos respectivos e melhor coordenarem programas conjuntos de trabalho.²⁰ Nesse propósito de maior coordenação e de manutenção de consultas regulares em matérias de interesse comum, agências especializadas como a UNESCO, a FAO, a OIT e a OMS têm celebrado acordos bilaterais entre si.²¹

15. A CEE naturalmente não faz, como não poderia fazer, exceção ao acima exposto. A CEE tem, por exemplo, mantido relações de cooperação com algumas outras organizações internacionais (e.g., *inter alia*, OIT e FAO), e tem mesmo buscado uma certa institucionalização desta cooperação mediante a coordenação das atividades e o empreendimento de ações comuns.²² A própria multiplicação das organizações internacionais vem ressaltar a importância desses esquemas de cooperação e harmonização entre elas.²³ No plano mais amplo das relações internacionais em geral, os próprios Estados-membros da CEE têm revelado determinação de agir *coletivamente* em distintos episódios nos últimos anos.²⁴ Para mencionar apenas um exemplo, em nosso continente, recorde-se a aplicação pelos Estados-membros da CEE de medidas econômicas coercitivas contra a Argentina por ocasião do conflito anglo-

²⁰ J.A. Barberis. Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale, 179 *Recueil des Cours l'Académie de Droit International*. 1983, p. 228-231; M.K. Yasseen. Création et personnalité juridique des organisations internationales, *Manuel sur les organisations internationales/A Handbook on International Organizations*. Ed. R.-J. Dupuy, The Hague/Dordrecht: Hague Academy International Law/Nijhoff, 1988, p. 48.

²¹ Evan Luard. *International Agencies: The Emerging Framework of Interdependence*. London: MacMillan, 1977 (reprint 1979 p. 271-2712).

²² Jean Raux, *Les relations extérieures de la Communauté économique européenne*, Paris: Ed. Cujas, 1966, p. 15-156.

²³ R.J. Dupuy, *op. cit.*, *supra* n° (19), p. 561.

²⁴ Ph. Taylor, *Nonstate Actors in International Politics From Transregional to Substate Organizations*, Boulder, Westview, 1984, p. 17, e cf. p. 3-18 para as insuficiências do *State-centric model*; e cf. A. J. R. Groom, International Organisation in World Society, *International Organisation – A Conceptual Approach*. (ed. P. Taylor e A. J. R. Groom), London/NY: F. Pinter/Nichols, 1978, p. 430-51.

argentino no Atlântico Sul em 1982.²⁵ Outro exemplo recente é fornecido pelas sanções dos países-membros da CEE contra o Irã.²⁶ O entendimento que tem prevalecido no seio da CEE, sancionado inclusive pelo Parecer nº 1/76 da Corte de Justiça CEE, de 26 de abril de 1977, é no sentido de que a competência da CEE para tomar posições e assumir compromissos no plano internacional pode decorrer não apenas de uma atribuição explícita pelo Tratado de Roma, mas também de modo implícito de suas disposições.

16. Com efeito, a atuação da CEE nos últimos anos, um tanto distintamente do período inicial de vida da Comunidade, tem se inclinado por um uso mais amplo da cláusula sobre poderes implícitos da Comunidade (artigo 235 do Tratado de Roma),²⁷ – aplicável igualmente no campo das relações exteriores²⁸ (cf. *infra*). Em nada surpreende que se possa constatar uma concentração de poderes comunitários nos planos da decisão política e da legislação comum (ainda que acompanhada de descentralização subsistente no plano de implementação ou execução).²⁹ No tocante às “políticas comuns” da CEE (e.g., a agrícola, a energética), já no primeiro meado da década de 1970 se comentava, a propósito da “influência dos fatores institucionais”, que, por exemplo, os Estados-membros da CEE *ont perdu leurs compétences en matière de politique commerciale* – a qual constitui *l’ensemble des mesures destinées à régler les relations économiques avec l’extérieur – au profit exclusif de la Communauté qui conclut des accords en son nom*.³⁰

17. O próprio Tratado de Roma (artigo 113) atribui à CEE uma competência externa exclusiva em matéria de política comercial. Ademais, paralelamente à base jurídica do *treaty-making power* da CEE em relação ao

²⁵ Cf. A. A. Cançado Trindade. Os Mecanismos de Tomada de Decisões nos Organismos Internacionais na América Latina, 3 *Política e Estratégia* – São Paulo: (1984) p. 490-91.

²⁶ Cf. C.W.A. Timmermans (ed.), *op. cit.*, *infra* nº (33), 140-2 (intervenções de Burrows, Bourgeois, Lachmann, Donner Jr. e Fischer).

²⁷ A. Giardina. The Rule of Law and Implied Powers in the European Communities, 1 *Italian Yearbook of International Law*. 1975, p. 99-111; e cf. G. Peeters. L'article 235 du Traité CEE et les relations extérieures de la CEE, 16 *Revue du Marché Commun*. 1973, p. 141-4.

²⁸ Dispõe o artigo 235 que, “se resultar necessário uma ação da Comunidade para alcançar, no funcionamento do Mercado Comum, um dos objetivos da Comunidade, sem que o presente Tratado tenha previsto os poderes de atuação requeridos para tal fim, o Conselho, resolvendo por unanimidade e por proposta da Comissão e depois de ter consultado a Assembléia, aprova as disposições adequadas”.

²⁹ P. Pescatore. *The Law of Integration*. Leiden: Sijthoff, 1974, p. 44.

³⁰ M. Torrelli. L'élaboration des relations extérieures de la Communauté Économique Européenne, 16 *Revue du Marché Commun*. 1973, p. 337.

exterior (artigo 228), o Tratado de Roma contém disposições que permitem expressamente à CEE como tal manter relações com Estados terceiros para celebrar acordos tarifários (artigos 111(2), 113(1) e 114), acordos comerciais (artigos 113-114), acordos de associação (artigo 238), assim como estabelecer relações com outras organizações internacionais (artigos 229, 230 e 231).³¹ A importância da transferência de competências no campo das relações exteriores foi reforçada pela própria Corte de Justiça da CEE (e.g., *caso ERTA* de 1971, *supra*), que reconheceu inclusive que a competência da CEE ia bem mais além do âmbito explicitado dos artigos 113 e 238 do Tratado de Roma.³²

18. Não tardou que se admitisse que, para serem “eficaz e equitativamente exercidos”, os poderes internos da CEE requerem desta uma atuação no plano internacional, dotados que são tais poderes de uma “dimensão internacional necessária”; assim, a autoridade implícita da CEE nas relações exteriores deriva de “uma *necessidade* de assumir obrigações internacionais”.³³ Com efeito, no supracitado caso *ERTA* (1971) a Corte de Justiça da CEE reconheceu que os poderes da CEE no tocante às relações exteriores podem basear-se em “outorga implícita de poder” (artigo 235 do Tratado de Roma) em combinação com a comprovação da necessidade de realizar um objetivo da Comunidade, – ou seja, o artigo 235 do Tratado de Roma pode servir de base ao Conselho no âmbito das relações exteriores da CEE.³⁴ A chamada “doutrina ERTA” passou a aplicar-se na implementação das “políticas comuns” da CEE: assim,

*as and when ‘common rules’ have been adopted by the Community in the internal sphere, the Community has the power to enter into international agreements which affect these rules or alter their scope.*³⁵

³¹ M. Torrelli, *op. cit.*, *supra* n° (30), p. 328-329; J.J. Costonis, *op. cit.*, *supra* n° (18), p. 31-51; E. Wohlfarth, “Rapport”. In: *La Commission des Communautés européennes et l’élargissement de l’Europe*. Bruxelles: Éd. Univ. Bruxelles, 1974, p. 207-19.

