

João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior
(Orgs.)



*O Direito Internacional em
Movimento: Jurisprudência
Internacional Comentada*

*Corte Internacional de Justiça e Supremo
Tribunal Federal*



Instituto Brasiliense de Direito Civil
Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional
Brasília – Brasil
2016

João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior
(Orgs.)

O Direito Internacional em Movimento: Jurisprudência Internacional Comentada

Corte Internacional de Justiça e Supremo
Tribunal Federal

Instituto Brasiliense de Direito Civil
Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional
Brasília – Brasil
2016

Instituto Brasiliense de Direito Civil e Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional
Série *Jus Civile, Jus Gentium*
Diagramação: George Rodrigo Bandeira Galindo
Capa: Leandro Pinho Rodrigues
Arte da Capa: Roosevelt de Oliveira Lourenço (“Roos”), em *D. Quixote e S. Pança* (35x45 cm)
Revisão: Os autores

Série *Jus Civile, Jus Gentium* – Conselho Editorial
George Rodrigo Bandeira Galindo (UnB) - Presidente
Frederico Henrique Viegas de Lima (UnB)
Othon de Azevedo Lopes (UnB)
João Henrique Ribeiro Roriz (UFG)
Fabia Fernandes Carvalho Veçoso (UNIFESP)

OD64

O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal / organização João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. – 1. ed. – Brasília: IBDC, 2016.

305p.

Inclui bibliografia e sumário
ISBN 978-85-69336-02-0

1. Direito Internacional. 2. Corte Internacional de Justiça 3. Supremo Tribunal Federal 4. Jurisprudência. I. Roriz, João Henrique Ribeiro. II. Amaral Júnior, Alberto do.

CDD 340
CDU 341.6

Série *Jus Civile, Jus Gentium*, Nº 3: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal
1ª edição: setembro de 2016.

2016: Centenário da publicação de *Problemas de direito internacional*, de Rui Barbosa.

Instituto Brasiliense de Direito Civil
SBN Quadra 02 Bloco F Sala 903
Edifício Via Capital -70.041-906
Brasília – DF

Grupo de Pesquisa Crítica e Direito
Internacional
Campus Darcy Ribeiro s/n
Faculdade de Direito, UnB – 70.919-970
Brasília – DF

Aos meus pais, João e Silvia, com todo meu amor e gratidão.

João Henrique Ribeiro Roriz

*Aos meus pais que me ensinaram a superar os obstáculos
e acreditar na árvore eterna da vida.*

Alberto do Amaral Júnior

SUMÁRIO

<i>LISTA DE AUTORES</i>	8
<i>APRESENTAÇÃO</i>	
João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Junior.....	11
<i>CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA</i>	13
<i>ESTREITO DE CORFU</i> (REINO UNIDO VS. ALBÂNIA) (09 DE ABRIL DE 1949)	
Caio Gracco Pinheiro Dias.....	14
<i>REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS EM SERVIÇO DAS NAÇÕES UNIDAS</i> (11 DE ABRIL DE 1949)	
Rabah Belaidi.....	41
<i>CERTAS DESPESAS DAS NAÇÕES UNIDAS</i> (ARTIGO 17, PARÁGRAFO 2, DA CARTA) (20 DE JULHO DE 1962)	
Liliana Lyra Jubilut e Daniel de Souza Assis	56
<i>PESSOAL DIPLOMÁTICO E CONSULAR DOS ESTADOS UNIDOS EM TEERÃ</i> (ESTADOS UNIDOS VS. IRÃ) (24 DE MAIO DE 1980)	
George Rodrigo Bandeira Galindo e Loussia Penha Musse Felix	77
<i>ATIVIDADES MILITARES E PARAMILITARES NA E CONTRA A NICARÁGUA</i> (NICARÁGUA VS. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA) (26 DE NOVEMBRO DE 1984)	
Jorge Mascarenhas Lasmar.....	96
<i>MANDADO DE PRISÃO DE 11 DE ABRIL DE 2000</i> (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO VS. BÉLGICA) (14 DE FEVEREIRO DE 2002)	
Roberto Vilchez Yamato	115

PEDIDO DE REVISÃO NO CASO SOBRE O GENOCÍDIO NA BÓSNIA E HERZEGOVINA

Leonardo Nemer Caldeira Brant e Bruno de Oliveira Biazatti.....138

IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO (ALEMANHA VS. ITÁLIA; INTERVENÇÃO DA GRÉCIA) (3 DE FEVEREIRO DE 2012)

Paula Wojcikiewicz Almeida 164

QUESTÕES RELATIVAS À OBRIGAÇÃO DE PROCESSAR OU EXTRADITAR (BÉLGICA VS. SENEGAL), (20 DE JULHO DE 2012)

Guilherme Del Negro..... 184

DISPUTA TERRITORIAL E MARÍTIMA (NICARÁGUA V. COLÔMBIA), (SENTENÇA DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012)

Jorge Antonio Quindimil López 209

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 228

APELAÇÃO CÍVEL 9.696 (12 DE OUTUBRO DE 1990)

Guilherme Del Negro..... 229

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.473 (CASO “BELO MONTE”) (01 DE JULHO DE 2005)

Carina Costa de Oliveira..... 254

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 (28 E 29 DE ABRIL DE 2010)

Fabia Fernandes Carvalho Veçoso 276

AÇÃO PENAL 470 (CASO “MENSALÃO”) (17 DE DEZEMBRO DE 2012)

Valerio de Oliveira Mazzuoli 291

LISTA DE AUTORES

Bruno de Oliveira Biazatti

Pesquisador do Centro de Direito Internacional e da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Especialização em Direito Internacional pelo Instituto de Altos Estudos em Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Carina Costa de Oliveira

Professora Adjunta da Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Paris II-Panthéon Assas, França. Professora pesquisadora do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da UnB e do Grupo de Estudos de Recursos Naturais (GERN-UnB).

Daniel de Souza Assis

Mestrando em Direito Internacional na Universidade Católica de Santos (UniSantos). Professor do Centro Universitário Monte Serrat – UNIMONTE.

Caio Gracco Pinheiro Dias

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Professor doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP-USP.

Fabia Fernandes Cavalho Veçoso

Professora Adjunta de Relações Internacionais da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Pesquisadora visitante do *Laureate Program in International Law* em nível de pós-doutorado, Melbourne Law School (2016). Doutora (2012) e mestre (2006) em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

George Rodrigo Bandeira Galindo

Professor da Faculdade de Direito da UnB e Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

Guilherme Del Negro

Mestre e Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Jorge Antonio Quindimil López

Professor da Universidade da Coruña (Espanha). Doutor em Direito Internacional Público. Mestre em Estudos da União Europeia. Pesquisador principal do projeto “Convergência eficaz de organizações internacionais na América” (Ministério de Economia e Competitividade – Governo da Espanha).

Jorge Mascarenhas Lasmar

Doutor em Relações Internacionais pela London School of Economics and Political Science, LSE, Reino Unido. Chefe do Departamento de Relações Internacionais da PUC Minas. Professor de Direito Internacional das Faculdades Milton Campos. Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-MG.

Liliana Lyra Jubilut

Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em *International Legal Studies* pela New York University School of Law. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Santos. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades. Pesquisadora do ORBIS – Centro de Estudo em Direito e Relações Internacionais. *Visiting Scholar* (a título de pós-doutorado) pela Columbia Law School.

Rabah Belaidi

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Panthéon-Assas (Paris 2).

Leonardo Nemer Caldeira Brant

Doutor em Direito Internacional pela Université Paris X. Tese laureada com o Prix du Ministère de la Recherche. Professor de direito internacional da Faculdade de Direito da UFMG e da PUC-Minas. Ex Jurista Adjunto da Corte Internacional de Justiça da Haia. Professor convidado do Institut des Hautes Études Internationales de la Université Panthéon-Assas Paris e da Université Caen Basse-Normandie, França. Visiting Fellow do Lauterpacht Centre of International Law, Cambridge University, Diretor Presidente do Centro de Direito Internacional – CEDIN e do Anuário Brasileiro de Direito Internacional.

Loussia Penha Musse Felix

Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Doutora em Educação pela UFSCAR. Professora da Faculdade de Direito da UnB

Paula Wojcikiewicz Almeida

Doutora em Direito Internacional e Europeu pela Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne e doutora em Direito Internacional e Integração Econômica pela UERJ (cotutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI. Professora adjunta de Direito Internacional da FGV Direito Rio e pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio. Coordenadora do Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, financiado pela Comissão Europeia na FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Pesquisadora bolsista do Centro de Estudos e de Pesquisas em Direito e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional da Haia, 2010. Autora, dentre outros, do livro WOJCIKIEWICZ ALMEIDA (P.), *La difficile incorporation et mise en oeuvre des normes du Mercosur : aspects généraux et exemple du Brésil*, Éd. LGDJ, Paris, 2013, 451 p.

Roberto Vilchez Yamato

Professor Assistente do Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (IRI/PUC-Rio). Doutor em Relações Internacionais pelo IRI/PUC-Rio (2011), com Doutorado-Sanduiche (2009/2010) realizado na *University of Victoria* (UVic), Canadá. Doutorando em Direito, *Birkbeck, University of London* (desde 2012). Mestre em Ciências Sociais: Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2004). Mestre em Direitos Humanos pela *London School of Economics and Political Science* - LSE (2004) - mestrado este revalidado pela Universidade de São Paulo - USP (2010). Bacharel em Relações Internacionais (1999) e em Direito (2001) pela PUC-SP. *Visiting Scholar* no *Watson Institute for International Studies, Brown University*, EUA (2009).

Valeio de Oliveira Mazzuoli

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNESP, *campus* de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).

APRESENTAÇÃO

Os três volumes que compõem essa série são o resultado de um esforço coletivo em analisar criticamente o direito internacional a partir de casos concretos julgados pelos principais tribunais internacionais e regionais. Diversos autores do Brasil e de outros países se empenharam em analisar o direito internacional em aplicação, como ele ganha significado em disputas e questões específicas e como ele pode ser estudado com maior proximidade por aqueles que se preocupam com sua eficácia, suas lacunas, seus resultados – enfim, com seu funcionamento e sua operacionalização.

O estudo do direito internacional pelo viés de sua jurisprudência infelizmente ainda é escasso no Brasil. Todavia, se o discurso que o constitui só faz sentido a partir de tensões, é nas situações concretas que a disciplina/profissão se revelam. Estudar a política e o direito no plano internacional pelas demandas específicas tratadas em tribunais é fazê-lo desde um lugar privilegiado, onde o direito deixa as páginas de livros e encontra disputas palpáveis, onde ele ganha nomes de países e de indivíduos, e onde doutrinas e posições teóricas são confirmadas ou refutadas por juízes. Além do mais, estudar o direito internacional a partir de julgados pode ser muito mais intelectual e academicamente estimulante, principalmente para aqueles que se iniciam nessa área.

