

Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati). Ex-Assessor Jurídico da ONU em Genebra. Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

S U M Á R I O

1. *Introdução*
2. *Teorias relativas aos fundamentos e princípios do Direito Internacional*
3. *Território (soberania territorial)*
4. *Imunidades*
5. *Reconhecimento*
6. *Tratados: classificação e interpretação*
7. *Responsabilidade do Estado e proteção diplomática*
8. *Direito Aeronáutico*
9. *Organizações internacionais*
10. *Observações finais*

1. *Introdução*

Observou-se recentemente que “ficções são usadas em todos os ramos do direito e muitas vezes tornam-se a tal ponto arraigadas no sistema jurídico que não mais são reconhecíveis como ficções. Numerosas normas do direito moderno baseiam-se em regras que evoluíram

há séculos atrás e que então se basearam em ficções. O direito moderno recebeu e desenvolveu tais regras, mas ficaram esquecidas as ficções subjacentes" (1). O Direito Internacional não parece fazer exceção a isto, e mesmo hoje compreende um grande número de ficções, algumas das quais tão freqüentemente reiteradas na prática que seu verdadeiro caráter torna-se obscuro, dando a impressão de que são genuínas representações da "realidade".

Seria assim pertinente considerarmos algumas das ficções mais notáveis prevaletentes no Direito Internacional, tomando ficção aqui no sentido de "um artifício da técnica jurídica pelo qual uma situação é caracterizada de modo contrário à realidade a fim de atribuir-lhe as conseqüências jurídicas que decorrem de tal caracterização" (2). Para esse exame, partiremos de algumas das teorias relativas aos fundamentos e princípios do Direito Internacional, para em seguida percorrermos alguns capítulos desse ramo do direito na busca e identificação das ficções mais comumente utilizadas.

2. Teorias relativas aos fundamentos e princípios do Direito Internacional

Tem-se repetidas vezes ponderado que o problema dos fundamentos do Direito Internacional é essencialmente um problema do pensamento jurídico internacional moderno, decorrente da infiltração neste último, em fins do século XIX, de doutrinas positivistas (3). Com efeito, assim que passamos a abordar os fundamentos do Direito Internacional Público confrontamo-nos com a presença persistente do elemento da ficção. As incertezas circundando a formação e determinação das regras costumeiras do Direito Internacional, por exemplo, deram margem a um certo grau de especulação teórica; mas não se hesitou muito em denunciar e rejeitar o "caráter fictício" da construção doutrinária segundo a qual o costume seria um *pactum tacitum* (4).

Os esforços teóricos de fundamentação da validade das normas do Direito Internacional em manifestações da vontade de seus sujeitos cedo caíram em descrédito. Vale aqui ressaltar a rejeição categórica de FITZMAURICE da proposição de que o consentimento dos Estados

(1) P. J. J. OLIVIER, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, Rotterdam, University Press, 1975, p. 115. Há exemplos de ficções no Direito Romano (cf. pp. 5-12), e tem-se mesmo sugerido que de certo modo "as ficções judiciais modernas lembram as ficções pretorianas romanas" (p. 130); há outros exemplos de recurso a ficções legais na sociedade antiga: cf. Sir HENRY MAINE, *Ancient Law*, London, Dent, 1972, cap. II (Legal Fictions), pp. 13-25.

(2) J. J. A. SALMON, "The Device of Fiction in Public International Law", 4 *Georgia Journal of International Law* (1974), p. 251.

(3) A. VERDROSS, "Le Fondement du Droit International", 16 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1927), p. 262; R. AGO, "Science Juridique et Droit International", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1958), p. 873.

(4) J. L. KUNZ, "The Nature of Customary International Law", 47 *American Journal of International Law* (1953), pp. 663-664.

seria a fonte última das regras do Direito Internacional: tal posição voluntarista-positivista é, a seu ver, contraditória e inconsistente, uma vez que o consentimento, externalizado por tratados ou pela prática dos Estados, é *ex hypothesi* incapaz de explicar ou justificar sua própria validade ou seus efeitos jurídicos, e tampouco a existência e validade dos princípios de direito essenciais a todo e qualquer sistema jurídico⁽⁵⁾. KAPLAN e KATZENBACH, rejeitando igualmente a tese do consentimento como elemento essencial e preponderante na formação do costume internacional obrigatório, ponderam que o “consentimento”, assim entendido, nada mais é do que “uma ficção usada para harmonizar a prática com a teoria”⁽⁶⁾.

As duas principais correntes positivistas que tentaram buscar a validade das normas de Direito Internacional na vontade dos Estados não resistiram à passagem dos tempos. A primeira teoria, a da autolimitação dos Estados (JELLINEK), mostrou-se contraditória ao tentar reconciliar o irreconciliável: as regras e obrigações emanando de uma vontade livre (e.g., de um Estado) dificilmente poderiam ser obrigatórias, podendo sempre ser revogadas por atos de vontade contrários⁽⁷⁾. A segunda teoria, a da *Vereinbarung* (defendida por TRIEPEL), não logrando apresentar uma explicação para a formação e natureza da “vontade coletiva” dos Estados, mostrou-se incapaz de fornecer uma base para o Direito Internacional⁽⁸⁾; não é, pois, surpreendente ver a teoria da *Vereinbarung* ou do *traité-loi* ser caracterizada como “pura ficção”⁽⁹⁾.

A seu turno, a teoria de KELSEN da *Grundnorm* também foi caracterizada como “pura ficção”, muito embora se opusesse a correntes voluntaristas. Foi outro expoente da chamada escola de Viena do Direito Internacional que, indicando a diferença essencial entre a norma hipotética no domínio jurídico e as hipóteses das ciências experimentais (que não passam de “antecipações da experiência”), acrescentou: “M. TRIEPEL a par contre raison quand il déclare que la norme fondamentale hypothétique n'est qu'une pure fiction. La théorie de la norme fondamentale hypothétique a bien pour but de fonder le droit sur une règle objective, et cela est le progrès dû à cette doctrine, mais en réalité elle ne base le droit que sur la fiction d'une telle règle”⁽¹⁰⁾.