³² E. Wohlfarth, *op. cit.*, *supra* n° (31), p. 207-19; M. Torrelli, *op. cit.*, *supra* n° (30), p. 337.

³³ A. Barav. The Division of External Relations Power between the European Economic Community and the Member-States in the Case-Law of the Court of Justice, *Division of Powers between the European Communities and their Member States in the Field of External Relations* (Colloquium). (ed. CWA Timmermans). Deventer: Kluwer, 1981, p. 36-7, e cf. p. 33-4 e 38.

³⁴ *Ibid.*, p. 37.

³⁵ J.H.J. Bourgeois, Some Comments on the Practice. In: *ibid.*, p. 100-101; and cf. F. Burrows. The Effects of the Main Cases of the Court of Justice. In: *The Field of External Competences on the Conduct of Member States*, in *ibid.*, p. 114.

19. A exemplo de outros organismos internacionais, a CEE tem exercido o direito de representação em suas relações com Estados não-membros e, reversamente, tem recebido Missões diplomáticas; tem, ademais, estabelecido suas próprias Missões junto a organizações internacionais e a Estados.³⁶ Neste quadro das relações internacionais da Comunidade há dois aspectos que merecem destaque e atenção especial: a participação da CEE em tratados e Convenções internacionais e a participação da CEE em outros organismos internacionais. Passemos ao exame de um e outro.

V. *Participação da CEE em Tratados e Convenções Internacionais*

20. Já me referi ao fato de que o próprio Tratado de Roma estabelece, além da base jurídica do poder geral de *treaty-making* da CEE em relação ao exterior (artigo 228), as bases para a manutenção de relações conducentes à celebração de acordos tarifários, comerciais e de associação (artigos 111(2), 113, 114 e 238) (*supra*). Na prática, é o Conselho que celebra os acordos da CEE; a Comunidade tem celebrado acordos com Estados não-membros (e.g., acordos no campo do comércio internacional), assim como com organizações internacionais. O primeiro acordo celebrado pela CEE com outra organização internacional foi o seu acordo de cooperação com a OIT, de 7 de julho de 1958; em nossos dias, a CEE tem celebrado acordos com a maioria das agências especializadas.³⁷ A CEE é parte em certos acordos concluídos sob o GATT, não raro à exclusão de seus Estados-membros; a CEE também é parte em certos acordos (sobre créditos de exportação) concluídos sob a OCDE, em acordos diversos do Conselho da Europa, em um acordo da UNESCO (sobre importação de materiais educacionais, científicos e culturais). Na pertinente observação de Schermers, “o fato de que a Comunidade participa no trabalho de organizações internacionais, mesmo sem o direito de voto, torna mais fácil para ela tornar-se parte em acordos feitos nestas organizações”.³⁸

³⁶ Para um estudo, cf. H.G. Schermers, *The Community's Relations under Public International Law*, In: *Thirty Years of Community Law*. Brussels/Luxembourg: Commission of the European Communities, 1981, p. 219-23.

³⁷ *Ibid.*, p. 224 e 227-8. Para o entendimento de que o procedimento do artigo 228 pode aplicar-se tanto a acordos quanto a decisões que acarretam compromissos (“acordos” *latu sensu*), cf. R. Ferretti, *op. cit.*, *infra* n° (94), p. 215.

³⁸ H.G. Schermers, *op. cit.*, *supra* n° (36), p. 227.

21. Já me referi à questão da *transferência* de competências à CEE (cf. *supra*); cabe aqui acrescentar a possibilidade também de *repartição* de competências em certas áreas ou em relação a certos assuntos, de que é exemplo pertinente a celebração dos assim chamados *mixed agreements*: trata-se de acordos (celebrados com Estados terceiros) que, por cobrirem campos distintos, recaem em parte no âmbito de competência da CEE e em parte no âmbito de competência dos Estados-membros, razão por que, nesses casos, tanto a CEE quanto os Estados-membros individuais assinam os *acordos mistos*.³⁹ Temos, assim, um complexo de acordos: os que são concluídos pela própria CEE em áreas de sua competência em que pode adotar regras obrigatórias, os que são reservados aos Estados e os *mixed agreements*. Em relação a estes últimos, tidos como também parte do processo de integração, a CEE e os Estados-membros se comprometem *conjuntamente* a observarem as regras consagradas.⁴⁰

22. Tem-se partido do entendimento de que, quando o conteúdo de um determinado acordo recai no todo (competência exclusiva) ou em parte (competência mista) no âmbito das atribuições da CEE, cabe a esta última como tal participar do processo de negociação do referido acordo, de modo a assegurar que se obtenha uma cláusula apropriada, a ser nele inserida, com vistas a possibilitar à CEE tornar-se parte contratante no acordo em questão.⁴¹ Um exemplo recente e marcante, que prontamente me vem à mente, é o da presença da CEE no prolongado processo negociatório da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Já no início dos *travaux préparatoires*, a CEE elaborou posições comunitárias e acompanhou de perto as primeiras reuniões (de março e julho-agosto de 1972) do Comitê dos Fundos Marinhos (*Seabed Committee*), encarregado de preparar a III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.⁴² No decorrer desta Conferência (1973-1982), a CEE nela se fez efetivamente

³⁹ *Ibid.*, p. 231-233; P. Pescatore, *op. cit.*, *supra* n° (29), p. 46-8; A. Barav, *op. cit.*, *supra* n° (33), p. 50-2; e cf. J. H. J. Bourgeois, *op. cit.*, *supra* n° (35), p. 106-7.

⁴⁰ C.W. Timmermans, *op. cit.*, *supra* n° (33), p. 144 (intervenção de Barav); H.G. Schermers, *op. cit.*, *supra* n° (36), p. 231-2.

⁴¹ Commission des Communautés Européennes. *La Communauté européenne, les organisations internationales et les accords multilatéraux*, Bruxelles/Luxembourg: CEE, 1980, p. 8.

⁴² D. Vignes. Les Communautés européennes et le Droit de la mer, 16 *Revue du Marché Commun*. 1973, p. 91.

representar, desde a sessão de Caracas de 1974, como *observador*, com uma Delegação composta de funcionários da Comissão da CEE e do Secretariado do Conselho de Ministros. As posições tomadas pelos Estados-membros da CEE sobre as principais questões foram objeto de coordenação no âmbito da Comunidade antes de serem apresentadas na Conferência; no tocante a assuntos em que houve transferência de competências à CEE (e.g., particularmente no campo da pesca), adotaram-se posições comuns dentro da CEE, que foram apresentadas na Conferência por intermédio da Delegação (do Estado-membro) que na época representava o Estado que exercia a presidência do Conselho da CEE.⁴³

23. Os interesses e a atenção da CEE se concentraram sobretudo nos temas do regime jurídico para a exploração dos recursos dos fundos marinhos, da utilização e conservação dos recursos vivos e da proteção do meio ambiente marinho, mas também nas questões do regime para pesquisa científica marinha, da solução de controvérsias e do regime da plataforma continental, dentre outros.⁴⁴ Posições comuns da Comunidade a serem apresentadas na Conferência cobriram acordos dentro da CEE sobre as questões da aceitação de uma zona econômica exclusiva de 200 milhas, da extensão da plataforma continental além de 200 milhas, criação de uma autoridade internacional dos fundos marinhos, do estabelecimento de um sistema compulsório de solução de controvérsias e da proteção e preservação do meio ambiente marinho.⁴⁵ A partir de 1976 passou-se a considerar a possibilidade de permitir que a CEE como tal viesse a tornar-se parte na futura Convenção sobre Direito do Mar: nesse propósito, os então dez Estados-membros da CEE circularam uma proposta na Conferência relativa à participação da CEE (documento FC/22, de 27. 3.1981). A inclusão, na futura Convenção, de uma “cláusula de participação comunitária”, que permitisse à CEE juntamente com seus Estados-membros tornar-se partes contratantes, tinha a seu favor a transferência de competências à CEE (cf. *supra*) em relação a certos assuntos, além do precedente de que por alguns

⁴³ J.F. Buhl. The Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 18 *Common Market Law Review*. 1981, p. 556; A.W. Koers, Participation of the European Economic Community in a New Law of the Sea Convention, 73 *American Journal of International Law*. 1979, p. 439.