Dessa forma, nossa intenção em propor estes três volumes foi apresentar ao leitor brasileiro o direito internacional por uma perspectiva diferente da usual, mas que se mostra muito instigante e que tem o potencial para despertar maior interesse pela área. Dentre os vários temas que são tratados neste livro estão: uso da força, imunidades, reparação de danos, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, disputas territoriais e marítimas, integração regional, comércio internacional, proteção internacional dos direitos humanos, meio ambiente, dentre outros. São analisados casos dos seguintes tribunais: Corte Internacional de Justiça; Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Corte Europeia de Direitos Humanos; Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia; Tribunal Penal Internacional; Supremo Tribunal Federal; Solução de Controvérsias do Mercosul; e Tribunal Internacional para o Direito do Mar. Antes dos capítulos que

discutem a jurisprudência de um tribunal específico, são apresentadas pequenas introduções a essas instituições.

Este livro não seria possível sem as contribuições que o compõem. Gostaríamos de agradecer a participação das autoras e dos autores que trabalharam com afincos e que tiveram paciência na sua elaboração. Agradecemos também o Instituto Brasiliense de Direito Civil e o Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional na pessoa de George R. B. Galindo, que tornou essa publicação possível.

João Henrique Ribeiro Roriz

Faculdade de Ciências Sociais
Universidade Federal de Goiás

Alberto do Amaral Junior

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

ESTREITO DE CORFU (REINO UNIDO VS. ALBÂNIA) (09 DE ABRIL DE 1949)

Caio Gracco Pinheiro Dias

1. Introdução

O caso do Estreito de Corfu (Reino Unido vs. Albânia) (doravante, “caso *Corfu*”) foi o primeiro a ser protocolado na então recém-instalada Corte Internacional de Justiça (CIJ),¹ que com as três decisões que proferiu no caso,² estabeleceu as bases de muitos temas centrais do direito internacional.³ Sua importância pode ser medida pelo número de citações que dele se encontram em decisões judiciais, tanto internacionais quanto nacionais,⁴ e nas obras dos

¹ A CIJ realizou sua primeira sessão pública em Abril de 1946, após a eleição de seus membros, em 06/02/1946, durante a primeira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas; o Reino Unido protocolou o pedido de abertura de procedimento contra a Albânia em virtude dos eventos ocorridos no Canal Norte de Corfu no dia 22/05/1947. Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *History*, disponível em: <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1>>, acesso em: 7 Nov. 2013. Em 12/12/1947 a Corte receberia seu primeiro pedido de parecer consultivo, sobre as condições para a admissão de um Estado como membro das Nações Unidas. O julgamento sobre a exceção preliminar oposta pela Albânia no caso Corfu foi o primeiro proferido pela Corte, tendo sido lido publicamente em 25/03/1948, cerca de dois meses antes do mencionado parecer consultivo, datado de 28/05/1948.

² A primeira decisão versou sobre a exceção preliminar oposta pela Albânia contra a instituição do processo por iniciativa unilateral do Reino Unido: *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, Preliminary Objection, *I.C.J. Reports*, p. 15, 1948. (doravante referida como “Corfu, Jurisdição”). A segunda julgou o mérito do pedido britânico e da reconvenção albanesa: *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Merits, *I.C.J. Reports*, p. 4, 1949. (doravante referida como “Corfu, Mérito”) A terceira, de cujo processo a Albânia se recusou a participar, deliberou o *quantum* devido ao Reino Unido a título de indenização dos danos causados aos navios britânicos: *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, Assessment of the Ammount of Compensation Due from the People’s Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *I.C.J. Reports*, p. 244, 1949. (doravante referida como “Corfu, Indenização”).

³ WAIBEL, Michael, *Corfu Channel Case*, in: WOLFRUM, Rüdiger (Org.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, para. 1.

⁴ Em uma consulta à base de dados *Oxford Reports on International Law* (acesso em 07.11.2013), a pesquisa pela expressão “*Corfu Channel Case*” retorna 105 resultados, sendo 99 decisões de cortes e

doutrinadores mais célebres.⁵ Essa importância é compreensível, visto que a Corte teve de lidar com diversas questões eram então inéditas na jurisprudência internacional: a possibilidade de o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas tornar obrigatória a jurisdição da CIJ; os meios e critérios de avaliação de provas em processos perante a Corte; a legalidade do uso da força em legítima defesa e da intervenção nos termos da Carta das Nações Unidas (doravante, “a Carta”); o direito de passagem inocente e sua aplicação a estreitos. E, de forma diversa do que houve com outros julgados, tão célebres quanto polêmicos, como foi o do caso *Lotus*,⁶ o tratamento dado pela CIJ ao caso *Corfu* teve grande influência na definição de princípios gerais do direito internacional, nos processos de codificação – *em particular no direito do mar* – e na prática dos Estados.⁷

tribunais internacionais e 6 de tribunais nacionais, sendo de se ressaltar a ainda pequena abrangência dessa importante base de dados em relação a decisões judiciais nacionais.

⁵ Cito, por todos, dois exemplos mais sugestivos. Na 5ª edição do *Principles of International Law*, de Ian Brownlie, há 36 referências diretas ao Caso do Estreito de Corfu, o que faz deste o terceiro mais referenciado pelo autor inglês, atrás apenas dos casos *Nottebohm*, com 45 menções diretas, e *Barcelona Traction*, com 39. Cf. BROWNLIE, Ian, *Principles of International Law*, 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. O mesmo se repete na 8ª edição do *Droit International Public* de Patrick Dailler, Mathias Forteau e Alain Pellet, em que Corfu é referenciado 21 vezes, sendo o quarto caso mais citado, atrás dos casos *Nicarágua*, com 43 menções, e *Barcelona Traction*, com 25, e do parecer consultivo sobre a Construção de um Muro nos Territórios Ocupados na Palestina, também citado 25 vezes. Cf. DAILLER, Patrick *et al*, *Droit International Public*, 8. ed. Paris: LGDJ, 2009.

⁶ S.S. “*Lotus*” (Turquia v. França). J. 07.09.1929. P.C.I.J., Ser. A, No. 10 (1927).

⁷ WAIBEL, *Corfu Channel Case*, para. 30. A comparação com o *Lotus* é particularmente ilustrativa: enquanto os princípios delineados pela CIJ em *Corfu* para a caracterização da passagem inocente e os critérios que adotou para identificar *estreitos internacionais* foram consagrados nas Convenções sobre Direito do Mar de Genebra (1958) e de Montego Bay (CNUDM - 1982), a regra delimitadora da jurisdição penal e disciplinar referente a abaloamentos ocorridos em alto-mar insculpida na Convenção sobre o Alto-Mar de Genebra – art. 11, §1 – e na Convenção de Montego Bay – art. 97, §1 – é diametralmente oposta àquela adotada pela Corte Permanente de Justiça Internacional para afirmar a legalidade da instauração, pela Turquia, de processo penal contra o oficial francês responsável pelo naufrágio do navio turco *Boz Kourt*. Mais do que isso, mesmo o chamado *princípio Lotus*, a célebre alegação da CPJI segundo a qual não se podem presumir limitações à liberdade de agir dos Estados no plano internacional, apesar de frequentemente invocado, não parece ter encontrado acolhida na jurisprudência da CIJ. Cf. HANDEYSIDE, Hugh, *The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: was the ship ever afloat?*, *Michigan Journal of International Law*, v. 1, p. 71–94, 2007, p. 93–94.

É essa decisão central na jurisprudência internacional do pós-Guerra que analiso neste texto. Começo por uma narração dos fatos que levaram à instauração do processo perante a CIJ, para depois analisar, a partir de uma recapitulação da linha argumentativa seguida pela Corte, as principais questões de direito internacional versadas nas três decisões por ela proferidas; não pretendo aqui fazer uma paráfrase da decisão, mas analisar os principais problemas jurídicos enfrentados pela Corte, a razão de sua discussão no caso e a solução que a eles foi dada.⁸ Assim sendo, seguindo a ordem em que as questões foram tratadas nos sucessivos julgamentos, analisarei como a Corte: a) determinou se a Albânia estava ou não obrigada a se submeter à jurisdição da CIJ; b) fundamentou a responsabilidade da Albânia pelas explosões de 22 de outubro de 1946; c) delineou o instituto da passagem inocente e definiu o conceito de estreito internacional; e d) determinou a ilicitude da intervenção perante o direito internacional.

2. Histórico do caso

Os estreitos de Corfu situam-se nos extremos do canal formado entre a ilha grega de Corfu⁹ e a costa albanesa, ao norte, e a costa grega, ao sul. Por eles passam diversas rotas de navegação entre os Mares Adriático e Jônio, além de tráfego destinado ao, e oriundo do, porto de Corfu, situado na ilha aproximadamente na metade do canal. No seu ponto mais estreito, ao norte, local onde se deram os fatos analisados pela CIJ, o Canal de Corfu tem pouco menos de 2 km de largura, o que

⁸ Esta análise, até pelos limites deste texto, não pode ser mais que indicativa dos grandes temas versados nas decisões da Corte no caso do Estreito de Corfu. Para uma visão abrangente, profunda e crítica desses temas, cf. a excelente coletânea organizada em 2012 por Karine Bannelier, Theodore Christakis e Sarah Heathcote, *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel Case*, New York: Routledge, 2012.

⁹ A ilha de Corfu é bastante famosa na história antiga. Na mitologia, ela corresponderia à terra dos Feácios, onde Odisseus teria aportado após deixar seu cativo de sete anos como amante da ninfa Calipso. Identificada por seu nome grego, Córçira (Κέρκυρα), tem papel decisivo na eclosão da Guerra do Peloponeso, quando, em seu conflito com Corinto, aliada de Esparta, consegue o apoio de Atenas, temerosa de ver a poderosa frota de cento e vinte trirremes corcíreus caírem sob domínio da Liga do Peloponeso. Cf. TUCÍDITES, *História da Guerra do Peloponeso*, 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2001, p. 16–33.

significa que suas águas pertencem ou ao mar territorial da Albânia ou ao da Grécia.¹⁰

Em 1944, a Albânia emergia da ocupação nazista como um país cindido entre as duas facções em que se dividiu a resistência à ocupação.¹¹ As eleições de dezembro de 1945 levaram ao poder o partido comunista liderado por Enver Hoxha e esfriaram as relações com as potências ocidentais.¹² As relações com a Grécia, devido a uma disputa territorial referente a parte da margem oriental do Canal de Corfu, eram ainda piores, havendo mesmo à época, ao menos para o governo grego, um estado de guerra entre os dois países.¹³ Essa tensão se agravou, especialmente em relação ao Reino Unido, cujos navios utilizavam o porto de Corfu como base na região, em 15 de maio de 1946, quando os cruzadores *Orion* e *Superb* atravessaram o Estreito de Corfu vindos do norte e foram alvo de cerca de vinte disparos vindos de uma bateria instalada na baía de Sarandë, na costa albanesa; nenhum dos disparos atingiu as embarcações, que não retornaram fogo e seguiram viagem até o porto de Corfu.