(5) G. G. FITZMAURICE, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, *Symbola Verzijl (Présenté au Professeur J. H. W. VERZIJL à l'occasion de son LXXème. anniversaire)*, Haia, M. Nijhoff, 1958, pp. 162-167 e 175.

(6) M. A. KAPLAN e N. de B. KATZENBACH, *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Zahar, 1964, p. 272.

(7) L. DUGUIT, *L'État, le Droit Objectif et la Loi Positive*, vol. I, Paris, A. Fontemoing, éd., 1901, pp. 122-131 e 613-618.

(8) A. VERDROSS, *op. cit.* supra n. 3, pp. 262-267 e 275-279; R. AGO, *op. cit.* supra n. 3, pp. 875 e 879-881; E. SUY, *Les Actes Juridiques Unilatéraux en Droit International Public*, Université de Genève (Tese nº 134), 1962, pp. 6-9.

(9) MAX SORENSSEN, *Les Sources du Droit International*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, p. 16; ao caracterizá-la como uma “pura ficção”, observa o autor que tal teoria dificilmente pode explicar o surgimento de um sistema normativo.

(10) A. VERDROSS, *op. cit.* supra nº 3, p. 280.

Vê-se assim que algumas das mais conhecidas teorias explanatórias dos fundamentos do Direito Internacional não escaparam das críticas de se constituírem em ficções, ou se basearem em ficções. Tal uso da ficção como um artifício da teoria jurídica internacional não é de modo algum novidade: exemplos desse uso consciente remontam pelo menos a meados do século XVIII ⁽¹¹⁾.

Tem-se algumas vezes recorrido a ficções não propriamente na teoria geral dos fundamentos do Direito Internacional, mas mais particularmente na falsa caracterização de alguns supostos "princípios" do Direito Internacional. Lembre-se, por exemplo, que, há pouco mais de uma década e meia atrás, FRIEDMANN advertia pertinentemente que "any attempt to stamp a particular social order as being consonant with nature is a disguised way of giving the halo of perpetuity and sacrosanctity to a particular political or legal philosophy" ⁽¹²⁾.

FRIEDMANN dirigia sua advertência especificamente àqueles que, no que era essencialmente uma controvérsia política, tentavam argumentar que o pagamento de compensação imediata, completa e adequada (em casos de nacionalização de interesses estrangeiros, constituía um princípio de "direito natural" ⁽¹³⁾.

3. Território (soberania territorial)

O território, ou a soberania territorial, tem sido uma das áreas mais férteis do Direito Internacional para o uso e desenvolvimento de ficções. O movimento historicamente mais recente do colonialismo remonta à formação dos impérios "de cruzadas" dos séculos XVI e XVII (da Espanha, Portugal e França), e dos impérios comerciais (das companhias comerciais britânicas e holandesas): "o objetivo professado dos primeiros era a difusão da cristandade e da civilização ocidental, tendo como indubitável propósito adicional um anseio pelo comércio, ao passo que os segundos se formaram em grande parte para fornecer mercados e matérias-primas, sendo assim uma conseqüência direta da revolução industrial. Em nenhum dos casos prestou-se muita atenção a interesses outros que os da companhia ou poder ocupante até o segundo meado do século XVIII, a partir do qual se pode traçar a evolução da preocupação nacional e internacional com o colonialismo" ⁽¹⁴⁾.

(11) Em seu *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), e.g., CHRISTIAN WOLFF constatou que o uso de ficções (como encontrado em seu trabalho) era permitido "em todo tipo de ciência, para o propósito de depreender verdades, assim como prová-las"; cit. in F. S. RUDDY, *International Law in the Enlightenment*, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1975, p. 98.

(12) W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 78.

(13) *Ibid.*, p. 78, nº 6.

(14) C. E. TOUSSAINT, *The Trusteeship System of the United Nations*, London, Stevens, 1956, pp. 3-4.

Mas bem antes disso, já na primeira metade do século XVI, surgiam indícios da presença de advogados, acompanhando os primeiros conquistadores do Novo Mundo, capazes de redigir os documentos legais que considerassem necessários ou suficientes. Com relação à conquista do Peru, por exemplo, há notícia de um contrato celebrado aos 12 de junho de 1535 entre PIZARRO e ALMAGRO, em Cuzco; e em 1536, um contrato celebrado entre PIZARRO, ALMAGRO e LUQUE estipulava *inter alia* que “tenemos licencia de señor governador PEDRO ARIAS DE AVILA para descubrir y conquistar las tierras y provincias de los reinos llamados de Peru...” (15).

Em seu livro *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800*, KELLER, LISSITZYN e MANN observam, com base nos dados examinados, que no período das grandes descobertas nenhum Estado parecia considerar a mera descoberta “física” ou “apreensão visual”, ou o mero desembarque em qualquer parte das regiões descobertas, ou a mera denominação de tais regiões, “como sendo de qualquer modo suficientes *per se* para estabelecer um direito de soberania ou um título válido com relação à *terra nullius*”; entretanto, o desempenho de uma cerimônia formal de tomada de posse, o ato simbólico, “era geralmente encarado como sendo inteiramente suficiente *per se* para estabelecer imediatamente um direito de soberania ou um título válido em relação a áreas reivindicadas, e não precisava ser suplementado pelo desempenho de outros atos, tais como, por exemplo, *ocupação efetiva*” (16). Com efeito, muito raramente especificaram os descobridores “com qualquer grau de precisão a extensão do território que alegavam ter adquirido para os seus soberanos por atos de posse simbólica” (17).