⁴⁴ A saber, do regime dos mares semi-fechados, do direito de acesso ao mar dos Estados mediterrâneos (*landlocked*); A.W. Koers, *op. cit.*, *supra* nº (43), p. 439.

⁴⁵ J.F. Buhl, *op. cit.*, *supra* nº (43), p. 556-7.

anos a CEE vinha sendo parte contratante nos principais acordos internacionais sobre matérias-primas celebrados sob os auspícios das Nações Unidas.⁴⁶

24. Ao final, alcançou-se uma solução, consagrada nos artigos 305-307 da Convenção de 1982 e em seu Anexo IX, prevendo a participação de organizações internacionais em relação às quais ocorreu transferência de competências pelos Estados-membros no tocante a matérias regidas pela Convenção de 1982 (Anexo IX, artigos 1, 2, 4, 5 e 8). É esta qualificação – a competência sobre matérias a eles transferidas – que determina o alcance de sua participação e direitos e obrigações sob a Convenção sobre Direito do Mar.⁴⁷ Assim, o Anexo IX da Convenção esclarece de forma inequívoca que uma organização só adquire direitos e obrigações sob a Convenção no que tange a matérias em relação às quais seus Estados-membros lhes transferiram competências. Embora estas disposições puderam tornar-se de interesse a outras organizações internacionais no plano regional, e mesmo global, foi a participação da CEE que esteve no centro das discussões na Conferência que conduziram à solução consagrada enfim na Convenção.⁴⁸

25. Os registros da Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty dão conta de que a CEE efetivamente tornou-se signatária da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) em 7 de dezembro de 1984. Mas não é este o único exemplo; outras ilustrações significativas podem ser citadas. A Convenção sobre Conservação de Recursos Vivos Marinhos Antárticos (de 1980) prevê a participação de “organizações regionais de integração econômica” (artigos VII(2)(c), XII (3) e (4), e XXIX (2)) às quais os Estados-membros tenham igualmente transferido competências no tocante a matérias cobertas pela Convenção (artigo XXIX (2)); segundo os mesmos fichários da Divisão de Atos Internacionais do MRE, a CEE tornou-se Parte nesta Convenção em 21 de abril de 1982. Outro importante tratado a prever

⁴⁶ J.F. Buhl, *op. cit.*, *supra* nº (43), p. 561 e 563-4; A.W. Koers, *op. cit.*, *supra* nº (43), p. 439; e cf. T. Treves, “La Decima Sessione della Conferenza sul Diritto del Mare”, 65 *Rivista di Diritto Internazionale*, 1982, p. 43-8.

⁴⁷ A solução assim consagrada na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, possibilitando que tanto a CEE quanto os seus Estados-membros se tornem Partes na Convenção, tem sido considerada como uma “nova solução” à luz da prática de *mixed agreements*; G.Gaja, *op. cit.*, *infra* nº (48), p. 110; D. Vignes, *op. cit.*, *supra* nº (42), p. 89.

⁴⁸ G. Gaja, The European Community’s Participation in the Law of the Sea Convention: Some Incoherencies in a Compromise Solution, 5 *Italian Yearbook of International Law*, 1980-1981) p. 110, 112 e 114, e cf. p. 110-4.

a participação de “organizações regionais de integração econômica” é a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, de 1985 (artigos 1(6), 11(3), 13, 14, 15, 16, 17(5) e 20(2)(f)), com a mesma qualificação de que tais organizações tenham competência com respeito a matérias regidas pela Convenção ou seus Protocolos (artigos 1(6), 13(3), 14(2) e 20(2)(f)); com efeito, segundo ainda os registros da Divisão de Atos Internacionais do MRE, a CEE tornou-se signatária da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985) em 22 de março de 1985 e do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Esgotam a Camada de Ozônio (1987) em 16 de setembro de 1987.

26. Outros exemplos podem ser citados: a CEE tornou-se Parte Contratante em Convenções do Conselho da Europa, como, e.g., o *Accord européen sur l'échange de réactifs pour la détermination des groupes tissulaires* de 1974 (em 22.11.1977); tornou-se signatária, e.g., da Convenção Relativa à Conservação da Vida Selvagem e do Meio Natural da Europa de 1979 (em 19.9.1979).⁴⁹ Há, ademais, Convenções adotadas no sistema das Nações Unidas em relação às quais a Comunidade foi aceita como Parte Contratante, e.g., a Convenção sobre Poluição Aérea Transfronteiriça de Longo Alcance de 1979 e a Convenção sobre Proteção Física de Material Nuclear de 1979.⁵⁰ Há, no entanto, no âmbito regional (Conselho da Europa), um caso que, até o presente, não logrou solução satisfatória: trata-se da proposta, avançada pela Comissão da CEE em um *memorandum* de 4 de abril de 1979, de que a CEE se tornasse Parte na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

27. No referido *memorandum*, a Comissão da CEE, após abordar a proteção dos direitos humanos no âmbito da CEE, expôs os argumentos a favor e contrários à proposta em tela, e sustentou o ponto de vista da Comunidade, atentando para problemas práticos específicos.⁵¹ A referida proposta até o presente não prosperou, devido a problemas práticos de representação (ou composição) nos órgãos de supervisão sob a Convenção, particularmente na Comissão Europeia de Direitos Humanos.⁵² Não há de passar despercebido, porém, que, em 29 de

⁴⁹ Cf. Conseil de l'Europe. *État des signatures et des ratifications des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe*, Strasbourg: C.E., 1981, p. 24-5 e 50-1.

⁵⁰ *Cit. In:* J.F. Buhl, *op. cit.*, *supra* n° (43), p. 566 n° 30.

⁵¹ Cf. Commissione Comunità Europee. Memorandum relativo all'Adesione delle Comunità Europee alla Convenzione sulla Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, *Bollettino delle Comunità Europee*, suppl. 2/1979, 4.4.1979, p. 5-20.

⁵² Cf. H.G. Schermers, *op. cit.*, *supra* n° (36), p. 233.

junho de 1987, os doze Estados-membros da CEE assinaram o chamado *Single European Act*, em cujo preâmbulo expressaram sua determinação de juntos promoverem a democracia com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e leis dos Estados-membros, na Convenção Européia de Direitos Humanos e na Carta Social Européia.⁵³ Parece, de todo modo, subsistir a possibilidade de que venha a CEE como tal no futuro previsível tornar-se Parte na Convenção Européia de Direitos Humanos: somente o tempo dirá se esta medida virá a concretizar-se.

28. Ainda no tocante à participação da CEE em tratados e Convenções internacionais, cabe aqui um registro especial: na recente Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986), as Delegações tanto da CEE quanto de outras organizações internacionais, juntamente com as Delegações dos Estados, tiveram participação das mais ativas, nas formas de intervenções nos debates, apresentação de moções e emendas, – como tive ocasião de pessoalmente testemunhar como Delegado do Brasil àquela Conferência. Na vasta documentação da Conferência, há registro de intervenções e moções ou emendas dos representantes da CEE, das Nações Unidas, do Conselho da Europa, da FAO, da OMS, da OEA, do Banco Mundial, da UNIDO, da OACI, da UIT, do FMI, da AIEA, da OIT.⁵⁴ A Convenção de 1986, resultante da Conferência,⁵⁵ está aberta à assinatura de

⁵³ Cf. Council of Europe. *Human Rights – Information Sheet n° 21*. 1986-1987, doc. H/INF (87)1, Strasbourg, 1988, p. 116.