A esse episódio seguiu-se uma intensa troca de notas diplomáticas entre os governos do Reino Unido e da Albânia. Ao protesto britânico, alegando que o direito internacional reconhece o direito de passagem inocente por estreitos, a Albânia retrucou afirmando que nenhum navio estrangeiro, mercante ou militar, tinha direito de cruzar seu mar territorial sem prévia notificação e autorização das autoridades daquele país. Essa correspondência culmina na nota do Reino Unido de 02 de agosto de 1946, na qual reafirma o direito de passagem inocente de navios de guerra por estreitos que façam parte de rotas de tráfego marítimo internacional entre duas partes de alto-mar e alerta o governo albanês que, no futuro, se navios britânicos fossem novamente alvos de disparos no Estreito de Corfu, eles revidariam.

Em 10 de agosto de 1946, o Comandante-em-chefe da Marinha britânica no Mediterrâneo recebeu do Almirantado ordens de usar o estreito norte apenas

¹⁰ CONSTANTINIDES, Aristoteles, *The Corfu Channel case in perspective: The factual and political background*, in: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 41.

¹¹ Corfu, Mérito, p. 78 (Azevedo, vencido)

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 29. Para uma visão das relações políticas dos envolvidos no caso, cf. CONSTANTINIDES, *The Corfu Channel case in perspective: The factual and political background*, p. 42-43.

quando essencial e com as armas em posição de paz, bem como de revidar contra disparos vindos da costa albanesa. Em 21 de setembro, um telegrama do Almirantado ao Comandante-em-chefe inquiria se algum navio sob o comando deste teria cruzado o estreito norte de Corfu desde agosto, tendo em vista que, para decidir sobre o reestabelecimento de relações diplomáticas com a Albânia,¹⁴ o governo de Sua Majestade precisaria saber se o governo daquele país havia “aprendido a se comportar” (“*learnt to behave themselves*”).¹⁵ Em resposta, o Comandante-em-chefe respondeu que planejava enviar os cruzadores *Mauritius* e *Leander* pelo estreito em 22 de outubro.¹⁶

No dia 22 de dezembro, os dois cruzadores, acompanhados pelos destróieres *Saumarez* e *Volage*, zarparam do porto de Corfu e tomaram o rumo do Estreito Norte de Corfu. Nos termos da ordem do Almirantado de 10 de agosto, os navios estavam em linha, com as armas em posição de paz (“*fore and aft position*”), mas com a tripulação de prontidão para revidar qualquer disparo vindo da costa

¹⁴ O Reino Unido reconheceu o novo governo da Albânia em 10/11/1945, mas retirou todo seu pessoal diplomático daquele país em abril de 1946, devido às crescentes tensões decorrentes, entre outras razões, de seu apoio ao governo de extrema-direita da Grécia na luta contra rebeldes comunistas apoiados pela Iugoslávia, Bulgária e Albânia. Cf. CONSTANTINIDES, *The Corfu Channel case in perspective: The factual and political background*, p. 43.

¹⁵ Corfu, Mérito, p. 28

¹⁶ *Ibid.* Hoje sabe-se que essa comunicação foi, ao menos em parte, uma farsa. Durante o processo na CIJ, um documento – *o relatório do comandante do Volage* – fazia referência a um documento intitulado XCU que o governo do Reino Unido decidiu não apresentar à Corte quando requisitado, alegando segredo naval. Esse documento foi liberado ao público em janeiro de 2000 e mostra que a travessia do estreito em 22.10.1946 não tinha outro objetivo que não testar a reação da Albânia à passagem, bem como que o esquadrão encarregado do exercício (donde XCU, de *Exercise Corfu*) não era composto apenas pelos quatro navios mencionados no caso, mas também pelo porta-aviões *Ocean* e pelo destróier *Raider*, além de uma escolta aérea. Como não podia deixar de ser, o governo britânico temia que, caso a real natureza do exercício fosse revelada à Corte, esta poderia não considerar inocente a passagem do dia 22.10, colocando em risco a posição britânica no processo; por outro lado, não apresentar o documento poderia sugerir à Corte que o Reino Unido estaria escondendo algo – *como realmente* estava – e levar também a um julgamento desfavorável. A decisão final, de sonegar o documento, foi tomada pelo Primeiro-Ministro Clement Attlee após acalorado debate entre o Almirantado, a Chancelaria e o *Counsel*, e acabou se revelando inócua, porque a Corte entendeu que mesmo que a passagem se destinasse a testar a reação albanesa, esta conservaria seu caráter *inocente*. Para uma análise da ordem XCU e uma reconstituição crítica dos debates travados entre as autoridades britânicas sobre a questão de sua apresentação à Corte ou não, cf. CARTY, Anthony, *The Corfu Channel Case - and the Missing Admiralty Orders*, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 3, n. 1, p. 1–35, 2004.

albanesa.¹⁷ Por volta de 14 horas e 53 minutos, o *Saumarez* colidiu com uma mina submersa e foi severamente danificado. O *Volage* recebeu ordem de ajudar e rebocar o *Saumarez* de volta a Corfu; às 16 horas e 16 minutos, enquanto rebocava o *Saumarez*, o *Volage* também colidiu com uma mina, sofrendo grandes danos,¹⁸ mas conseguiu retornar com o *Saumarez* a Corfu. Nos dois navios, 44 tripulantes morreram e outros 42 ficaram feridos. O *Volage* pode ser reparado e retornou ao serviço ativo, mas os danos causados ao *Saumarez* o deixaram além de qualquer possibilidade de reparo.

A área onde as explosões ocorreram havia sido declarada livre de minas depois de três varreduras executadas no Canal de Corfu, em outubro de 1944 e em janeiro e fevereiro de 1945. Por isso, imediatamente após as explosões, o governo britânico comunicou à Albânia sua intenção de realizar uma nova varredura no local; esta, em 31 de outubro, respondeu afirmando que se opunha a tal operação a menos que ela ocorresse fora de suas águas territoriais. Em 01 de novembro, o Painel Internacional de Remoção de Minas, organização criada pelos Estados europeus ao final da Segunda Guerra para garantir a liberação das rotas marítimas do perigo de minas submersas, aprovou uma resolução determinando, condicionada ao consentimento albanês, a realização de uma nova varredura no Canal. Em 10 de novembro, o Reino Unido comunica a Albânia que a varredura ocorreria em dois dias e esta, no dia seguinte, protesta contra a decisão unilateral britânica e, embora declare considerar conveniente a execução da varredura pela Marinha Real, afirma entender que antes dever-se-ia decidir a questão de qual parte do mar deve ser considerada como constituindo esse canal,¹⁹ e que, portanto, qualquer varredura realizada sem o seu consentimento e fora da área específica do canal seria uma violação deliberada de seu território e de sua soberania.

Não obstante a oposição albanesa, em 12 e 13 de novembro, o Reino Unido executou a chamada “Operação Retail”, na qual um esquadrão composto de 23

¹⁷ Corfu, Merito, p. 31.

¹⁸ WYNN, Philip E., Corfu Channel Incident, *in*: COOK, Bernard A. (Org.), *Europe Since 1945: An Encyclopedia*, New York: Garland, 2001, p. 224.

¹⁹ É de se notar que a palavra inglesa “*channel*” pode ser usada para denotar tanto o acidente geográfico, quanto a parte navegável de um caminho marítimo. É nesse segundo sentido que a manifestação albanesa deve ser entendida.

embarcações, incluindo um porta-aviões e cruzadores,²⁰ realizou uma varredura no canal e recuperou 22 minas submersas do tipo GY alemão.

No dia 09 de dezembro, por nota diplomática, o Reino Unido acusou formalmente a Albânia pelas explosões de 22 de outubro, exigindo a compensação dos prejuízos e um pedido de desculpas; afirmava, também, que levaria a questão ao Conselho de Segurança caso não obtivesse uma resposta satisfatória em catorze dias. A resposta albanesa de 21 de dezembro lamentava as explosões, mas negava responsabilidade pelos fatos, que atribuía a alguém que desejava impedir o reestabelecimento de relações amistosas entre os dois países.²¹ Diante dessa resposta negativa, o Reino Unido, em 10 de janeiro de 1947, levou a questão ao conhecimento do Conselho de Segurança nos termos do art. 35(1) da Carta; como a Albânia não era, à época, membro da ONU, conforme o art. 32 da Carta, o Conselho a convidou a tomar parte nas deliberações sobre a alegação britânica, que foram objeto de dez sessões entre 20 de janeiro e 09 de abril de 1947²² e resultaram na aprovação, por oito votos a favor e duas abstenções,²³ da resolução 22, de 09 de abril de 1947, que recomendava às partes submeter imediatamente a disputa à CIJ. Ato contínuo, em 22 de maio, o embaixador do Reino Unido na Haia protocolou o pedido de instauração de processo contra a Albânia junto ao Escrivão da Corte.

Intimada por telegrama e carta datados de 22 de maio, a Albânia respondeu, em carta datada de 02 de julho, afirmando que a res. 22 do Conselho de Segurança, ao determinar que ambas as partes deveriam submeter a questão à Corte, teria implicado que a instauração do processo deveria se dar por via de um Acordo Especial e não por via unilateral, como feito pelo Reino Unido; não obstante, conquanto colocasse em questão a interpretação dada pelo Reino Unido ao art. 25 da Carta e à res. 22 do Conselho, e fazendo a ressalva expressa de que a aceitação da jurisdição da CIJ para o caso não deveria constituir precedente para casos futuros, a Albânia indica como Agente seu ministro plenipotenciário em Paris. Entendendo essa carta como aceitação da jurisdição da Corte, o Presidente da CIJ, em 31 de julho de 1947, estabelece os prazos para apresentação de memoriais.

²⁰ CONSTANTINIDES, The Corfu Channel case in perspective: The factual and political background, p. 47.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, p. 48.

²³ União Soviética e Polônia se abstiveram. O Reino Unido, sendo parte da controvérsia, não participou da votação, nos termos do art. 27(3) da Carta.