Os atos simbólicos variavam até certo ponto; os espanhóis e os ingleses utilizavam maior grau de formalidade em suas cerimônias, ao passo que as dos portugueses, franceses e holandeses eram geralmente mais simples. A prática espanhola tinha um aspecto religioso que em muito faltava às práticas inglesa e holandesa. Tais cerimônias ou atos simbólicos compreendiam, por exemplo, o hastear da bandeira, a construção de sinais de posse (tais como uma cruz ou um pilar adornado com as armas da coroa, a *fleur-de-lys*, ou algumas lendas ou inscrições), o recitar de fórmulas verbais (proclamando título à região), e

(15) Cit. in B. A. WORTLEY, “Idealism in International Law: a Spanish View of the Colonial Problem”, 24 *Transactions of the Grotius Society* (1938), pp. 149-150 e n. (e).

(16) A. S. KELLER, O. J. LISSITZYN, F. J. MANN, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800*, N. Y., Columbia University Press, 1938, pp. 148-149. Note-se, porém, que no início do século XVII publicistas holandeses tentaram reabilitar a noção de “ocupação efetiva”, uma vez que a apropriação de vastos territórios no século anterior pelos espanhóis e portugueses tinha “effectively prevented the Dutch from acquiring titles by right of having taken formal possession” (pp. 140-141).

(17) *Ibid.*, p. 149, e cf. pp. 22-23, 32, 45, 99 e 131.

assim por diante ⁽¹⁸⁾. Mas pode-se traçar uma linha divisória entre ficções baseadas em pressupostos contrários aos verdadeiros fatos de determinada situação e descrições de tal situação ou de instituições jurídicas em termos simbólicos (metáforas) ⁽¹⁹⁾.

A história de mudanças de soberania territorial, de títulos ganhos pela força, reflete a função diminuta exercida pelo direito em tais questões de *policy* geralmente determinadas pelo resultado de lutas de poder entre Estados soberanos individualistas; "as grandes redistribuições históricas de território resultaram de resoluções de conferências de paz em que a vontade do vencedor se aplicava pela coação. Interpretar tais mudanças importantes na balança de poder simplesmente em termos das técnicas jurídicas de cessão ou subjugação é formar uma opinião (sobre a situação) tão limitada e parcial que chega a ser quase irrelevante" ⁽²⁰⁾.

Pode-se aqui lembrar, por exemplo, que a rivalidade entre as nações industriais adiantadas, intensificada pela busca do controle de mercados e matérias-primas, que se seguiu à revolução industrial, levou aqueles países a procurar adquirir "áreas adicionais, o que resultou no *scramble for Africa* em fins do século XIX"; ademais, "as nações industriais começaram a ter planos comerciais nas colônias de outros Estados", daí advindo a conclusão de acordos bilaterais — posteriormente expandindo-se em acordos multilaterais — entre os poderes interessados "para a aplicação da (política de) *open door* em uma base recíproca, para a solução de disputas fronteiriças, e para outros assuntos mutuamente vantajosos" ⁽²¹⁾. Durante esse período o uso — e abuso — de ficções nas relações internacionais foi particularmente impressionante.

A hipocrisia da prática internacional refletiu-se no uso freqüente de ficções tais como, no levantamento de POUVOURVILLE: "cession à bail (convention directe), conventions restrictives (pactes de non-allénation), sphères d'influence politique, États-tampons, zones neutralisées, zones de pénétration et d'influence commerciale" ⁽²²⁾. Frequentemente

(18) Cf. *ibid.*, pp. 22-149. Em sua penetração pacífica e aquisição da Sibéria, os atos simbólicos dos russos consistiam principalmente na cobrança e pagamento de alguma forma de tributo (pp. 143-147). A prática holandesa fornece exemplos de "protetorados" ou "tratados de aliança" com populações nativas, artifícios que, entretanto, "assumed no real sovereignty in the native government party to these acts, and in effect were akin to symbolic acts of possession" (p. 140).

(19) P. J. J. OLIVIER, *op. cit. supra* nº 1, pp. 68 e 57, e cf. pp. 64-65 e 76. Nem todas as noções abstratas, construções e classificações (H. VAHINGER) são necessariamente ficções; cf. *ibid.*, pp. 38 e 47-48.

(20) R. Y. JENNINGS *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, University Press/Oceana, 1963, p. 69.

(21) C. E. TOUSSAINT, *op. cit. supra* nº 14, p. 12, e cf. também p. 13.

(22) Para ilustrações históricas de cada uma delas, e críticas, cf. A. de POUVOURVILLE, "Les fictions internationales en Extrême-Orient", 6 *Revue Générale de Droit International Public* (1899), pp. 113-125.

tais artifícios fictícios foram utilizados como meio de encobrir anexações de territórios e outras vantagens, não sem muito embaraço por parte dos teóricos da legalidade (23).

Um exame de outras noções associadas com o território no Direito Internacional pode igualmente desvendar suas muitas insuficiências (24). No entanto, a despeito da expansão das relações transacionais em nossos dias, o fato é que as "soluções territoriais" parecem ainda prevalecer no Direito Internacional (25), muito embora dêem elas às vezes a impressão de desafiar a realidade de modo um tanto quanto anacrônico.

4. *Imunidades*

Uma ficção antiga, aplicada aos edifícios de embaixadas, residências de chefes de missões e mesmo aos próprios agentes diplomáticos, é a da "extraterritorialidade" ou "extraterritorialidade" (26). Tem-se atribuído o uso dessa ficção à "preguiça mental e falta de imaginação", e tem-se argumentado que ela "parece estar completamente ultrapassada e deveria ser substituída pelo conceito de imunidade, que é bem mais flexível e versátil" (27). Este é o ponto de vista de SALMON, que espera que "as Convenções de Viena de 1961 e 1963 sobre Relações Diplomáticas e Consulares, que excluíram completamente esse conceito (de "extraterritorialidade"), acabarão por impor o de imunidade, que é muito mais flexível e mais apto a explicar o *status* privilegiado dos diplomatas" (28).