⁵⁴ Cf. referências in: Ph. Manin, *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités entre États et Organisations Internationales ou entre Organisations Internationales*, 32 *Annuaire français de Droit international*. 1986, p. 462 n° 32, 463 n° 37-8, 467 n° 53, 471 n° 66, e 472 n° 68; G.E. do Nascimento e Silva. *The 1969 and the 1986 Conventions on the Law of Treaties: A Comparison*. *International Law at a Time of Perplexity*. (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 476 e 479; G. Gaja. A 'New' Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: A Critical Commentary, 58 *British Year Book of International Law*. 1987, p. 258 n° 19, 259 n° 23, 260 n° 29, 263 n° 40, 264 n° 43, 265 n° 48, 266 n° 55 e 267 n° 58; P.K. Menon, *The Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations with Special Reference to the Vienna Convention of 1986*, 65 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*. 1987, p. 283 e 315 n° 146-7.

⁵⁵ Para os trabalhos preparatórios, cf. os onze relatórios sobre o tema do *rapporteur* especial da Comissão de Direito Internacional, Paul Reuter, in: *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*. 1972-II, p. 171-99; YILC (1973)-II, p. 75-94; YILC (1974)-II, Part I, p. 135-52; YILC (1975)-II, p. 25-44; YILC (1976)-II, Part I, p. 137-146; YILC (1977)-II, Part I, p. 119-135; YILC (1978)-II, Part I, p. 247-51; YILC – *Documents of the XXXI Session*. 1979, p. 125-41; YILC-*Documents of the XXXII Session*. 1980, p. 131-51; YILC – *Documents of the XXXIII Session*. 1981, p. 43-69; e YILC – *Documents of the XXXIV Session*. 1982, p. 3-13.

todos os Estados, da Namíbia (representada pelo Conselho das Nações Unidas para a Namíbia), e das organizações internacionais convidadas a participar na referida Conferência (artigo 82); está sujeita a ratificação pelos Estados e pela Namíbia (representada pelo Conselho supracitado) e a “atos de confirmação formal” pelas organizações internacionais (artigo 83); e está aberta à adesão de qualquer Estado, da Namíbia (representada como acima) e de qualquer organização internacional “que tenha a capacidade de concluir tratados” (artigo 84).

VI. *Participação da CEE em Organizações Internacionais*

29. Em nossos dias o direito internacional tem-se muito enriquecido pela presença e atuação de entidades outras que os Estados, mormente as organizações internacionais, às quais também estende seu âmbito de aplicação. Verifica-se, a propósito, na atualidade, o fenômeno da participação de organizações internacionais no seio de outras organizações, ainda que de forma mitigada, i.e., sem direito de voto (cf. *infra*). Já me referi às distintas modalidades de relações interorganizacionais (e.g., além da celebração de acordos, as técnicas da troca de observadores, do estabelecimento de missões de *liaison*, da junção de órgãos, da criação de órgão comum). Ora, a crescente participação de organizações internacionais no seio de outras organizações (a culminar na sua eventual admissão como membros plenos destas últimas) já era de se prever, levando-se em conta as funções adquiridas e as atividades operacionais desenvolvidas por determinadas organizações internacionais às quais os Estados-membros transferiram certas competências, a serem exercidas em comum, como é o caso das organizações regionais de integração econômica e, de modo especial, da CEE.

30. No tocante a esta última, é natural que, com a transferência de competências em seu favor (*supra*), a CEE não mais se contente com o *status* de observador nas organizações internacionais – e.g., as agências especializadas das Nações Unidas – quando nestas são tratadas questões atinentes a matérias que lhe foram integralmente transferidas⁵⁶. Nestes casos, é compreensível que a Comunidade como tal deseje agir e exercer as competências que lhe foram inteiramente transferidas por seus Estados-

⁵⁶ D. Vignes. La participation aux organisations internationales, *Manuel sur les organisations internationales*. (ed. R.-J. Dupuy), Dordrecht: M. Nijhoff, 1988, p. 57, 59 e 61-2.

membros⁵⁷, bastando lembrar, a propósito, o *dictum* da Corte de Justiça CEE – encarregada de controlar a legalidade das normas comunitárias – no celebrado caso *ERTA* (1971 – *supra*), segundo o qual a competência comunitária (transferência integral de competência à CEE) excluía a possibilidade de competência concorrente dos Estados-membros; nos demais casos, de efetiva coexistência de competências comunitárias e competências deixadas aos Estados-membros – casos de “competências *concorrentes*”, – há que prever ou admitir uma “dualidade de presenças”⁵⁸. De modo geral, é possível que tenha razão Vignes quando comenta que a “finalidade própria” a determinadas organizações internacionais, que as leva a participar no seio de outras organizações, *va encore amener à éclipser quelque peu le caractère de la représentation étatique*⁵⁹.

31. Há que ter em mente que, a par dos Estados, também as organizações internacionais podem participar, elas próprias, do processo de criação de outras organizações. Há, com efeito, exemplos de organismos internacionais que foram criados pela iniciativa conjunta de Estados e organizações internacionais (e.g., *inter alia*, a criação, em 1926, pela Sociedade das Nações e pela Itália, do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT)⁶⁰. Há ademais que manter presente que, a contrário do que se poderia *prima facie* supor, significativamente a própria *composição* das organizações internacionais deixou de ser monopólio dos Estados. Assim, há hoje organizações internacionais que admitem a participação de territórios e determinadas regiões (que não passam de “frações de Estados”) e que não têm – e nem por sua admissão nas organizações adquiririam – personalidade jurídica internacional: assim, a UPU, e.g., permite a tais “frações de Estados agir como membros”, e a OMM admite que um território, a partir do momento em que disponha de “um serviço meteorológico que lhe seja próprio”, seja “representado no seio de sua organização”⁶¹ (cf. *infra*).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 61-2.

⁵⁸ E.g., os Estados-membros ou alguns deles, sendo signatários originais de um tratado e a Comunidade sendo *partie adhérente*; *ibid.*, p. 61-2.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 79-80. – Sobre a transferência de competências à CEE e seu amplo poder de regulamentação em razão de seu propósito de integração econômica, cf. Ph. Cahier, *L'ordre juridique interne des organisations internationales*, *Manuel ...* (ed. R.-J. Dupuy), *op. cit.*, *supra* n° (56), p. 246 e 255.

⁶⁰ Cf., também para outros exemplos, J.A. Barberis, *op. cit.*, *supra* n° (20), p. 218.

⁶¹ *Ibid.*, p. 218-19, e cf. p. 230.

32. Há, além disso, entidades que, não sendo Estados, nem por isso deixam de ter uma representação permanente junto à ONU. Exemplo pertinente é aqui fornecido pela Organização para a Libertação da Palestina (OLP), que, com base na Resolução nº 3.237 (XXIX), de 22 de novembro de 1974, da Assembléia Geral das Nações Unidas, passou a desfrutar de *status de observador* nas Nações Unidas, podendo desde então nesta condição ou capacidade “participar nas sessões e no trabalho da Assembléia Geral” (§1º), “participar nas sessões e no trabalho de todas as conferências internacionais convocadas sob os auspícios da Assembléia Geral” (§2º), e participar igualmente nas sessões e no trabalho de “todas as conferências internacionais convocadas sob os auspícios de outros órgãos das Nações Unidas” (§3º). Idênticos *status* e prerrogativas foram concedidos à *South West Africa People’s Organization* (SWAPO) pela Resolução nº 31/152, de 20 de dezembro de 1976, da Assembléia Geral das Nações Unidas.