Porém, na véspera do término do prazo para a apresentação dos memoriais, a Albânia protocola uma Exceção Preliminar, alegando que os arts. 36(1) e 40 do Estatuto da Corte condicionariam a provocação da Corte à conclusão de um Acordo Especial, sendo portanto inadmissível, por ter sido unilateral, a requisição do Reino Unido; requereu ainda, que a Corte declarasse que a res. 22 do Conselho de Segurança somente a obrigava a submeter a disputa à Corte nos termos do art. 36 do Estatuto, isto é, por meio de um Acordo Especial. Com isso, a Corte foi instada a esclarecer as condições nas quais uma ação pode ser iniciada nos termos de seu Estatuto e a possibilidade de o Conselho impor às partes de uma disputa a aceitação da jurisdição da Corte.

3. *A jurisdição da Corte e o Conselho de Segurança*

A Exceção Preliminar apresentada pela Albânia foi julgada em 25 de março de 1948, na primeira decisão proferida pela Corte desde sua instalação. A Corte rejeitou por unanimidade de seus juízes permanentes, contra o voto discordante do juiz *ad hoc*, a alegação albanesa de que os arts. 36 (1) e 40(1) do Estatuto somente permitiriam a provocação da Corte por meio de requisição unilateral nos casos de jurisdição obrigatória, fora dos quais a Corte somente poderia julgar casos a ela trazidos por meio de acordo especial. Para os juízes, o art. 32(2) das Regras da Corte, ao estabelecer que a requisição unilateral de instauração de processo deverá conter, *quando possível*, a indicação do fundamento da jurisdição, implica ser possível um Estado levar unilateralmente um caso à apreciação da Corte mesmo fora das hipóteses de jurisdição obrigatória, já que, nesses casos, não será possível indicar o fundamento da jurisdição da CIJ, que só surgirá se o Estado reclamado consentir com o julgamento. Mais: essa aceitação não está sujeita, nos termos do Estatuto e das Regras, a qualquer formalidade específica, bastando um ato pelo qual o Estado manifeste inequivocamente sua aceitação da jurisdição da Corte. No caso, a carta albanesa de 02 de julho de 1947 não deixa dúvidas que houve aceitação²⁴ e, assim, independentemente de se considerar obrigatória a jurisdição quando o Conselho de Segurança, nos termos do art. 36(3) da Carta, recomendar às

²⁴ “*Profoundly convinced of the justice of its case, resolved to neglect no opportunity of giving evidence of its devotion to the principles of friendly collaboration between nations and of the pacific settlement of disputes, [Albania] is prepared, notwithstanding this irregularity in the action taken by the Government of the United Kingdom, to appear before the Court.*”. *Apud.* Corfu, Jurisdição, p. 19. (grifei)

partes de uma disputa que a submetam à CIJ, o determinante é que a Albânia aceitou expressamente que o caso fosse julgado pela Corte e não poderia, depois, retroceder nesse consentimento e excepcionar a jurisdição da Corte. E, justamente por considerar suficiente para fundar sua jurisdição a carta albanesa de 02 de julho de 1947, a Corte entendeu não precisar examinar a alegação britânica de que haveria jurisdição obrigatória nas hipóteses de recomendação do Conselho de Segurança de submissão de uma controvérsia à apreciação da CIJ.²⁵

Esse ponto e todas as implicações dele decorrentes,²⁶ todavia, acabaram não sendo objeto de ulterior elaboração ou aplicação, já que o incidente de Corfu foi o único até hoje no qual o Conselho de Segurança recomendou às partes que submetessem a controvérsia à CIJ.²⁷ Não obstante, a consolidação e a ampliação, em comparação com a prática da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), da abrangência do *forum prorogatum*, i.e., a aceitação de jurisdição que sana qualquer imperfeição que pudesse existir a esse respeito,²⁸ como uma das hipóteses nas quais a Corte estará autorizada a julgar uma demanda, algo que não está explícito nem na Carta, nem no Estatuto, foi uma das grandes inovações trazidas pelo caso do Estreito de Corfu.²⁹

No caso, derrotada na preliminar, a Albânia não tinha alternativa a não ser a celebração de um *compromis* para questionar a licitude das ações do Reino Unido em pé de igualdade; por isso, no mesmo dia em que foi prolatada a decisão sobre a Exceção Preliminar, as partes apresentaram um Acordo Especial delimitando a controvérsia e formulando as duas questões que a Corte deveria responder, a primeira exprimindo o ponto de vista do Reino Unido e a segunda, o da Albânia:

²⁵ Corfu, Jurisdição, p. 26.

²⁶ Para uma análise mais aprofundada das implicações do Caso Corfu para a relação entre a CIJ e o CSONU, cf. DISTEFANO, Giovanni; HENRY, Etienne, *The International Court of Justice and the Security Council: disentangling Themis from Ares*, in: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 60–83.

²⁷ *Ibid.*, p. 60

²⁸ BURMESTER, Henry, *The Basis of the Court's jurisdiction and the scope and usefulness of forum prorogatum*, in: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 87.

²⁹ *Ibid.*

(1) É a Albânia responsável segundo o direito internacional pelas explosões que ocorreram em 22 de outubro de 1946 em águas albanesas e pelos danos e mortes que delas resultaram e há algum dever de pagar compensação?

*(2) Nos termos do direito internacional, o Reino Unido violou a soberania da República Popular da Albânia em razão das ações da Marinha Real em águas albanesas em 22 de outubro e em 12 e 13 de novembro de 1946 e existe algum dever de dar satisfação?*³⁰

4. O fundamento da responsabilidade albanesa

Superada a Exceção Preliminar, seguiu-se o rito ordinário do processo perante a CIJ, com a apresentação de memoriais escritos pelas partes, ao que se seguiu a fase de audiências, durante a qual, além das sustentações orais dos representantes dos litigantes, foram ouvidas diversas testemunhas dos fatos. Além disso, como alguns fatos foram contestados durante os debates, a Corte decidiu nomear uma comissão de peritos para analisar, inclusive *in loco*, a possibilidade de se observar, a partir da costa da Albânia, uma operação de colocação de minas no Canal. Entregue o laudo dos peritos, a Corte se reuniu para redigir a decisão, que foi prolatada em 09 de abril de 1949.

No que se refere à primeira questão do *compromis*, a Corte primeiro entendeu comprovado que as explosões que atingiram o *Saumarez* e o *Volage* ocorreram no mar territorial albanês e foram causadas por minas ancoradas, parte de um campo minado instalado recentemente num canal previamente submetido a duas varreduras de minas. Em seguida, analisou as três linhas de argumentação aduzidas pelo Reino Unido para fundar a responsabilidade albanesa: 1) a Albânia instalou as minas; 2) o campo minado foi instalado por navios iugoslavos com a conivência da Albânia, que teria ou solicitado a instalação ou com ela aquiescido e; 3) quem quer que tenha instalado as minas, não poderia tê-lo feito sem que as autoridades albanesas ficassem sabendo do fato.

³⁰ Corfu, Mérito, p. 6. No original: “(1) Is Albania responsible under international law for the explosions which occurred on the 22nd October 1946 in Albanian waters and for the damage and loss of human life which resulted from them and is there any duty to pay compensation ? (2) Has the United Kingdom under international law violated the sovereignty of the Albanian People's Republic by reason of the acts of the Royal Navy in Albanian waters on the 22nd October and on the 12th and 13th November 1946 and is there any duty to give satisfaction ?”

A primeira alegação nem é examinada pela Corte, visto que o Reino Unido, embora nunca a tenha abandonado, não apresentou provas que a confirmassem.³¹ Já em relação à segunda alegação, os juízes entenderam que a prova de que a Iugoslávia teria instalado as minas a pedido ou com ajuda da Albânia – *o depoimento de um oficial da Marinha Iugoslavo que havia desertado* – não era conclusiva, não atendendo às exigências de certeza para uma atribuição de responsabilidade da Albânia, ainda mais em se tratando de acusação tão grave.³² Com isso, a Corte conclui não ser possível, a partir das evidências, determinar quem instalou o campo minado; não obstante, como o que se pediu à Corte foi a determinação da responsabilidade da Albânia pelas *explosões*, e não pela instalação das minas, impunha-se o exame da terceira alegação.

De saída, a Corte rejeita a ideia de a mera localização das minas no território albanês implicasse necessariamente que o governo daquele País soubesse de sua existência; o controle exercido pelo Estado sobre suas águas e seu território não implica automaticamente em responsabilidade pelos atos ilícitos lá praticados por terceiros e nem inverte o ônus de prova.³³ Porém, para os juízes, esse mesmo controle determina, pela dificuldade de obtenção de provas por parte do Estado vítima, uma maior liberalidade na admissão de provas circunstanciais e inferências.³⁴ Assim, embora ausente uma prova cabal de que a Albânia tinha conhecimento da existência de um campo minado na área do canal sob sua jurisdição, a Corte entendeu esse fato satisfatoriamente provado em virtude de

³¹ *Ibid.*, p. 16

³² “Without deciding as to the personal sincerity of the witness Kovacic, or the truth of what he said, the Court finds that the facts stated by the witness from his personal knowledge are *not sufficient to prove* what the United Kingdom Government considered them to prove. His allegations that he saw mines being loaded upon two Yugoslav minesweepers at Sibenik and that these two vessels departed from Sibenik about October 18th and returned a few days after the occurrence of the explosions *do not suffice to constitute decisive legal proof* that the mines were laid by these two vessels in Albanian waters off Saranda. The statements attributed by the witness Kovacic to third parties, of which the Court has received no personal and direct confirmation, can be regarded only as *allegations falling short of conclusive evidence*. A charge of such exceptional gravity against a State would require *a degree of certainty that has not been reached here.*” (*Ibid.* – grifei)

³³ *Ibid.*, p. 18.

³⁴ Para uma análise da prática da CIJ no que toca aos padrões de prova, cf. DEL MAR, Katherine, *The International Court of Justice and standards of proof*, in: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 98–123.

duas séries de fatos que se corroboram mutuamente: 1) a atitude da Albânia antes – *a vigilância zelosa que mantinha sobre o Estreito, ao menos após maio de 1946* – e depois das explosões – *a completa ausência de protesto contra a instalação de minas em seu território, como seria de se esperar de um Estado que tivesse sofrido tão grave violação de sua soberania*; 2) a possibilidade de se observar da costa albanesa a colocação de minas no canal, atestada pelos peritos.³⁵

Do conhecimento da existência do campo minado decorrem duas obrigações: uma, geral, de notificar a existência do campo a todos os Estados e outra, específica ao episódio de 22 de outubro de 1946, de alertar os navios britânicos que navegavam pelo canal em direção a um grave e ignorado perigo, nenhuma das quais foi cumprida pela Albânia, donde o reconhecimento de sua responsabilidade pelas explosões e pelo dano delas decorrente.³⁶ A Corte funda esses deveres em três “*princípios gerais e bem reconhecidos*” (“*general and well recognized principles*”): a) considerações elementares de humanidade; b) o princípio da liberdade de comunicação marítima e; c) a obrigação que todos os Estado têm de não permitir conscientemente que atos contrários aos direitos de outros Estados sejam praticados em seu território.³⁷ Essa passagem, uma das razões da celebridade do julgado na doutrina e jurisprudência internacionais, merece dois comentários.