5. *Reconhecimento*

O uso de ficções no Direito Internacional tem às vezes refletido ou servido propósitos ideológicos. É o que tem ocorrido com relação, *e. g.*, ao reconhecimento, em que os Estados se sentem livres, seja para se recusarem a reconhecer algo que é real, ou para reconhecerem algo que é falso. Para citar apenas um exemplo notório, os Estados ocidentais e seus aliados levaram mais de vinte anos para reconhecer o governo da República Popular da China; "a pretensão do governo de Chiang

(23) Para ilustrações históricas e críticas, cf. J. PERRINJAQUET, "Des annexions déguisées de territoires", 16 *Revue Générale de Droit International Public* (1909), pp. 316-367.

(24) Cf., por exemplo, as observações críticas sobre a noção de "servidões" internacionais, in: E. NYS, *Le Droit International les Principes, les Théories, les Faits*, vol. II, Bruxelles/Paris, A. Castaigne/A. Fontemoing, 1905, cap. IX (Les Prétendues Servitudes Internationales), pp. 271-279; A. D. McNAIR, "So-Called State Servitudes", *Lord McNair: Selected Papers and Bibliography*, Leiden, Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 17-33.

(25) Cf. críticas in L. DEMBINSKI, "Le Territoire et le Développement du Droit International", 31 *Annuaire Suisse de Droit International/Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* (1975), pp. 121-152.

(26) Também utilizada para explicar o *status* jurídico de navios em alto mar.

(27) J. J. A. SALMON, *op. cit.* supra nº 2, p. 258.

(28) *Ibid.*, pp. 257-258.

Kai-Shek de representar o continente da China nas Nações Unidas, com o apoio dos aliados ocidentais, constituiu um verdadeiro desafio à realidade, assim como uma situação escandalosa, que perdurou até outubro de 1971, vinte e dois anos após Mao Tsé-Tung ter efetivamente tomado o poder sobre todo o continente da China" (29). O caráter discricionário da política de reconhecimento tem sido sempre manifesto; e particularmente em períodos de muita tensão política nas relações internacionais, o reconhecimento parece às vezes ser tão-somente "um instrumento de política de poder" (30).

É conhecida a polêmica clássica, em relação aos efeitos do reconhecimento, entre as teses *constitutiva* (para a qual o reconhecimento condiciona até mesmo o surgimento da personalidade internacional do novo Estado e os direitos e deveres normalmente a ela associados) e *declaratória* (para a qual o reconhecimento é tão-somente um ato político, formal, que normalmente precede o estabelecimento de relações diplomáticas com um Estado que já existe como tal). Não surpreende que esta última seja hoje bem mais aceita, pois tentar condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado, e dos direitos e deveres concomitantes, à vontade soberana dos Estados que o reconhecem, já estabelecidos, é um exagero e excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretendia há algumas décadas que a vontade arbitrária dos Estados constituía fonte não apenas de alguns de seus direitos, mas também de sua própria existência (31).

Tal posição é realmente insustentável, pois chegaria a tornar a própria existência de um Estado uma questão relativa, dependente do reconhecimento individual de cada outro Estado (32); e, o que é mais grave, se o Estado não-reconhecido fosse juridicamente não-existente, tudo então seria permissível em relação a ele, bastando aqui recordar a declaração de HITLER da não-existência da Tchecoslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação da União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país de 17 de setembro de 1939 (33).

6. *Tratados: classificação e interpretação*

Ao expressar suas reservas em relação à distinção entre os chamados tratados *law-making* e outros tipos de tratados, HERSCH LAU-

(29) *Ibid.*, pp. 264-265, também para outros "exemplos clássicos de ficções desse tipo".

(30) CH. de VISSCHER, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4ª ed. rev., Paris, Pédone, 1970, p. 258.

(31) HERSCH LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, pp. 2, 51, 59, 62-63, 75 e 77.

(32) TI-CHIANG CHEN, *The International Law of Recognition*, London, Stevens, 1951, pp. 40-42.

(33) KRYSZYNA MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2ª ed., Genève, Droz, 1968, pp. 146 e 148-149, e cf. também pp. 149-150; T.-CH. CHEN, *op. cit.* supra nº 32, pp. 33-38.

TERPACHT advertiu cautelosamente que toda classificação dessa natureza tem apenas um valor relativo, sendo até certo ponto artificial e contendo um "elemento de ficção"; em particular, "na classificação baseada no caráter legiferante (*law-making*) dos tratados o elemento de ficção faz-se representar em grau marcante" (34). Felizmente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) agiu acertadamente ao afastar classificações abstratas de tratados (como a entre *traité-contrat* e *traité-loi*) e voltar-se mais diretamente para problemas práticos.

Observou-se certa vez que "é duvidoso se qualquer parte litigante em uma disputa envolvendo a interpretação de um tratado pode deixar de tirar algum proveito da rica escolha de armas no arsenal de VATTEL de regras de interpretação" (35). Estas palavras precederam em duas décadas a conclusão da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Particularmente no período que antecedeu a Convenção houve tentativas impiedosas para denunciar os elementos fictícios prevalentes na interpretação de tratados. De início, parece que as relações internacionais, como as relações sociais em geral, são freqüentemente tão limitadas e superficiais, senão altamente inarticuladas, de modo a "permitir que sejam conduzidas satisfatoriamente em nível de considerável incerteza. Mesmo modalidades mais sofisticadas de relações podem ser conduzidas com sucesso em, talvez, forma surpreendentemente vaga, mas serem aceitas como adequadas pelos interessados" (36). A esse respeito, há alguns exemplos de interpretação de tratados dignos de menção.