33. Mais recentemente a ONU foi ainda mais além em relação à OLP: em fins de agosto de 1989, o Presidente do Conselho de Segurança da ONU submeteu à apreciação do Conselho uma solicitação do *Deputy Permanent Observer of Palestine to the United Nations* no sentido de “participar” na consideração do item intitulado “a situação nos territórios árabes ocupados” por Israel. A OLP buscava com isto “ampliar” seu *status* e suas funções de observador (*supra*) de modo a “participar” nas considerações do Conselho de Segurança sobre a referida matéria. Tendo o pedido palestino, submetido a votação, sido aprovado pelo Conselho de Segurança, em 30 de agosto de 1989 o representante da Palestina (Sr. Mansour), a convite do Presidente do Conselho de Segurança, tomou assento na mesa do Conselho para participar na consideração, por aquele órgão da ONU, do item intitulado “a situação nos territórios árabes ocupados” por Israel. Estas questões já foram objeto de cuidadoso e detalhado exame em alguns de meus Pareceres anteriores (a saber, *inter alia*: Parecer CJ/112, “Análise da Situação Jurídica da Representação da Organização para a Libertação da Palestina no Brasil”, de 10.03.1988, p. 1-14; Parecer CJ/148, “A Questão do Eventual Estabelecimento de Governo Provisório Palestino no Exílio: Elementos para Tomada de Posição do Brasil”, de 11.11.1988, p. 1-5; Parecer CJ/157, “A Proclamação do ‘Estado Independente da Palestina’ e a Questão da Situação Jurídica da

Representação da Palestina no Brasil”, de 2.3.1989, p. 1-17; Parecer CJ/194, “Os Argumentos de Israel sobre a Aplicação no Caso Palestino dos Critérios para a Caracterização do Estado no Direito Internacional”, de 20.1.1990, p. 1-8).

34. Há, ainda, o exemplo da Namíbia; as celebrações da independência da Namíbia vêm de ser programadas para o próximo dia 21 de março de 1990, mas bem antes que se pudesse antever o dia de tal transformação da Namíbia em um território independente, em um Estado, foi ela não obstante admitida como membro pleno (*full member*) da FAO (em 1977) e da OIT (em 1978), o que lhe concedeu um novo *status* em suas relações com os Estados-membros no âmbito destas duas organizações internacionais. Ademais, o Conselho das Nações Unidas para a Namíbia participou efetivamente – ainda que sem direito a voto – de importantes conferências internacionais, tais como a Conferência de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados (1977) e as cinco primeiras sessões da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1973-1982)⁶².

35. Muito embora as Cartas constitutivas das organizações internacionais limitem sua composição (*membership*) a “Estados” (ONU, artigos 3-4; OIT, artigo 1(2); OMS, artigos 3-6; UNESCO, artigo 2(2); OMCI, artigos 5 e 7-8; AIEA, artigo 4), ou a “nações” (FAO, artigo 2), ou a “países” (FMI, artigo I, seções 1 e 2; BIRD, seção 2(c), (e) e (f)), *a prática recente das organizações internacionais tem ido nesse particular bem mais além da letra de suas Cartas constitutivas*, registrando-se inclusive resoluções, como as da Assembléia Geral das Nações Unidas – Resoluções A/RES/32/9E de 1977 e A/RES/S-9/2 de 1978, – que buscam *full membership* para a Namíbia ou o Conselho das Nações Unidas para a Namíbia na ONU, em suas agências especializadas e outras organizações e conferências internacionais⁶³. Já me referi à posição na UPU e na OMM (cf. *supra*), que, juntamente com a UIT, admitem territórios não-autônomos como *full members*⁶⁴. E resta ainda a possibilidade de territórios não-independentes serem admitidos como “membros associados” de determinadas organizações internacionais (a saber, a

⁶² E. Osieke. Admission to Membership in International Organizations: The Case of Namibia, 51 *British Year Book of International Law*. 1980, p. 200-29.

⁶³ *Ibid.*, p. 190-1.

⁶⁴ Isto, com base em suas próprias Cartas constitutivas (UPU, artigo 2; OMM, art. 3; UIT, artigo 1 e Anexo I); *ibid.*, p. 190 e 227.

FAO, a OMS, a UNESCO, a UIT, a OMCI)⁶⁵. O acima exposto revela que, à luz do moderno direito e própria prática das organizações internacionais, a questão de sua *composição* tem assumido uma nova e complexa dimensão em nossos dias. Entidades não-estatais têm participado, com *status* e prerrogativas concedidos, de seus trabalhos, reuniões e conferências. A própria composição das organizações internacionais deixou na atualidade de ser o apanágio e o monopólio dos Estados.

36. Um dos primeiros passos atinentes à participação da CEE nas organizações internacionais consistiu no reconhecimento por estas de seu *status de observador*; algumas, como a FAO, cedo outorgaram tal *status* à CEE (já em 1962), seguindo-se outras, como a OMCI em 1974. A Assembléia Geral das Nações Unidas concedeu à CEE o *status* de observador por sua Resolução nº 3.208 (XXIX), de 11 de outubro de 1974⁶⁶. No entanto, com a consolidação e expansão da Comunidade, tal *status* de observador, como já indicado, afigurou-se à CEE como sendo nem sempre inteiramente suficiente; cumpria buscar maior participação em outras organizações internacionais. E onde encontrar as bases jurídicas para esta participação? O próprio Tratado de Roma faz referência expressa ao Conselho da Europa (artigo 230), à OCDE (artigo 231), ao GATT (artigo 229); mas as bases jurídicas de *caráter geral* residem na disposição do artigo 229 acerca da *liaison* da CEE – através da Comissão, dotada assim de poderes próprios – com as Nações Unidas e suas agências especializadas e na disposição do artigo 116 acerca da *ação comum* dos Estados-membros da CEE no âmbito das organizações internacionais (de caráter econômico) em relação a matérias que se revestem de particular interesse à CEE⁶⁷.

37. Assim, à luz do disposto no artigo 229 do Tratado de Roma, a CEE estabeleceu relações com as Nações Unidas, com a OIT, a FAO, a

⁶⁵ Consoante suas próprias Cartas constitutivas (FAO, artigo 2 (3)-(5); OMS, art. 8; UNESCO, artigo 2(3); UIT, artigo 1(3); OMCI, artigo 9); *ibid.*, p. 190 e 227.

⁶⁶ A concessão à CEE do *status* de observador não tem sido uniforme, variando de organização a organização (e.g., presença de representantes da Comissão da CEE ou da própria CEE, de agentes de *liaison*, de convidados especiais, do secretariado da Organização, de observadores para determinadas sessões, ou outorga do *status geral* de observador). J. P. Jacqué, La participation de la Communauté Économique Européenne aux organisations internationales universelles, 21 *Annuaire français de Droit international*. 1975, p. 924 e 926-7.

⁶⁷ Cf. *ibid.*, p. 928-929; e cf. D. Hymans, *op. cit.*, *infra* nº p. 160; Commission des Communautés européennes, *La communauté européenne op. cit.*, *infra* nº (70), p. 5.

UNESCO, a OMS, a OMCI, o ACNUR⁶⁸. Detendo-nos em um desses exemplos, as relações da CEE com a UNESCO, e.g., têm como base jurídica específica o acordo por troca de notas, entre as duas organizações, de 2 e 15 de setembro de 1964, que prevê a cooperação sob a forma de “consultas” regulares, intercâmbio de documentos e informações e participação de funcionários de ambas em reuniões e conferências de cada Organização⁶⁹. As relações entre a CEE e a FAO, para citar outro exemplo, se estabeleceram com base originalmente no acordo por troca de notas de outubro-dezembro de 1962, e mais recentemente no acordo por troca de notas de dezembro de 1986, que prevêem quatro modalidades de cooperação: intercâmbio regular de informações e documentos, consultas (e contatos diretos) sobre questões de interesse comum no domínio da alimentação e agricultura, participação de observadores de ambas em reuniões de cada organização e possibilidade de eventual constituição de comissões mistas para tratar de questões de interesse comum⁷⁰.