O primeiro é referente à ligeireza com que foi discutida pelos juízes da CIJ a questão das fontes normativas das quais extraíram as normas que, aplicadas ao caso, resultaram na verificação de responsabilidade da Albânia. Em seu Memorial, o Reino Unido havia fundado as obrigações de notificar e de alertar na Convenção VIII da Haia, de 1907, alegando, diante do fato de que a Albânia não era parte da Convenção, que ela apenas exprimia o direito internacional já existente, o que seria confirmado pela prática dos Estados, algo que a própria Albânia, em seu

³⁵ Corfu, Mérito, p. 18-22.

³⁶ A Corte não considerou a violação do dever de notificar, tendo em vista que, sendo impossível determinar a data de instalação das minas e que esse fato podia ter se dado até na véspera das explosões, podia não ter havido tempo suficiente para emitir a notificação geral da existência das minas. Por outro lado, dado que entre o momento em que os navios britânicos foram avistados por um dos postos de observação albaneses e a primeira explosão decorreram quase duas horas, haveria tempo suficiente para que as autoridades albanesas alertassem os navios do perigo para o qual se dirigiam e, por não tê-lo feito, caracterizou-se a violação por parte da Albânia de suas obrigações internacionais. *Ibid.*, p. 22-23.

³⁷ *Ibid.*, p. 22.

Memorial, reconheceu.³⁸ A Corte, de sua parte, rejeitou esse argumento, entendendo que tal convenção só seria aplicável em tempo de guerra, o que não era o caso e, em substituição, buscou nos “princípios gerais e bem reconhecidos” acima o fundamento normativo de sua decisão. Não resta claro se esses princípios correspondem aos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” de que fala o art. 38(1)(c) do Estatuto da CIJ ou a outra das fontes lá enumeradas, nem a Corte se preocupou em demonstrar seu reconhecimento generalizado. Akiho Shibata, comentando essa questão, sugere que a Corte seguiu, *in silentium*, o raciocínio desenvolvido pela defesa do Reino Unido, que deduziu tais princípios das disposições da Convenção VIII da Haia, mas não reproduziu esse trajeto lógico na decisão, produzindo como resultado uma norma que não pode ser reduzida a qualquer das hipóteses das alíneas do art. 38 do Estatuto, mas apenas à fórmula geral de seu primeiro parágrafo³⁹. Essa técnica de colmatação de lacunas por meio de princípios “fundantes” ou “básicos” deduzidos de tratados ou outras normas internacionais reconhecidas de modo a evitar hipóteses de *non liquet* é um método que a Corte empregou recorrentemente.⁴⁰

O segundo é que, pelo reconhecimento do princípio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, a decisão do caso *Corfu*, mesmo seu objeto nada tendo que ver com a proteção do meio ambiente, acabou se tornando, até mais do que os laudos arbitrais nos casos da Fundação Trail e do Lago Lannoux, um dos textos fundamentais no desenvolvimento do direito internacional do meio ambiente.⁴¹ Essa relevância se deve ao fato de que, em *Corfu*, o princípio de *due diligence* foi delineado de forma mais ampla do que no caso *Trail*,⁴² ainda que condicionado ao

³⁸ Cf. SHIBATA, Akiho, The Court’s decision in *silentium* on the sources of international law. Its enduring significance, *in*: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 205-206.

³⁹ *Ibid.*, p. 207

⁴⁰ *Ibid.*, p. 207-208.

⁴¹ BANNELIER, Karine, Foundational judgment or constructive myth? The Court’s decision as a precursor to international environmental law, *in*: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 242-255.

⁴² No caso da Fundação Trail, o dever de não causar dano estava limitado: 1) à emissão de gases que 2) causassem prejuízos no território de outros Estados (“*no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein*”). O princípio formulado em *Corfu* é mais abrangente nos dois quesitos, pois não se limita a um só tipo de atividade e permite sua aplicação mesmo quando as

conhecimento por parte do Estado de que a ação praticada em seu território é danosa,⁴³ e implicando no dever de informar e notificar.⁴⁴ Nesse sentido, o caso *Corfu* pode ser entendido como o ponto inicial do desenvolvimento desse princípio fundamental no direito ambiental, que seria reconhecido pela Corte como um costume na década de 1990.⁴⁵

5. A passagem de navios de guerra por estreitos internacionais

A maneira como a Corte lidou com a alegação albanesa de que os navios britânicos não teriam direito de trafegar pelo canal onde ocorreram as explosões em 22 de outubro de 1946 é outra razão da celebridade e importância do julgamento. Como já se viu anteriormente, o ponto de partida de todo o incidente foi a tentativa albanesa, em 15 de maio de 1946, de impedir o tráfego de navios estrangeiros pela parte do Estreito de Corfu que integra seu mar territorial. Em sua primeira declaração após o incidente, a Albânia alegava ter o direito de impedir o tráfego de navios de qualquer natureza, mercante ou militar, pelas águas do estreito, submetendo sua passagem a prévia notificação e autorização;⁴⁶ a passagem do dia 22 de outubro, quando ocorreram as explosões, foi planejada justamente para testar a reação da Albânia ao exercício daquilo que o Reino Unido entendia ser um seu direito de acordo com as normas internacionais.⁴⁷ Essa era a questão central do caso, pois, se respondida a favor da Albânia, poderia significar a eliminação ou, no mínimo, a atenuação da responsabilidade daquele país pelas explosões.

“ações contrárias aos direitos de terceiros Estados” ocorrem no território do próprio Estado acusado, tendo sido acolhido, décadas depois no Princípio 21 da Declaração da Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano e no Princípio 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Cf. *Ibid.*, p. 245-246.

⁴³ O requisito, para a violação do dever de *due diligence*, de que o Estado soubesse ou devesse saber que uma ação poderia causar dano contradizia o precedente da Fundação Trail, segundo o qual, a partir de uma certa gravidade do dano, o conhecimento do Estado tornava-se dispensável para a verificação de responsabilidade. Das duas fórmulas, foi a do caso Corfu que acabou prevalecendo nas formulações posteriores do princípio de *due diligence*. Cf. *Ibid.*, p. 246-247.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 247-248.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 248-250.

⁴⁶ Cf. *supra*, p. 15.

⁴⁷ Cf. *supra*, nota 16.

O problema dos estreitos sempre foi um fator de discussão no regime jurídico da navegação, em especial no que toca aos navios de guerra. Pouca ou nenhuma resistência havia, à época, à ideia de que o costume internacional garantia a navios mercantes de qualquer bandeira o direito de passagem inocente pelo mar territorial de Estados estrangeiros; para eles, os estreitos não representam obstáculo, mesmo quando neles não existe nenhuma faixa de alto-mar, pois se beneficiam desse direito de navegar desimpedidos por águas territoriais estrangeiras. Porém a aplicação desse direito a navios militares era fortemente questionada, especialmente por aqueles para quem a *inocência* da passagem era dada em função não apenas das ações praticadas a partir da embarcação, mas também da natureza do navio,⁴⁸ ficando excluída, pois, no caso das embarcações militares. Por isso a necessidade de uma regulação da navegação por estreitos internacionais, ainda mais acentuada diante da tendência de alargamento do mar territorial que se instalou no início século XX e que ameaçava limitar de maneira sensível a mobilidade das marinhas de guerra das grandes potências navais em regiões estrategicamente importantes do globo, como o Mar do Norte, o Mediterrâneo e o Golfo Pérsico, eliminando a faixa de alto-mar existente nos estreitos que controlam o acesso a essas áreas.

A resposta da Corte a essa questão foi categórica:

É [...] amplamente reconhecido e de acordo com o costume internacional que Estados, em tempo de paz, têm o direito de fazer navegar seus navios de guerra por estreitos usados para navegação internacional entre duas partes de alto-mar sem a prévia autorização do Estado costeiro, desde que a passagem seja inocente. A menos que prescrito de forma diversa em uma convenção internacional, o Estado costeiro não tem direito de proibir tal passagem em tempo de paz.⁴⁹

⁴⁸ Como exemplo dessa posição, cf. o voto vencido do juiz russo Krylov no próprio caso do Estreito de Corfu: “[...] *a warship's character is different from that of a merchant ship. [...] Warships constitute a menace – “they threaten”, that is not the case with merchant ships: “merchant ships may pass and repass because they do not threaten” [...]. It will be sufficient to cite in addition the statement on this point in Harvard Law School Research in International Law (1929, p. 295): “There is therefore no reason for freedom of innocent passage of vessels of war. Furthermore, the passage of vessels of war near the shores of foreign States and the presence without prior notice of vessels of war in marginal seas might give rise to misunderstanding even when they are in transit.”*” (grifei) Corfu, Mérito, p. 74 (Krylov, vencido).

⁴⁹ Corfu, Mérito, p. 28. No original: “It is [...] generally recognized and in accordance with international custom that States in time of peace have a right to send their warships through straits

Analisada à luz da discussão sobre o problema à época, essa posição da Corte, diante do grau de consenso que essa solução encontrou entre os juízes,⁵⁰ representa um ponto de inflexão no debate,⁵¹ tendo sido adotada quase que literalmente pela Convenção de Genebra sobre o Mar Territorial e Zona Contígua (1958).⁵² Ao reconhecer a navios de guerra o direito de passagem inocente por estreitos internacionais, a Corte consagra a ideia de que a inocência é um atributo da passagem, e não do navio; ao mesmo tempo, restringe a aplicação desse direito aos estreitos “*usados para a navegação internacional*”.

Com relação a esse último critério, a Albânia se insurgiu afirmando que o Estreito Norte de Corfu, conquanto um estreito no sentido geográfico do termo, tinha importância secundária e nem mesmo era uma rota necessária entre duas partes do alto-mar – *o que implica que seu fechamento não seria um óbice intransponível para a liberdade de navegação*; por isso, posto que estreito fosse, nele não se aplicaria o direito de passagem. A Corte descarta esse argumento e firma outro precedente para o futuro, estabelecendo como critérios de

used for international navigation between two parts of the high seas without the previous authorization of a coastal State, provided that the passage is innocent. Unless otherwise prescribed in an international convention, there is no right for a coastal State to prohibit such passage through straits in time of peace.”