Tentativas de detectar o que se poderia considerar como a "intenção" das partes há muito vêm sendo encaradas como baseadas em uma ficção (37). As noções de "função", "propósito" ou "efetividade"

(34) HERSCH LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, Longmans, 1937 (Archon Books reprint 1970), p. 157, e cf. pp. 157-158, e cf. também, em geral, p. 53.

(35) HERSCH LAUTERPACHT, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", 26 *British Yearbook of International Law* (1949), p. 48.

(36) G. SCHWARZENBERGER, "Myths and Realities of Treaty Interpretation", 22 *Current Legal Problems* (1969), pp. 221-222.

(37) L. EHRLICH, "Interprétation des Traités", 24 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1928), pp. 67-68; J. STONE, "Fictional Elements in Treaty Interpretation — A Study in the International Judicial Process", 1 *Sydney Law Review* (1953-1955), pp. 347 e 349, e cf. p. 367; há, ademais, bastante divergência quanto à verdadeira função dos *travaux préparatoires* na interpretação de tratados (*ibid.*, p. 350). Sobre a função, reconhecimento limitada, dos trabalhos preparatórios na interpretação de tratados, cf., e.g., B. NARAIN MEHRISH, "The Role of *Travaux Préparatoires* as an Element in the Interpretation of Treaties, in the Light of Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", 40 *Yearbook of the A. A. A.* (Kala, 1970), pp. 43-92; M. K. YASSEEN, "L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", 151 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1976), pp. 83-93.

de um tratado, a seu turno, bem podem dirigir as atenções para a atitude das partes ou do intérprete quanto à questão de "para que existe" o tratado; STONE fornece uma ilustração pertinente com relação à Carta das Nações Unidas. A Carta contém dispositivos concernentes aos poderes de manutenção da paz do Conselho de Segurança (segurança coletiva), assim como dispositivos relativos ao veto dos grandes poderes e a assuntos internos cujo "propósito" ou "função" é "claramente o de assegurar aos membros o gozo continuado das prerrogativas anárquicas da soberania tradicional"; as atitudes dos Estados têm variado a esse respeito, alguns aceitando a Carta como subordinando a soberania do Estado à manutenção coletiva da paz, outros considerando-a como garantindo suas prerrogativas soberanas, e outros ainda tomando uma atitude ambígua; a leitura dos comentários de KELSEN em sua conhecida obra *The Law of the United Nations* (1950) revela "um verdadeiro museu das contradições que podem basear-se em interpretações literais das próprias palavras da Carta" (38).

Os princípios da "efetividade" e "interpretação restritiva", as noções de "efetividade" e "intenção" encontram-se em constante tensão; o cânon do "sentido comum" das palavras é igualmente problemático, uma vez que o sentido próprio do qualificativo "comum" é frequentemente o ponto crucial da própria interpretação; o "contexto" (dentro do qual se devem ler as palavras) é frequentemente indeterminado e constitui um preceito de versões múltiplas (39). A suposta primazia de cada um dos principais cânons de interpretação é frequentemente tanto negada quanto afirmada, e o termo "interpretação" propriamente dito encerra uma multiplicidade de sentidos, e desse modo a interação das regras de construção pode bem conduzir a diferentes conclusões conforme desejado pelo intérprete (40).

7. Responsabilidade do Estado e proteção diplomática

Poucas áreas do Direito Internacional se deixaram infiltrar tanto de ficções como a da responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros e proteção diplomática. Talvez a mais celebrada de todas as ficções desse domínio seja a máxima de VATTEL frequentemente citada: "Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit pro-

(38) J. STONE, *op. cit.* supra nº 37, pp. 352-353 e nº 51. Para um exemplo de tais ambigüidades, cf., sobre a cláusula do domínio reservado, da Carta da ONU, 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, pp. 15-43; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: a Comparative Analysis". 18 *Indian Journal of International Law* (Nova Délhi, 1978), pp. 187-218.

(39) Para uma discussão desses pontos, cf. J. STONE, *op. cit.* supra nº 37, pp. 353-359.

(40) *Ibid.*, pp. 344-346. Sobre a "clarté fictive" do processo de interpretação de textos cf. CH. DE VISSCHER, *op. cit.* supra nº 30, pp. 413-414. E cf. também J. RAY, "Des Conflits entre Principes Abstraits et Stipulations Conventionnelles", 48 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1934), pp. 635-704.

téger ce citoyen" (41). A rigor não há aqui um direito de proteção, dado que a proteção é concedida pelo Estado em base inteiramente discricionária. Argumentar que a personalidade do indivíduo lesado "se trouve fusionnée dans celle de l'État par l'effet de l'intervention" (42) é certamente pura ficção.

CHARLES DE VISSCHER nutria fortes reservas a definições da proteção diplomática que tentassem descrevê-la como uma "instituição do Direito Internacional" (43); objetava ele em particular que "l'entière discretion politique laissée à l'État dans l'exercice de la protection s'accorde assez mal avec le principe que le traitement dû à l'étranger relève du Droit International" (44).

Difícilmente se pode duvidar de que a suposta regra de que um dano causado ao nacional de um Estado equivaleria a um dano causado ao próprio Estado "é uma ficção"; na prática não se têm encarado os estrangeiros como a "personificação viva de seu Estado" (45). A tese clássica da proteção diplomática baseia-se em uma "ficção", com a nacionalidade operando como um *vinculum juris* para o exercício da proteção (concedida em base discricionária), dada a estrutura descentralizada da chamada "comunidade internacional" (46). A proteção diplomática se assemelharia ou aproximaria mais realisticamente a uma modalidade, por assim dizer, de "necessidade de procedimento".