38. Ademais, à luz do disposto no artigo 116 do Tratado de Roma, a CEE tem participado de distintas conferências internacionais (e.g., as sobre Direito do Mar e sobre Meio Ambiente, os trabalhos das Nações Unidas de elaboração da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados e da Declaração sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional, os trabalhos da UNCTAD de elaboração do Código de Conduta das Conferências Marítimas), ainda que representada pelos Estados-membros⁷¹. A participação da CEE tem assumido modalidades distintas, variando do *status* de “convidado especial” ao de observador “passivo” (sem direito a fazer uso da palavra) e “ativo” (com direito a intervir como portavoz da Comunidade, como no seio do GATT). Já em 1975, comentava Jacqué que à CEE tornou-se possível, no âmbito de certas comissões no seio da FAO,

⁶⁸ J. P. Jacqué, *op. cit.*, *supra* n° (66), p. 929.

⁶⁹ D. Hymans. Les relations de la CEE et de l'UNESCO, 16 *Revue du Marché Commun*. 1973, p. 160-162.

⁷⁰ Cf. Commission des Communautés Européennes. *Relations des Communautés européennes avec les organisations internationales*. Bruxelles: CEE, 1.9.1989, p. 114-6 (mimeografado, circulação interna); Commission des Communautés Européennes. *La Communauté européenne, les organisations internationales et les accords multilatéraux*. Bruxelles: CEE, 1979, Anexo 20 p. 113-5.

⁷¹ Cf. J. P. Jacqué, *op. cit.*, *supra* n° (66), p. 929-33 e 944-7.

*transformer son statut d'observateur passif en un statut plus adapté qui permettait le regroupement de la délégation de la Communauté et de celles des États membres et qui évitait l'emploi du terme d'observateur à l'égard de la Communauté, afin de ne pas préjuger de l'exercice de ses compétences*⁷².

39. Pode-se conceber a participação da CEE como negociador *único* quando esta exerce uma competência *comunitária* (hipótese em que o artigo 228 se sobreporia ao artigo 116), como o admitiu em um Parecer o próprio Consultor Jurídico das Nações Unidas⁷³. No entanto, mesmo nestes casos de exercício da competência comunitária, *si la présence de la Communauté est souhaitable pour des raisons de sécurité juridique à l'égard des tiers, son absence n'entraînerait pas de difficultés juridiques insurmontables*, porquanto subsistiria a possibilidade, no âmbito da *coordenação* do artigo 116, de os Estados-membros agirem em nome da Comunidade (quando, e.g., uma organização recusasse à CEE um *status* superior ao de simples observador)⁷⁴. Problema-chave da questão da reivindicação de *status* de membro (da CEE em outra organização) é o do sistema de votação, examinado mais adiante (cf. *infra*).

40. No presente estágio, cabe ainda fazer referência à participação da CEE como tal, a par da de seus Estados-membros, na condição de “delegatária do exercício da política comercial” destes últimos, nos trabalhos do GATT⁷⁵. Não deixa de ser um tanto curioso que os Estados-membros da CEE retenham sua capacidade como “partes contratantes” no GATT, ao passo que a CEE – pela transferência a ela de competências – tenha assumido a condução de suas negociações comerciais. A esse propósito, a própria Corte de Justiça CEE ponderou *inter alia*, no caso da *International Fruit Company* (1972), que “todas as partes contratantes no GATT reconheceram a transferência de poderes que ocorreu nas relações entre os Estados-membros e a Comunidade”⁷⁶, o que veio na prática a fortalecer sobremaneira a posição da CEE no GATT. Pouco após, em outro caso (*Nederlandse Spoorwegen*,

⁷² *Ibid.*, p. 933-5.

⁷³ *Cit. in: ibid.*, p. 936.

⁷⁴ A idéia de um “mandato exercido pelos Estados-membros” em nome da Comunidade não é inteiramente descartada pela Corte de Justiça CEE no caso *ERTA*. *Ibid.*, p. 936-7.

⁷⁵ D. Vignes, “La participation...”, *op. cit.*, *supra* nº (56), p. 61.

⁷⁶ *Cit. in: A. Barav, op. cit., supra* nº (33), p. 44.

1975), a mesma Corte chegou a afirmar que *so far as fulfilment of the commitments provided for by GATT is concerned, the Community has replaced the Member States*⁷⁷, entendida, porém, esta “substituição” como se referindo à implementação das obrigações convencionais do GATT atinentes a matérias próprias da CEE⁷⁸.

41. Tem-se, assim, uma situação em que os Estados-membros da CEE retêm sua condição e capacidade como partes contratantes no GATT, e a própria CEE atua paralelamente, *como se fosse ela própria parte contratante no GATT*, em relação a matérias de sua competência (i.e., a matérias e obrigações convencionais sob o GATT que foram a ela inteiramente transferidas por seus Estados-membros)⁷⁹. Tal situação tem gerado uma certa inquietação entre os especialistas europeus: R. Kovar sugeriu que se explore mais o conceito de “personalidade objetiva da Comunidade” na busca de uma solução ao problema⁸⁰ e I. Seidl-Hohenveldern sustentou a possibilidade de a própria noção de “personalidade funcional das organizações internacionais” ser passível de uma interpretação teleológica de modo a admitir até mesmo a condição de membro pleno de uma organização em outra organização, se e quando as funções são exercidas efetivamente pela primeira delas e não por seus Estados-membros⁸¹.

42. Cabe aqui acrescentar que a elucidativa publicação da Comissão da CEE, intitulada *La Communauté européenne, les organisations internationales et les accords multilatéraux* dá conta de uma variedade de modalidades de participação da CEE em outras organizações internacionais. Alguns exemplos podem ser destacados, e.g., *inter alia*: *status* de “observador” junto às Nações Unidas e alguns de seus órgãos (ECOSOC, CEPAL, UNCTAD, PNUD, UNCITRAL, UNICEF), junto ao ACNUR, à OIT, à UNESCO, à OMCI, à AIEA, à OEA; *status* de “participante a título consultivo” junto à Comissão Econômica para a Europa, à UNIDO; *status* de “participante sem direito de voto” junto ao BIRD, ao FMI, à OCDE, ao

⁷⁷ *Cit. in: ibid.*, p. 44.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁷⁹ H.G. Schermers, *op. cit.*, *supra* nº (36), p. 225.

⁸⁰ A. Barav, *op. cit.*, *supra* nº (33), p. 44.

⁸¹ I. Seidl-Hohenveldern. Contribution to the Discussion, *Division of Powers...* (ed. C. W.A. Timmermans), *op. cit.*, *supra* nº (33), p. 68, e cf. p. 66.

CIME; *status* de “convidada do Secretariado” (com participação igualmente sem direito de voto) junto à FAO, à OMS, à OMPI⁸². O acima exposto, em suma, revela que a participação da CEE em tratados e organizações internacionais, sob formas distintas, é uma realidade inquestionável em nossos dias.

VII. *Participação da CEE em Tratados e Organizações Internacionais e a Questão do Sistema de Votação*

43. Vimos acima que a CEE tem nos últimos anos participado do processo de negociação de importantes tratados e Convenções internacionais, tem-se tornado signatária de alguns deles e mesmo parte contratante em alguns outros. Vimos, ademais, que a CEE, a exemplo de outros organismos internacionais, tem efetivamente tido participação, de formas e com *status* diversos, no seio de outras organizações internacionais e em reuniões e conferências realizadas sob os auspícios destas últimas, no tratamento de matérias a ela transferidas pelos Estados-membros. Cabe-me agora, no presente Parecer, examinar um importante e derradeiro ponto intimamente ligado à participação da CEE em tratados e organizações internacionais: a questão do sistema de votação.