⁵⁰ Dos dezesseis juízes que participaram do julgamento, catorze – *incluindo o juiz “ad hoc” indicado pela Albânia* – concordaram que navios de guerra têm o direito de passagem inocente por estreitos internacionais e que a passagem dos navios britânicos pelo Estreito de Corfu em 22/10/1946 fora inocente, restando vencidos apenas dois juízes, o russo Sergei Krylov e o brasileiro Philadelpho Azevedo.

⁵¹ Cf. KAYE, Stuart, *International straits: Still a matter of contention?*, in: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 149–151.

⁵² O art. 16, que integra a Subseção A (“*Regras aplicáveis a todos os navios*”) da Seção III da Convenção, que trata do direito de passagem inocente, estabelece em seu parágrafo 4: “*There shall be no suspension of the innocent passage of foreign ships through straits which are used for international navigation between one part of the high seas and another part of the high seas or the territorial sea of a foreign State.*” Note-se que a Convenção ampliou o alcance do preceito formulado em Corfu, para abranger não apenas os estreitos que liguem duas partes de alto-mar, como é o caso de Corfu, mas também estreitos conectando o alto-mar com o mar territorial de um Estado, como o Estreito de Tiran – *ligação do Mar Vermelho com o golfo de Aqaba, cujas águas pertencem aos mares territoriais de Egito e Arábia Saudita* –, assim garantindo juridicamente o direito de navios israelenses oriundos do porto de Eliat alcançarem o Mar Vermelho e o Oceano Índico.

internacionalidade de um estreito a sua situação geográfica – *conectar duas partes do alto-mar* – e o fato de ser usado para a navegação internacional.⁵³ Como o Estreito de Corfu atendia a ambas as condições, a Corte entendeu desnecessário analisar o problema da passagem inocente de navios militares pelo mar territorial de terceiros Estados.⁵⁴

A solução encontrada pela Corte, contudo, não era adequada a todos os problemas relativos aos estreitos, que só se agravaram quando, nos anos que se seguiram, cresceu o número de países que alargaram seu mar territorial, quer por razões econômicas, estratégicas ou simplesmente para criar embaraços para terceiros.⁵⁵ Com a ampliação do limite clássico das três milhas náuticas para doze ou, como queriam alguns países, incluindo o Brasil, para 200 milhas, estreitos internacionais no meio dos quais havia uma faixa de alto-mar passaram a estar inteiramente submetidos à jurisdição deste ou daquele Estado. E, embora o direito de passagem inocente e a proibição de fechamento de estreitos resolvessem o problema dos deslocamentos das marinhas de guerra das grandes potências, esse regime não era adequado para submarinos e aviões: para os primeiros porque a inocência demandava que cruzassem o estreito navegando à superfície e, para os segundos, porque a liberdade de passagem não se aplica ao espaço aéreo.

Para acomodar esses dois casos e resolver o impasse sobre a largura máxima do mar territorial, foi criado na Conferência de Montego Bay (também conhecida como Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – doravante “CNUDM”) um instituto novo, denominado *direito de passagem de trânsito*, que foi adotado como o regime aplicável aos “*estreitos usados para navegação internacional entre uma parte do alto-mar ou de uma zona econômica exclusiva e outra parte do alto-mar ou de uma zona econômica exclusiva*”,⁵⁶ nos quais fica permitido o trânsito de submarinos submersos e garantida a liberdade de sobrevoo.

⁵³ Corfu, Mérito, p. 28. Em seus arts. 37 e 45, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) adota essa junção de um critério geográfico com o uso não-qualificado para a navegação internacional para a identificação dos estreitos nos quais se aplicam, respectivamente, o direito de trânsito e o direito de passagem inocente.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁵ Essa última motivação parece ser a que motivou os países árabes, principalmente a Arábia Saudita e o Egito, a aumentarem a largura de seus respectivos mares territoriais, de modo a dificultar ou mesmo impedir o tráfego de navios israelenses pelo Estreito de Tiran. Cf. DEAN, Arthur H., The Geneva Conference on the Law of the Sea: what was accomplished, *American Journal of International Law*, v. 52, n. 4, p. 607–628, 1958, p. 608–609.

⁵⁶ CNUDM, art. 38.

Nos estreitos que não se subsumem à descrição do art. 38 da CNUDM, como o já citado Estreito de Tiran, vale apenas o direito de passagem inocente, garantido a todos os navios, inclusive militares.⁵⁷

Assim, embora a regulação posterior tenha ido além do que ficou estabelecido no julgamento quanto ao direito de navios militares trafegarem por estreitos internacionais, e mesmo tendo em vista que vários Estados – *dentre os quais, ironicamente, está a Albânia* –, contrariando suas obrigações derivadas da CNUDM, restringem ou submetem o trânsito de navios de guerra a autorização prévia,⁵⁸ é inegável a importância do julgamento da Corte para essa questão central do direito do mar.

6. A autotutela no direito internacional do pós-guerra

Definida a licitude da passagem pelo Estreito Norte de Corfu em 22 de outubro de 1946, restava à Corte, para responder à segunda questão formulada no *compromis*, analisar se a Operação Retail representou ou não uma violação da soberania albanesa.

Em sua defesa, o Reino Unido reconhece que a operação foi conduzida sem a autorização de organizações internacionais de destruição de minas e que o direito internacional não autoriza um Estado a realizar uma varredura de minas no território de outro Estado;⁵⁹ não obstante, a operação Retail se justificaria por duas razões: em primeiro lugar, para garantia do direito de passagem inocente por estreitos internacionais, que poderia se tornar ineficaz pela atitude recalcitrante da Albânia em se opor à operação de desminagem e, em segundo lugar, para garantir a

⁵⁷ De acordo com a CNUDM, são três os possíveis regimes jurídicos aplicáveis a estreitos: a) estreitos nos quais se aplica o direito de passagem de trânsito – *os mais numerosos e mais importantes* –, b) estreitos nos quais se aplica o direito de passagem inocente e c) estreitos aos quais a Parte III da CNUDM não se aplica – *estreitos que estejam incluídos nas águas interiores do Estado ou em relação aos quais haja um regime convencional específico*. Cf. LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma, *International Straits*, Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2010, p. 65–68.

⁵⁸ Cf. a lista de Estados em KAYE, *International straits: Still a matter of contention?*, p. 155–157.

⁵⁹ Reply submitted, under the order of the Court of 26th March, 1948, by the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents*, v. II, p. 241–312, 1950, para. 79, p. 280.

preservação do *corpo de delito*.⁶⁰ Mais: haveria mesmo um direito de intervir nesse caso, assim construído no Memorial do Reino Unido:

*É reconhecida pelo direito internacional a prerrogativa de um Estado de intervir por ação direta quando outro Estado tiver dado causa ou permitido que se dê causa a uma séria e flagrante violação do direito. O propósito de tal intervenção pode ser o de impedir a continuidade da situação que está em contradição com o direito, ou, quando o Estado interventor tiver sofrido uma injúria suscetível de ser levada a juízo, o de colaborar com a administração da justiça internacional prevenindo a remoção das provas.*⁶¹

Os juízes rejeitaram unânime e categoricamente essa alegação britânica. Com uma argumentação bastante influenciada pelos termos do contramemorial albanês, de autoria do professor francês Pierre Cot,⁶² a Corte entendeu que o pretendido direito de intervenção pleiteado pelo Reino Unido era apenas uma manifestação de política de potência, impossível de acolher no direito internacional, ainda mais no caso em juízo, porque seria um direito que aproveitaria apenas às grandes potências.⁶³

⁶⁰ Nas primeiras manifestações do Reino Unido no processo, não se encontra menção a essa função *ad perpetuam rei memoriam* que seria cumprida pela intervenção realizada em águas albanesas. Tal alegação aparece apenas no Memorial apresentado à Corte, sugerindo que foi um argumento formulado *ex post facto*. Cf. CHRISTAKIS, Theodore, Intervention and self-help, *in*: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 214.

⁶¹Reply submitted, under the order of the Court of 26th March, 1948, by the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, p. 282. No original: “There is recognized in international law the right of a State, when a state of affairs involving a serious and flagrant breach of the law has been brought about by another State or has been permitted to come about, to intervene by direct action, The purpose of such intervention may be to prevent the continuance of the situation which is in breach of the law, or, where the intervening State has suffered an injury of a nature capable of being redressed, to further the administration of international justice by preventing the removal of the evidence.”

⁶² CHRISTAKIS, Intervention and self-help, p. 214.

⁶³ Corfu, Mérito, p. 35. Curioso notar aqui o paralelo que há entre a crítica que a Corte faz à defesa britânica e a que Luigi Ferrajoli dirige à formulação das regras de direito natural que regulariam as relações entre os Estados segundo Francisco de Vitória (FERRAJOLI, Luigi, *A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e Crise do Estado Nacional*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 10–12.); tanto em uma, como n’outra, tem-se uma tentativa de formular princípios jurídicos que, se

Talvez antecipando essa reação da Corte, em sua sustentação oral, o Agente do Reino Unido, Sir Eric Beckett, deixou claro que, na visão do Reino Unido, haveria no direito internacional, mesmo após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas, um *direito à autotutela limitado* a essas duas hipóteses: a eliminação de um “incômodo” (“*nuisance*”) – *quer dizer, a imposição pelo interessado do respeito a um direito violado pelas ações de um terceiro* – e a perpetuação das provas para a posterior apreciação de um tribunal internacional.⁶⁴

Desnecessário afirmar que o pressuposto lógico dessa argumentação é a ineficiência da atuação das instâncias internacionais, que legitimaria a ação unilateral, aqui cautelosamente apresentada como uma ação em favor da coletividade, quer pela supressão do ilícito que, de outra forma, continuaria a desafiar as normas internacionais, quer pela colaboração com o funcionamento das instituições internacionais, no caso, a CIJ.

A esse argumento, a Corte, já tendo afirmado que, “*quaisquer que sejam os defeitos atuais da organização internacional, [a intervenção] não tem lugar no direito internacional*”,⁶⁵ ressalta que um dos pilares das relações internacionais é o respeito pela soberania territorial e, destarte, por mais criticável que fosse o comportamento da Albânia no desenrolar do incidente, a operação Retail não poderia deixar de ser considerada como uma violação da soberania albanesa.⁶⁶

Essas palavras da Corte representam a primeira vez, após o término da Segunda Guerra Mundial, que o uso da força como meio de solução de conflitos internacionais foi submetido ao crivo das normas do *novo direito internacional*, resultante da Carta das Nações Unidas e do sistema de segurança coletiva nela desenhado. O conteúdo do julgamento, até pela unanimidade que obteve – *nem o juiz britânico, Sir Arnold McNair, votou a favor do Reino Unido nesse ponto* –, é uma evidência marcante da nova maneira como o emprego da força militar passou a ser visto juridicamente. Nesse novo direito, mesmo uma ação que foi descrita pelo Reino Unido como comedida e inédita na história das relações

aplicados, serviriam apenas para dar verniz jurídico às pretensões que as grandes potências sempre foram capazes de impor pela violência, em último caso.