Se o Estado protetor está fazendo valer o seu próprio direito, ou o de seu nacional lesado no exterior, ou ambos — uma questão que

- (41) E. VATTEL, *Le Droit des Gens* (1758), livro II, § 71; e cf. E. VATTEL, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758) — *Classics of International Law* (trad. C. FENWICK, 1916), p. 136. Tal postulado cedo infiltrou na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional; cf. CPJI, caso das *Concessões Mavrommatis na Palestina* (Jurisdição), Série A, 1924, nº 2, p. 12. O apoio da Corte à ficção vatteliana foi logo denunciado e criticado por internacionalistas respeitáveis como BRIERLY e DE VISSCHER: J. L. BRIERLY, "Le Fondement du Caractère Obligatoire du Droit International", 23 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1928), p. 531; CHARLES DE VISSCHER, Observações in 37 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1932), pp. 494-485. E cf. também nº 45, *infra*.
- (42) C. G. TELÉKIDÉS, "L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", 14 *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1933), p. 532.
- (43) Cf. CH. DE VISSCHER, *op. cit.* supra nº 30, p. 300, nº 1.
- (44) *Ibid.*, p. 305.
- (45) CLIVE PARRY, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1956), p. 698, e cf. p. 722; para uma crítica à doutrina do "dano ao Estado *via* seu nacional", cf. S. N. GUHA ROY, "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?", 55 *American Journal of International Law* (1961), p. 878. — Para críticas ao dogma de VATTEL (supra), cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph. D. Thesis), volume I, Universidade de Cambridge, 1977, pp. 318, 334-335, 344, 410 e 414 (circul. interna).
- (46) G. BERLIA, "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", 3 *Annuaire Français de Droit International* (1957), p. 65.

tem gerado longa e considerável controvérsia acadêmica —, o fato é que o Estado patrocina a reclamação de seu nacional *nos limites em que tal reclamação existe, i. e.*, em benefício do indivíduo lesado (47). É o dano causado ao próprio indivíduo que dá início, e fornece a base, a todo o processo, e é o próprio indivíduo que tem que levar o seu caso diante dos tribunais locais e esgotar os recursos de direito interno (48) (do país de residência) antes que se torne permissível a intervenção diplomática por parte de seu próprio Estado.

A teoria da “defesa dos interesses do Estado” torna-se ainda mais claramente fictícia se se invocar, em relação ao tema em questão, a Cláusula Calvo. Esta última, não obstante ser contestada por alguns autores, teve aplicação na prática internacional, em uma ilustração clara do “caráter fictício” da concepção clássica da proteção diplomática (49). Tem-se argumentado, com relação a determinados casos de responsabilidade por violação de uma obrigação contratual, que “é ao preço de uma pura ficção, concebida sobretudo para salvaguardar o prestígio político e os demais interesses do Estado reclamante, que se pode contestar que o titular do direito violado seja o particular estrangeiro que celebrara um contrato com o Estado em que residia” (50).

É pertinente acrescentar que, no sistema ou mecanismo da Convenção do BIRD sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (1966), a concessão de acesso direto a investidores particulares perante uma jurisdição internacional (sob a Convenção) mitiga consideravelmente o exercício por seu próprio Estado da proteção diplomática; exceto pela circunstância excepcional prevista no artigo 27 (1), *in fine*, da Convenção (51), o dogma vatteliano é na Convenção realisticamente abandonado em sua virtual totalidade pelos Estados Contratantes (52).

8. Direito Aeronáutico

No domínio do Direito Aeronáutico, uma ficção notória é a atribuição de nacionalidade a aeronaves (como a navios), um artifício pelo

(47) A. MAKAROV, “Consideraciones sobre el Derecho de Protección Diplomática”, 8 *Revista Española de Derecho Internacional* (1955), p. 518; P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, 1ª ed., Genève, George & Cie., 1953, p. 311, nº 2.

(48) Sobre a aplicação desse princípio, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* nº 45, volume II, pp. 819-1.680.

(49) H. GOLSONG, “Nationalité et Protection Diplomatique — à propos de l'affaire Nottebohm”, 8 *Jahrbuch für Internationales Recht* (1959), p. 265.

(50) F. V. GARCIA AMADOR, “Le sujet passif de la responsabilité et la capacité d'être demandeur en Droit International”, 34 *Revue de Droit International des Sciences Diplomatiques et Politiques* (1956), p. 270.

(51) Cf. o texto da Convenção in 4 *International Legal Materials* (1965), pp. 532-544.

(52) Por outro lado, porque, *inter alia*, a Convenção parece conceder uma posição especial ou favorável ou privilegiada a (certos) indivíduos *qua* investidores estrangeiros, tem-se defrontado com a oposição de diversos Estados, especialmente, como é sabido, de Estados latino-americanos.

qual os Estados "assumem sobre as aeronaves o direito de proteção diplomática e o dever de responsabilidade, sem que se torne necessário explicitar esse direito e esse dever", e sem que seja necessário reafirmar a natureza desse direito e desse dever⁽⁵³⁾. Certos Estados têm ido mesmo mais além, ao recorrer à ficção da assimilação da aeronave ao território nacional (muito embora, nos dias de hoje, tal assimilação tenha sido em grande parte abandonada). Tais ficções no Direito Aero-náutico, pelas quais aeronaves são tidas como nacionais, ou, menos fre-quentemente, como partes do território nacional, podem ser artifícios convenientes para afirmar, assim como ampliar, o direito, muito em-bora dificilmente escapem a críticas⁽⁵⁴⁾.