44. Para tal, percorramos algumas das soluções consagradas a respeito até o presente. A Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), de que a CEE é signatária, dispõe que cada Parte na Convenção ou em qualquer Protocolo “terá um voto” (artigo 15(1)). Mas acrescenta (artigo 15(2)) que, no caso das organizações regionais de integração econômica, estas,

in matters within their competence, shall exercise their right to vote with a number of votes equal to the number of their member States which are Parties to the Convention or the relevant Protocol. Such organizations shall not exercise their right to vote if their member States exercise theirs, and vice-versa.

⁸² Commission des Communautés européennes. *La Communauté européenne, les organisations internationales ...*, *op. cit.*, *supra* nº (70), p. 6-23.

Desse modo, ou votam os Estados-membros, ou, em relação a matérias transferidas a sua competência, vota a CEE, de certo modo “coordenando” em nome da Comunidade o total de votos que corresponderia aos Estados-membros, que deixariam então de votar.

45. A Convenção sobre Conservação de Recursos Vivos Marinhos Antárticos (1980), em que a CEE é Parte, dispõe que qualquer das Partes – Estados ou organizações regionais de integração econômica – poderá integrar como membro a Comissão para a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos (artigo VII (2) (c)) estabelecida pela Convenção, a qual decidirá em questões substantivas por consenso e em outras questões por maioria simples (artigo XII (1) e (2)). A Convenção admite que uma organização regional de integração econômica participe de uma decisão da Comissão, quando esta se fizer necessária (artigo XII (3))⁸³, e esclarece que, neste caso, a organização regional de integração econômica “terá apenas um voto” (artigo XII(4)).

46. A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982), de que é signatária a CEE (cf. *supra*), esclarece, em seu Anexo IX, que uma organização internacional pode assinar a Convenção, ou depositar o seu instrumento de confirmação formal ou de adesão, se a maioria dos seus Estados-membros for signatária da Convenção, ou depositar ou tiver depositado os seus instrumentos de ratificação ou adesão, respectivamente (artigos 2 e 3). O instrumento de confirmação formal ou de adesão de uma organização internacional deve conter o compromisso de que esta aceita os direitos e obrigações dos Estados consagrados na Convenção atinentes a matérias em relação às quais os Estados-membros, que sejam Partes na Convenção, lhe tenham transferido competência (artigos 4 (1) e 5), e nesta condição se torna Parte na Convenção (artigo 4 (2)).

47. A partir de então, tal organização internacional exerce os direitos e cumpre as obrigações que, de outro modo, competiriam, nos termos da Convenção, aos seus Estados-membros que são Partes na Convenção, relativos a matérias em relação às quais esses Estados-membros lhe tenham transferido competência; nesse caso, os Estados-membros dessa organização internacional não exercem a competência que lhe tenham transferido (artigo 4 (3)). A

⁸³ Acrescenta o artigo XII (3) que *the number of Contracting Parties so participating shall not exceed the number of member States of the regional economic integration organization which are members of the Commission.*

participação de tal organização internacional, conforme esclarece o artigo 4 (4) do Anexo IX da Convenção, *não* implica em caso algum um aumento na representação a que teriam direito os seus Estados-membros que forem Partes na Convenção, incluindo os direitos em matéria de tomada de decisões⁸⁴.

48. O sistema de votação nos chamados *mixed agreements* (cf. *supra*) tem dado margem a discussões. Tem-se sugerido que, em se tratando de matérias em relação às quais há uma repartição de competências, a CEE teria o número de votos que corresponderiam aos Estados-membros Partes no referido acordo; e em se tratando de matérias sob a competência única da Comunidade, à CEE caberia um voto (como sob os *pure Community agreements*). A posição não é clara, e há diferenças entre os especialistas europeus⁸⁵; tem-se mesmo aventado a hipótese, em casos de exercício pela CEE de sua própria (“pura”) competência, de se contornar o problema da votação pela tomada de decisão por consenso⁸⁶.

49. No âmbito do GATT, a CEE conta com o total dos votos “convergentes” – ou “coordenados” – dos seus (12) Estados-membros Partes no GATT⁸⁷ para as questões que recaem sob sua competência. Os referidos votos, expressando a vontade da CEE, externalizam assim uma expressão coletiva ou comunitária, em uma solução semelhante à aplicada nos acordos internacionais sobre produtos de base⁸⁸. No âmbito destes acordos (e.g., os do café e do cacau), a CEE, ainda que como tal não dispondo do direito de voto, encontra-se no entanto autorizada a “utilizar os de seus Estados-membros para todas as questões recaindo sob sua competência”⁸⁹. Assim, os acordos internacionais sobre produtos de base parecem ter admitido uma

⁸⁴ Ao marcar presença no processo negociatório da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a CEE pretendeu obter acesso a órgãos tais como a Assembléia sob a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (*International Sea-Bed Authority*), com os “mesmos direitos e obrigações dos Estados-Partes” na medida em que tais direitos e obrigações se relacionassem a matérias cuja competência foi transferida à CEE por seus Estados-membros. O fato de integrar como membro a Assembléia, ou qualquer outro órgão sob a Convenção, não aumentaria a representação da CEE, o mesmo princípio se aplicando em relação à votação em tais órgãos. J.F. Buhl, *op. cit.*, *supra* n° (43), p. 566.

⁸⁵ Cf., e.g., as intervenções a esse respeito de Bourgeois e Heringa. In: *Division of Powers...* (ed. C.W.A. Timmermans), *op. cit.*, *supra* n° (33), p. 146 e 143, respectivamente.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 146 (Bourgeois); tem-se outrossim aventado o problema hipotético de eventual retomada pelos Estados-membros de uma ou outra função já transferida à CEE cf. *ibid.*, p. 143 (Heringa).

⁸⁷ H. G. Schermers, *op. cit.*, *supra* n° (36), p. 225.

⁸⁸ J. P. Jacqué, *op. cit.*, *supra* n° (66), p. 938-9.

⁸⁹ R. Ferretti, *op. cit.*, *infra* n° (94), p. 217.

distinção – um tanto rara e curiosa – entre o titular do direito de voto, o Estado, e a entidade que exerce tal direito em determinados casos (de transferência de competência exterior), a Comunidade. Tal solução, a ser adotada por organizações internacionais, requereria uma revisão das disposições pertinentes de suas cartas constitutivas e dos regulamentos internos de seus órgãos⁹⁰, de forma a acomodá-la.

50. Já há na prática indicações nesta direção. O Acordo Adicional (de 1976) ao Acordo de 1963 sobre a Comissão Internacional para a Proteção do Reno contra a Poluição, ao admitir a CEE como Parte Contratante no Acordo (e Protocolo) de 1963 (artigo 1), dispõe significativamente (novo artigo 6(2)):

*– In those areas coming within its jurisdiction, the European Economic Community shall have the number of votes corresponding to the number of its Member States which are Contracting Parties to this Agreement. The European Economic Community shall not vote in cases where its Member States vote and vice-versa.*⁹¹

51. A Convenção para a Proteção do Mar Mediterrâneo contra a Poluição (Barcelona, 1976), aberta à assinatura e adesão da CEE (artigos 24 e 26)⁹², dispõe, na mesma linha (artigo 19):

*– Within the areas of their competence, the European Economic Community and any regional economic grouping referred to in Article 24 of this Convention shall exercise their right to vote with a number of votes equal to the number of their Member States which are Contracting Parties to this Convention and to one or more Protocols; the European Economic Community and any grouping as referred to above shall not exercise their right to vote in cases where the Member States concerned exercise theirs, and conversely.*⁹³

⁹⁰ J. P. Jacqué, *op. cit.*, *supra* n° (66), p. 939-40.