9. Organizações internacionais

Também no campo das organizações internacionais pode-se discer-nir o uso da ficção, particularmente com relação à incorporação legis-lativa (nacional) ao direito interno (dos Estados) de recomendações de organizações internacionais. A esse respeito, observou-se em 1972-1973 que "*the practice of some countries (such as Switzerland) yields the doctrine that binding resolutions of a law-making nature have the same place and status, in the municipal legal order, as the treaty which authorizes their enactment. Here the consent of the legislature to the treaty is being interpreted intensively: it is meant also to cover the future law-making by international organs set up under the treaty. It is, no doubt, a useful legal fiction, for it facilitates the domestic appli-cation of rules made by international organizations*"⁽⁵⁵⁾.

10. Observações finais

Em seu livro *Legal Fictions*, FULLER observa que "os pressupostos fundamentais de qualquer ciência, quando examinados de perto, mos-tram-se ilusórios e frequentemente contraditórios. O advogado não con-segue formular uma distinção clara, geral, entre "direito" e "fato", em-bora essa distinção pareça fundamental à sua ciência"⁽⁵⁶⁾. No plano teórico, já se falou mesmo de *law-creating facts* (no sentido e contexto da formação de regras costumeiras e da *opinio necessitatis*), particular-mente na presença de uma certa uniformidade de conduta em cir-

(53) BIN CHENG, "Analogies and Fictions in Air and Space Law, 21 *Current Legal Problems* (1968), p. 153, e cf. pp. 147-149 e 145; "it is sufficient for an aircraft to be treated as if it were a national" (*ibid.*, p. 153).

(54) Para comentários cf. *ibid.* pp. 152-156.

(55) K. SKUBISEWSKI, "Recommendations of the United Nations and Municipal Courts", 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973), p. 356.

(56) L. L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, University Press, 1967, p. 100. Observa outro autor que "perhaps it is not by throwing out all fictive and mythological accretions that truth is best courted. The truest explanation of anything is not necessarily the one that is most efficient or that is most free from incidental error. Perhaps truth, like certain precious metals, is presented best in alloys". Ph. Wheel-wright, *Metaphor and Reality*, Bloomington, Indiana University Press, 1962 (2nd printing 1964), p. 173.

constâncias semelhantes, um comportamento razoavelmente bem estabelecido e uma tendência psicológica pronunciada de agir conforme o costume (57).

As ficções constituem apenas *um* dentre muitos artifícios legais (58). No tocante, *e.g.*, às provas no processo legal internacional, por meio de *presunções*, por exemplo, o juiz internacional “aprecia as provas que lhe são submetidas pelas partes, para os fins de fixar a situação de fato em relação à qual deverá ele em seguida determinar as consequências jurídicas” (59). Admitindo-se que a ficção consiste estruturalmente em uma *assumptio contra veritatem pro veritate* (60), parece estar implícito que possa ela servir alguns propósitos úteis distintos, tais como modificar ou expandir o direito, sanar suas deficiências, superar ou então representar conservadorismo, harmonizar o direito com as necessidades sociais, reconciliar o velho e o novo, alcançar um novo resultado legal em um sistema antigo que se procura manter (61), e assim por diante.

Tomando por exemplo a noção de *personnalité morale*, PAUL DE VISSCHER, embora expressando suas reservas sobre a teoria da ficção, admite no entanto seus “efeitos úteis” (62). A despeito de sua hesitação, chega o autor à conclusão de que “no plano jurídico, a personalidade moral é uma construção técnica que não pode ser qualificada de pura ficção pela razão de que esta construção responde a uma necessidade

-
- (57) H. KELSEN, *Pure Theory of Law* (trad. 2ª ed. alemã), Berkeley/L. A., University of California Press, 1967, pp. 9, 225 e 53. E cf.: P. VINOGRADOFF, *Custom and Right*, Oslo, H. Ascheloug & Co., 1926, pp. 27, 21 e 36; L. KOPELMANAS, “Custom as a Means of the Creation of International Law”, 18 *British Year Book of International Law* (1937), p. 129; P. VINOGRADOFF, “Some Considerations on the Methods of Ascertaining Legal Customs”, *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1928, pp. 402-409; P. GUGGENHEIM, “Les deux éléments de la coutume en Droit International”, *La technique et les Principes du Droit Public — Études en l’honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 275-284.
- (58) O. R. MITCHELL, “The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?”, 7 *Harvard Law Review* (1893), p. 261; L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 73.
- (59) J. M. GROSSEN, *Les Présomptions en Droit International Public*, Neuchâtel/Paris, Delachaux & Niestlé, 1954, p. 153; as *presunções* podem também influenciar na interpretação de tratados.
- (60) P. J. J. OLIVIER, *op. cit.* supra nº 1, pp. 59, 73, 81 e 167.
- (61) Cf. exemplos in, *e.g.*: L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 9; BIN CHEING, *op. cit.* supra nº 53, pp. 153-156; Sir HENRY MAINE, *op. cit.* supra nº 1, pp. 13-25; P. J. J. OLIVIER, *op. cit.* supra nº 1, p. 130; J. SMITH, “Surviving Fictions”, 27 *Yale Law Journal* (1917), p. 147; S. PUGLIATTI, *op. cit.* infra nº 68, pp. 672-673; J. J. A. SALMON, *op. cit.* supra nº 2, pp. 251-277.
- (62) PAUL DE VISSCHER, “La Protection Diplomatique des Personnes Morales”, 102 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1961), pp. 402-403, também para seus outros comentários sobre a teoria da ficção nesse contexto. Sobre a utilidade do “conceito da pessoa jurídica fictícia” (dos juristas romanos), cf., *e.g.*, P. P. REMEC, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, Haia, M. Nijhoff, 1966, p. 166.

natural e a uma das necessidades mais fundamentais do homem vivendo em sociedade" (63).

Tomemos outro exemplo: sem nos determos na controvérsia clássica se os indivíduos são ou não sujeitos do Direito Internacional, é aqui suficiente indicar que "the exclusiveness of a subject of any law finds its limits in the fulfilment of its usefulness"; podem-se considerar o método e os conceitos "instrumentos na técnica jurídica" visando a regulamentação do comportamento humano em esferas distintas de atividade (*e.g.*, internacional ou interna), e concepções tais como "pessoa jurídica" ou "Estado soberano" parecem ser "não fins em si mesmas, mas ficções convenientes facilitando a operação do direito no campo respectivo" (64) (*e.g.*, internacional ou interno).

A ficção de que ao assumir a proteção de seus cidadãos no plano internacional está o Estado fazendo valer "seu próprio direito", tão contundentemente criticada (*cf. supra*), tem-se no entanto mostrado como uma "ficção necessária ao desempenho do processo internacional" (65), no contexto da proteção de nacionais no exterior em base interestatal. A esses poderiam ser acrescentados outros exemplos (*supra*) ilustrativos da utilidade — senão necessidade — do uso das ficções no Direito Internacional Público.

As reações ao uso das ficções legais têm variado. Sabe-se que BENTHAM condenou-as categoricamente, e GÉNY atribuiu parte de seu uso a uma "enfermidade natural" do espírito humano (66). Por outro lado, tem-se também argumentado que a alteração fictícia da realidade "é um sinal não da fraqueza do intelecto humano, mas, sim, de sua força. Se lidássemos com a realidade como ela é, em sua forma crua, desordenada, estaríamos à sua mercê" (67). Ao invés disso, nos-

(63) P. DE VISSCHER, *op. cit.* supra nº 62, pp. 404-405, e *cf.* também pp. 410 e 453.

(64) F. E. KRENZ, "The Refugee as a Subject of International Law", 15 *International and Comparative Law Quarterly* (1966), p. 95. — A esse respeito, por exemplo, se o direito de asilo é um direito exclusivo do Estado territorial soberano ou um direito do indivíduo, o fato é que dificilmente se poderia negar que em última análise "os verdadeiros beneficiários são os próprios perseguidos"; *ibid.*, p. 91.

(65) CH. H. SCHREUER, "The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts", 24 *International and Comparative Law Quarterly* (1975), p. 165.

(66) In BIN CHENG, *op. cit.* supra nº 53, pp. 154 e 158; Sir HENRY MAINE, *op. cit.* supra nº 1, pp. 13-25.

(67) Permitimo-nos transcrever, a esse respeito, parte do inesquecível monólogo de THOMAS BECKET, pouco antes de seu martírio, na peça de T. S. ELIOT *Murder in the Cathedral*:

— "You shall forget these things, toiling in the household,
You shall remember them, droning by the fire,
When age and forgetfulness sweeten memory
Only like a dream that has often been told
And often been changed in the telling. They will seem unreal.
Human kind cannot bear very much reality".

— T. S. ELIOT, "Murder in the Cathedral", *Collected Plays*, London, Faber and Faber, 1962, p. 43.

sas mentes têm a capacidade de alterar, simplificar, reordenar a realidade" (68).

A frequência do uso de artifícios como as ficções jurídicas no Direito Internacional Público talvez não deva ser tão surpreendente quanto à primeira vista possa parecer. Nem por isso se deve ligar tal fator às características peculiares do ordenamento jurídico internacional, quais sejam, uma ordenação jurídica de coordenação, descentralizada, desprovida de um legislativo permanente e de órgãos estritamente supranacionais, voltada a relações individualistas (soberanas), e historicamente bem mais recente que os sistemas jurídicos internos. Donde a dificuldade de se aplicar ao Direito Internacional a medida do direito interno. Da mesma forma, há que se examinar com muita cautela e espírito crítico a tese do chamado "estado primitivo do Direito Internacional": se há autores respeitáveis que a defendem, como KELSEN (69), GUGGENHEIM (70) e SCHELLE (71), também há os que hoje a rejeitam, como VIRALLY (72) e AGO (73), concentrando-se nas características essenciais do ordenamento jurídico internacional; há, enfim, os que preferem limitar-se a uma discussão geral da matéria, como LAUTERPACHT (74) e WALZ (75).

-
- (68) L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 104; e cf. S. PUGLIATTI, "Finzione", *Enciclopedia del Diritto*, vol. 17, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 672-873. — Admitindo-se ou não que "no princípio era a ação" — como na exclamação ou desabafo do *Fausto* de Goethe, "In Anfang war die Tat" — pode-se, em relação ao Direito Internacional como a todos os demais ramos do direito, pertinentemente relembrar a observação de IHERING de que a história do direito bem poderia ter como divisa ao início de seu primeiro capítulo a frase, "no princípio era a Palavra..."; *cit.* in L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 11. SALMON comenta que tanto na prática como na teoria o jurista parece carregar "a tremendous burden of responsibility in using the law as a means of perpetuating domination and exploitation. His traditional pretense of being objective and apolitical is also shown to be completely lacking in substance". J. J. A. SALMON, *op. cit.* supra nº 2, p. 277.
- (69) H. KELSEN, *op. cit.* supra nº 57, p. 323.
- (70) PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, 2ª ed., Genève, George & Cie., 1967, pp. 22-23.
- (71) G. SCHELLE, "Théorie et Pratique de la Fonction Exécutive en Droit International", 55 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1936), p. 164.
- (72) M. VIRALLY, "Sur la prétendue 'primitivité' du Droit International", *Recueil des Travaux* (1969), Assemblée de la Société Suisse des Juristes, pp. 201-213.
- (73) ROBERTO AGO, *Scienza Giuridica e Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 106-108 (em relação à sua tese de um processo "espontâneo" de criação de normas de Direito Internacional).
- (74) HERSCH LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, cap. XX, pp. 399-438.
- (75) G. A. WALZ, *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*, Madrid, ed. Rev. de Derecho Privado, 1943, pp. 1 ss.