⁹¹ Texto reproduzido *in: International Environmental Law – Multilateral Treaties* (ed. W.E. Burhenne), v. V, E. Schmidt Verlag, p. 976:91/11.

⁹² E cf. artigo 27, para a entrada em vigor da Convenção em relação à CEE (§§ 2 e 4), texto *in: ibid.*, p. 976:13/16.

⁹³ Texto reproduzido. *In: op. cit.*, *supra* n° (91), p. 976:13/16.

Estas indicações podem apontar para uma possível solução ao problema objeto do presente parecer.

IX. *Conclusões*

52. Ao final do presente estudo, constatamos que a CEE, a exemplo de tantas outras organizações internacionais, desfruta de personalidade jurídica internacional, e da capacidade de celebrar tratados internacionais. A CEE, como tantas outras organizações internacionais, tem celebrado inúmeros acordos internacionais com Estados-membros e não-membros, e com outras organizações internacionais. A CEE tem mantido relações com Estados terceiros e com outras organizações internacionais; tem exercido o direito de representação em suas relações com Estados não-membros, estabelecendo suas próprias Missões junto a eles e a organizações internacionais, e tem reversamente recebido Missões diplomáticas. A CEE tem participado do processo de negociação de importantes Convenções internacionais, tornando-se signatária de algumas delas e Parte em outras. Enfim, a CEE tem efetivamente acompanhado ou participado, com *status* e em formas distintas, das sessões e trabalhos de outras organizações internacionais.

53. Assim sendo, não há *em princípio* que descartar a possibilidade de que venha a CEE a ascender ao *status* de membro pleno de outra organização internacional. Esta possibilidade é hoje admitida *em princípio* na própria doutrina⁹⁴. Já bem se ponderou que o problema da composição (*membership*) de uma organização internacional afigura-se como subsidiário ao de seus objetivos, e a composição há de adaptar-se aos propósitos funcionais de cada organização⁹⁵; a própria evolução das organizações internacionais *não* se tem dado em estrita observância de princípios imutáveis quanto a sua estrutura e composição, e quanto à representação⁹⁶. A participação que *de*

⁹⁴ R. Ferretti observa que tal situação *n'a rien d'impossible sur le plan des principes*. R. Ferretti, *La coordination de l'action des organisations internationales au niveau européen*. Bruxelles: Bruylant, 1984, p. 216. E Jacqué pondera que *rien ne semble interdire à la Communauté d'accéder à un statut de membre bien qu'aucune disposition ne le permette expressément*. J.P. Jacqué, *op. cit.*, *supra* n° (66), p. 938.

⁹⁵ I.L. Claude Jr., *Swords into Plowshares – The Problems and Progress of International Organization*, 4ª ed., N.Y.: Random House, 1971, p. 86-98.

⁹⁶ Cf. Nagendra Singh. *Termination of Membership of International Organisations*, London: Stevens, 1958, p. 14.

facto já tem a CEE em nossos dias em outras organizações internacionais era de se esperar, tendo em mente as competências, em determinados domínios, a elas transferidas por seus Estados-membros. São precisamente os “particularismos” de organizações regionais de integração econômica, como notoriamente da CEE, que fazem com que hoje se suscite a questão de sua participação em outras organizações internacionais na condição de membro pleno. O levantamento desta questão afigurava-se hoje como quase uma decorrência natural⁹⁷ do que a CEE, como organismo regional de integração econômica, vem efetivamente realizando, no plano da prática das organizações em especial e da condução das relações internacionais em geral.

54. No entanto, para que esta medida – admissão da CEE como membro pleno de outra organização internacional – venha a transpor-se do plano dos princípios ao da realidade institucional, mister se faz sejam tomadas providências para viabilizá-la. A CEE, como já indicado, vem de solicitar sua admissão como membro de pleno direito da FAO; no entanto, das cartas constitutivas das agências especializadas das Nações Unidas, é a da FAO a mais explícita em relação às organizações internacionais, ao determinar (artigo 111(5)) que os representantes de organizações intergovernamentais não podem ter o direito de voto⁹⁸. Impõe-se, assim, para remover este obstáculo, primeiramente revisar as disposições pertinentes das cartas constitutivas de determinadas organizações e os regulamentos internos de alguns de seus órgãos, o que pode apresentar dificuldades⁹⁹. Tal revisão, se realizada, poderia permitir ou consagrar de vez a expressão coletiva ou unitária dos “votos convergentes” de seus Estados-membros pela CEE nos casos em que esta última dispõe de uma competência exterior, a ela transferida pelos Estados-membros¹⁰⁰.

55. A providência seguinte consistiria, no tocante à Carta constitutiva assim revista, em se requerer que o instrumento de confirmação formal ou de adesão da CEE contenha uma especificação das matérias regidas pela Carta constitutiva da Organização em apreço em relação às quais os seus Estados-membros (da CEE) que forem Partes na referida Carta constitutiva lhe tenham transferido competência. Ao mesmo tempo, outra providência paralela consistiria em se requerer que cada Estado-membro da

⁹⁷ R. Ferretti, *op.cit. supra* nº (94), p. 215 e 219.

⁹⁸ J. P. Jacqué, *op. cit., supra* nº (66), p. 938; R. Ferretti, *op. cit., supra* nº (94), p. 216.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 938 e 216, respectivamente.

¹⁰⁰ J. P. Jacqué, *op. cit., supra* nº (66), p. 940.

CEE e Parte na Carta constitutiva da Organização em apreço faça uma declaração que especifique as matérias regidas por esta última em relação às quais tenha transferido competência para a CEE, no momento do depósito pela CEE de seu instrumento de confirmação formal ou de adesão¹⁰¹. Esclarecida desse modo a questão da transferência de competências e especificadas as matérias às quais se aplicaria, o campo estaria então aberto para o passo seguinte, atinente à participação da CEE no processo decisório na Organização internacional em apreço (no presente caso, a FAO).

56. À luz das extensas considerações acima desenvolvidas, parece-me que se poderia cogitar da seguinte fórmula para o processo de tomada de decisão: em se tratando de matéria em relação à qual houve efetivamente transferência de competências à CEE por seus Estados-membros, e que por conseguinte recai no âmbito da competência exterior própria da CEE, passa a CEE a contar com o total dos votos “convergentes” de seus 12 Estados-membros, os quais, por sua vez, se abstêm de votar; e em se tratando de matéria não transferida à CEE por seus Estados-membros, e que por conseguinte permanece no âmbito da competência individual própria de cada um de seus Estados-membros, a CEE deixa de votar e cada um de seus Estados-membros vota como bem entender. É possível que, no presente caso, a CEE e a FAO, após refletirem cuidadosamente sobre a matéria, cheguem à conclusão de que as dificuldades institucionais seriam de tal ordem que mais indicado seria permitir que a CEE continuasse a exercer as funções e prerrogativas de que hoje na prática desfruta. No entanto, se se concluir que a solicitação da CEE de admissão como membro pleno da FAO deve prosperar, é a solução que recomendo acima que, no meu entender, atende aos reclamos do bom senso e se me afigura ao amparo do Direito das Organizações Internacionais. É, por conseguinte, a solução que, a meu ver, deve nortear o entendimento e a eventual tomada de posição do Brasil sobre a matéria.

Este, salvo melhor juízo, é o meu Parecer.

Brasília, 12 de março de 1990.

Antônio Augusto Cançado Trindade

¹⁰¹ Solução semelhante encontra-se consagrada na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), Anexo IX, artigo 5(1) e (2).