⁶⁴ Cf. CHRISTAKIS, *Intervention and self-help*, p. 214.

⁶⁵ Corfu, Mérito, p. 35. No original: “The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law.”

⁶⁶ *Ibid.*

internacionais,⁶⁷ algo compreensível em vista da maneira como, não mais do que sessenta anos antes, as grandes potências lidavam com situações análogas,⁶⁸ foi classificada como inaceitável.

Curiosamente, nota-se que, em nenhum momento, a Corte menciona o art. 2(4) da Carta, algo que foi mesmo objeto de crítica por alguns dos juízes que apresentaram votos individuais⁶⁹. Para Theodore Christakis, essa crítica é infundada⁷⁰, pois o que a Corte teria querido estabelecer é que certas intervenções limitadas não atraem a aplicação do art. 2(4), porque não atingem a gravidade mínima para serem consideradas violações da proibição do uso da força nas relações internacionais.

Elaborando esse segundo ponto, Christakis sugere que, sob certas condições e restrições, ações de polícia levadas a cabo por um Estado em zonas sob sua jurisdição, incursões em território estrangeiro para impedir operações nocivas de um grupo armado que esteja se preparando para realizar um ataque no território do Estado interventor, operações limitadas de forças especiais em território estrangeiro para a proteção de nacionais, entre outras, poderiam ser entendidas como não atingindo o patamar necessário para a incidência do art. 2(4) da Carta.⁷¹ Isso, obviamente, não significa que tais intervenções sejam *legais*, mas apenas que

⁶⁷ Na audiência do dia 12.11.1948, Sir Eric Beckett afirmou perante a Corte: “If you remember the two violent attacks made upon us by Albania and the grave injuries which we had suffered, you may perhaps think that *the restraint exercised by the United Kingdom* in this case in confining itself to the protective measures which I have described, and then applying to the United Nations, has few, if any parallels in history... Do the Albanian Government think that before the days of the League of Nations or the United Nations a State in the position of the United Kingdom would have contented itself with operations the sole purpose of which was to ascertain the truth and to preserve the evidence, if any, in order to bring Albania before the bar of international justice?” (Apud CHRISTAKIS, *Intervention and self-help*, p. 213. – grifei)

⁶⁸ *Ibid.*, p. 212–213. Nesse ponto, é ilustrativa a experiência brasileira: na década de 1860, alguns pequenos incidentes que foram entendidos como violações dos direitos do Reino Unido pelo Império Brasileiro levaram o então embaixador britânico no Rio de Janeiro, William Dougal Christie, a autorizar o bloqueio naval da Baía da Guanabara e o apresamento de navios brasileiros, a pretexto de “ensinar uma lição” ao Brasil; essa decisão acabou levando ao rompimento de relações diplomáticas entre os dois países entre 1863 e 1865. Sobre o caso, cf. MARTINS, Rui Décio, *Questão Christie: um estudo de caso de direito internacional*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

⁶⁹ Corfu, Mérito, p. 77 (Krylov, vencido) e p.130-131 (Ecer, vencido).

⁷⁰ Cf., por todos, CHRISTAKIS, *Intervention and self-help*, p. 219–220.

⁷¹ *Ibid.*, p. 221.

não atingem o grau de seriedade exigido para a constatação de uma violação da proibição do uso da força, assim como não implica num dever de passividade e resignação por parte do Estado que sofre tal intervenção.⁷² A partir dessa lente, Christakis entende que o julgamento do caso *Corfu*, ao omitir qualquer referência ao art. 2(4), indicaria que para a Corte a violação desse dispositivo somente ocorre quando a ação coercitiva alcança um patamar mínimo de gravidade.

Embora seja um argumento coerente, fica a questão de qual seria a utilidade dessa gradação da intervenção coercitiva levada a cabo em áreas fora da jurisdição do Estado interventor. Até pelos exemplos citados pelo autor de intervenções “limitadas” que não configurariam uma infração ao art. 2(4), todos análogos a práticas reiteradas dos Estados Unidos na chamada “Guerra contra o Terror”, fica a impressão de que tal ponto de vista não tem outra função que não a de atenuar a gravidade da forma contemporânea de projeção do poder militar americano em áreas do globo importantes estrategicamente para aquele país.⁷³ Conquanto não se deva entender que todo episódio de uso proibido de força constitua uma *agressão*, essa talvez sendo a distinção necessária na aplicação do art. 2(4), não se pode negar que o Reino Unido, ao deslocar um esquadrão com 23 embarcações fortemente armadas para o mar territorial albanês e lá realizar, contra a vontade de um país absolutamente indefeso para repelir aquela ação indesejada, uma operação de desminagem, usou de força militar contra a Albânia e, nesse sentido, violou a proibição do art. 2(4), por mais que não se possa vislumbrar nesse episódio uma agressão. Por isso, a defesa que Christakis faz da legalidade de intervenções “limitadas” em situações de necessidade, por paradoxal que seja, parece nada mais do que a ressurreição da demanda britânica por um “*direito limitado de autotutela*”⁷⁴, que a própria Corte se preocupou em descartar como sendo uma

⁷² *Ibid.*, p. 222–223.

⁷³ O próprio autor o reconhece quando justifica a distinção com base na possibilidade de se reconhecer o estado de necessidade em que tais intervenções “limitadas” ocorrem como uma circunstância atenuante da responsabilidade internacional derivada do desrespeito à soberania alheia, o que não seria possível se elas fossem entendidas como violações do art. 2(4) da Carta, pois a natureza de *jus cogens* que se atribui a esse dispositivo impediria, conforme o art. 26 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados, o reconhecimento dessa atenuante. Cf. *Ibid.*, p. 224. Reconheça-se, contudo, que as novas formas de intervenção militar “limitada” não são exclusividade dos EUA, pelo que esse discurso não aproveitaria apenas àquele País.

⁷⁴ Na sua sustentação oral perante o Tribunal, o Agente Britânico, Sir Eric Beckett, afirmou: “*We recognize that the right of self-help has been restricted and controlled by the provisions of the*

“*política de potência [...] que não pode mais encontrar lugar no direito internacional*”.⁷⁵

Por tudo isso, e tendo em vista as tendências recentes de se legitimar o recurso unilateral à força armada sob o pretexto de “intervenção humanitária” nas hipóteses em que, dados os “defeitos atuais da organização internacional”, o Conselho de Segurança não consegue tomar uma decisão por força do exercício do poder de veto de um dos seus membros permanentes, e de se recorrer a intervenções militares “limitadas”, especialmente no quadro da “Guerra contra o Terror”, o julgamento do caso *Corfu* retém sua atualidade e sua importância para a defesa da ilegalidade dessas ações,⁷⁶ por mais que se tente ressaltar a sua pretensa *legitimidade*.

7. Considerações finais

Passados mais de 65 anos de sua prolação, a sentença do caso *Corfu* continua a ser relevante. Se, no campo do direito ambiental e do direito do mar, sua contribuição já se consolidou em normas consuetudinárias e convencionais, servindo de testemunho do importante papel que tem a Corte Internacional de Justiça no desenvolvimento progressivo do direito internacional, no campo da regulação do uso da força essa tarefa ainda não está cumprida.

Ainda que se possa criticar a relativização do standard *probatório* com base no qual a Corte entendeu provado que a Albânia não teria como não saber da existência do campo minado em seu mar territorial,⁷⁷ identificando no julgado a

Charter, but I am arguing for a limited right of self-help”. Apud CHRISTAKIS, Intervention and self-help, p. 214. (grifei)

⁷⁵ *Corfu*, Mérito, p. 35. Cf., *supra*, nota 65.

⁷⁶ Nesse sentido, cf. GRAY, Christine, A policy of force, *in*: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.), *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*, New York: Routledge, 2012, p. 226–241.

⁷⁷ Nesse sentido, embora minoritária, entendo que mais adequada do que a da maioria foi a motivação dada pelo juiz polonês, Bohdan Winiarski, à sua opinião de que a Albânia era responsável pelas explosões de 22/10/1946. Em seu voto vencido, Winiarski sustenta que a Corte, ao responder a primeira questão do Acordo Especial, não estava limitada às alegações das partes e portanto, poderia ir além dos fundamentos oferecidos pelo Reino Unido para justificar o pedido de indenização formulado contra a Albânia; por isso, embora reconheça que o simples fato de um ato danoso a terceiros Estados ter ocorrido no território de um Estado não acarreta *ipso facto* a sua responsabilidade, não se podendo exigir do Estado que exclua a possibilidade da comissão de tais em seus domínios, a responsabilidade decorreria ou da omissão deste Estado na adoção das medidas

tendência a favorecer os interesses dos grandes frente aos dos pequenos, é inegável que a sua conclusão pela ilicitude da intervenção, ainda que em proveito da comunidade, representou a condenação categórica de uma prática incompatível com a regulação do uso da força que deriva dos artigos da Carta.

Nesse sentido, embora tenha saído vencedor do pleito por indenização dos prejuízos sofridos, o Reino Unido foi inegavelmente derrotado na segunda questão, vendo unanimemente declarada proibida pelo direito internacional a ação “comedida” tomada contra a Albânia. Por isso mesmo, é no mínimo irônico que, como visto no item anterior, busquem-se na própria decisão fundamentos para a opinião de que essa prática intervencionista poderia se justificar juridicamente – *ou ao menos ter a sua ilicitude atenuada* – pela necessidade de sua efetivação.

Pelos critérios adotados pela Corte de forma unânime, também seriam vencidos os defensores das intervenções “limitadas”, da guerra preventiva disfarçada de legítima defesa preemptiva, das intervenções humanitárias que sempre atendem interesses outros que não apenas a diminuição do sofrimento das populações submetidas a tratamento desumano. O fato de essas teses continuarem a ser propagadas e defendidas não apenas pelos juristas que, por dever funcional, fornecem o embasamento jurídico necessário para justificar aos olhos do eleitor as decisões tomadas pelos governos, demonstra que as lições da Corte sobre o tema ainda precisam ser revisitadas.

8. Referências bibliográficas

BANNELIER, Karine. Foundational judgment or constructive myth? The Court’s decision as a precursor to international environmental law. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*. Nova York: Routledge, 2012, p. 242–255.

preventivas que pudesse impedir a prática de tais ações ou, caso não tenha sido possível impedi-las, da omissão deste Estado na investigação, persecução e punição dos perpetradores. E é justamente com base nesse último dever que a total indiferença e passividade demonstradas pela Albânia diante de um fato – *a colocação de minas em seu mar territorial* – extremamente grave e violador de sua soberania e da segurança da navegação internacional, atitudes que foram interpretadas pela maioria como indício de que a Albânia sabia da existência do campo minado, tornam-se, no voto de Winiarski, um fundamento autônomo para a verificação da responsabilidade daquele País. Cf. Corfu, Mérito, p. 52–57 (Winiarski, vencido).

- BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*. 5ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1998.
- BURMESTER, Henry. The Basis of the Court's jurisdiction and the scope and usefulness of forum prorogatum. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*. Nova York: Routledge, 2012, p. 87–97.
- CARTY, Anthony. The Corfu Channel Case - and the Missing Admiralty Orders. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 3, n. 1, p. 1–35, 2004.
- CHRISTAKIS, Theodore. Intervention and self-help. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*. Nova York: Routledge, 2012, p. 211–225.
- CONSTANTINIDES, Aristoteles. The Corfu Channel case in perspective: The factual and political background. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law: The enduring impact of the Corfu Channel case*. Nova York: Routledge, 2012, p. 41–59.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania), Assessment of the Ammount of Compensation Due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. 15 de Dezembro de 1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>>. Acesso em 18 de Dezembro de 2013.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits. 09 de Abril de 1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>>. Acesso em 18 de Dezembro de 2013.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania), Preliminary Objection. 25 de Março de 1948. Acesso em 18 de Dezembro de 2013.
- DAILLER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain et al. *Droit International Public*. 8ª ed., Paris: LGDJ, 2009.
- DEAN, Arthur H. The Geneva Conference on the Law of the Sea: what was accomplished. *American Journal of International Law*, v. 52, n. 4, p. 607–628, 1958.
- DEL MAR, Katherine. The International Court of Justice and standards of proof. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.).

The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case. Nova York: Routledge, 2012, p. 98–123.

DISTEFANO, Giovanni; HENRY, Etienne. The International Court of Justice and the Security Council: disentangling Themis from Ares. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law*. The enduring impact of the Corfu Channel case. Nova York: Routledge, 2012, p. 60–83.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e Crise do Estado Nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAY, Christine. A policy of force. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law*. The enduring impact of the Corfu Channel case. Nova York: Routledge, 2012, p. 226–241.

HANDEYSIDE, Hugh. The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: was the ship ever afloat? *Michigan Journal of International Law*, v. 1, p. 71–94, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *History*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1>>. Acesso em: 7 Nov. 2013.

KAYE, Stuart. International straits: Still a matter of contention? In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law*. The enduring impact of the Corfu Channel case. Nova York: Routledge, 2012, p. 149–163.

LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. *International Straits*. Berlin/ Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2010.

MARTINS, Rui Décio. *Questão Christie*: um estudo de caso de direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

SHIBATA, Akiho. The Court's decision in silentium on the sources of international law. Its enduring significance. In: BANNELIER, Karine; CHRISTAKIS, Theodore; HEATHCOTE, Sarah (Orgs.). *The ICJ and the Evolution of International Law*. The enduring impact of the Corfu Channel case. Nova York: Routledge, 2012, p. 201–210.

TUCÍDITES. *História da Guerra do Peloponeso*. 4ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2001.

WAIBEL, Michael. Corfu Channel Case. In: WOLFRUM, Rüdiger (Org.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University

Press, 2009. WYNN, Philip E. Corfu Channel Incident. In: COOK, Bernard A. (Org.). *Europe Since 1945: An Encyclopedia*. Nova York: Garland, 2001, p. 224.

REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS EM SERVIÇO DAS NAÇÕES UNIDAS (11 DE ABRIL DE 1949)

Rabah Belaidi

1. Introdução

O discurso da história aparenta-se à uma ficção, pois sabemos desde Paul Veyne que algumas noções, outrora consideradas como verdades imanes, são os resultados da própria história.¹ Sem entrar na hipótese epistemológica de considerar o direito como uma forma narrativa, podemos, sem risco, afirmar que o tema da personalidade jurídica das organizações internacionais corresponde a uma ruptura na crença de um direito internacional moderno exclusivamente elaborado em torno da figura do Estado.

A personalidade jurídica dos sujeitos da sociedade internacional não corresponde a um regime elaborado a partir de critérios semelhantes aos dos Estados, ou que decorrem naturalmente deles. A atribuição da personalidade jurídica para outras entidades não estatais se deu num movimento de ruptura, consagrando uma lógica funcionalista e reconhecendo um caráter específico às organizações internacionais.

Essa ruptura procedeu por um movimento interpretativo de práticas, e não propriamente por aplicação ou interpretação de textos convencionais.² Uma teoria realista da interpretação permite fornecer um quadro de análise da mudança da situação dos atores normativos da sociedade internacional.³

Cabe-nos a tarefa de analisar a argumentação jurídica fornecida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) a fim de justificar um poder atribuído a um ente relativamente novo no mundo das relações internacionais.

¹ VEYNE, Paul. *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes*. Le Seuil: Paris, 1983.

² Apesar da existência de atribuição da personalidade jurídica contida em tratados constitutivos ou não de organizações internacionais.

³ A teoria realista da interpretação de Michel Troper pode ser usada como referencial de análise e de explicação do surgimento da capacidade normativa das organizações internacionais. A teoria realista utilizada não pode ser confundida com a clássica ou neoclássica teoria realista das relações internacionais. Trata-se de duas teorias sinônimas que não compartilham propriamente o mesmo objeto de estudo.

2. *Fatos, procedimentos e problema jurídico*

No final do ano de 1947, a situação política é extremamente tensa na região do Oriente Médio, pois trata-se do período do voto da Resolução n° 181, que prevê a divisão da Palestina em dois estados separados, um árabe e o outro judeu. Um clima de guerra civil é palpável e vários atentados terroristas acontecem. Em maio de 1948, termina-se o mandato da Inglaterra e o conde Folke Bernadotte é nomeado mediador (sendo o primeiro) da ONU para assumir a difícil tarefa de apaziguar a situação e de verificar a aplicação da divisão territorial.

No dia 17 de setembro de 1948, o conde sueco Folke Bernadotte, mediador da ONU, foi assassinado na cidade de Jerusalém, por militantes extremistas israelenses.⁴ A família do conde reclama uma indenização perante a Organização das Nações Unidas pelo dano irreparável causado a eles. A Assembleia Geral da ONU provoca em dezembro de 1948 a Corte Internacional de Justiça para a formalização de um parecer jurídico sobre a possibilidade da ONU pedir uma indenização do recém-criado Estado israelense, cuja morte do funcionário foi causada por nacionais.

A questão subjacente que foi colocada em discussão na CIJ era de saber se a ONU era dotada ou não da personalidade jurídica. Tecnicamente a Assembleia geral perguntou:

Se no caso de um agente das Nações-Unidas sofrer, no exercício de suas funções, um dano em condições de poder responsabilizar um Estado, a ONU teria capacidade para apresentar de jure ou de fato contra o governo responsável, uma reclamação internacional para conseguir reparação dos danos causados?

*No caso de resposta afirmativa, como a ação da Organização das Nações Unidas deve conciliar-se com os direitos que o Estado de origem da vítima poderia deter?*⁵

⁴ Neto do Rei da Suécia e Noruega, o Conde Bernadotte goza de um prestígio importante por ter sido um dos principais dirigentes da Cruz Vermelha durante a segunda guerra mundial.

⁵ *Au cas où un agent des Nations-Unies subit, dans l'exercice de ses fonctions un dommage dans les conditions de nature à engager la responsabilité d'un Etat, l'ONU aurait-elle qualité pour présenter contre le gouvernement de jure ou de facto responsable, une réclamation internationale en vue d'obtenir la réparation des dommages causés ?*

A pergunta foi encaminhada para a Corte pelo Secretário geral da ONU, Trygve Lie, no dia 4 de dezembro de 1948.

A CIJ respondeu positivamente a pergunta da Assembleia geral afirmando:

A Organização [das Nações Unidas] era destinada a exercer funções e a gozar de direitos – e o fez – que podem ser explicados somente se a Organização possui uma ampla medida de personalidade internacional, assim como a capacidade de agir no plano internacional. Ela [...] não poderia responder as intenções dos seus fundadores se ela fosse desprovida de personalidade jurídica internacional. Devemos admitir que seus Membros, atribuindo-lhe algumas funções, com os deveres e as responsabilidades que os acompanham a revestiram da competência necessária para lhe permitir de dedicar-se efetivamente a essas funções.⁶

Além da resposta ao caso em espécie, o parecer teve ainda refletido consequências importantes na construção do direito internacional público, pois permitiu, com o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais, uma mudança da configuração das relações de poder entre entidades jurídicas.

3. O reconhecimento internacional da personalidade jurídica das organizações internacionais

A dogmática do direito internacional público moderno reconhece tradicionalmente os tratados de Vestfália de 1648 como o marco histórico principal da disciplina, pois prefigura-se o surgimento da categoria jurídica do Estado soberano. Considerados como o ponto de partida do direito internacional, esses tratados dão nascimento a um sistema político europeu que gira em torno de

⁶ "L'Organisation des [Nations-Unies] était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits – et elle l'a fait – qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international. Elle [...] ne pourrait répondre aux intentions de ses fondateurs si elle était dépourvue de personnalité internationale. On doit admettre que ses membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions" (*Tradução do autor*).

Corte Internacional de Justiça, Parecer consultivo sobre a reparação de danos sofridos pelo serviço das Nações Unidas, 11 de abril 1949, apud PELLET, Alain. *Droit International Public*. LGDJ: Paris, 2009. p. 659.

Estados que exercem uma soberania externa, mas que provocam a concentração do poder (soberania interna) nas mãos dos poderosos monarcas. Tanto no plano interno quanto no plano externo, o voluntarismo constitui a pedra angular da elaboração do direito internacional clássico.

Consequentemente não há de se falar, e muito menos de se conceber, a figura de organizações internacionais dotadas de qualquer competência. O surgimento, na segunda metade do século XIX, das primeiras organizações internacionais se deu por duas razões. Em primeiro lugar, houve a vontade dos Estados de cooperar acerca de alguns temas técnicos tais como a circulação nos rios europeus do Danúbio e do Reno, ou a necessidade de criação de padrões para a telegrafia, as telecomunicações e o correio.⁷ Em segundo lugar, os Estados chegaram à conclusão de que era mais adequado criar entes diferentes para assumir a coordenação e a administração dessas tarefas sem que essas novas organizações pudessem, de forma alguma, concorrer com os Estados acerca de competências políticas. Não se pode esquecer que a doutrina dominante, até a segunda metade do século XX, é a doutrina do voluntarismo e, portanto, não se pode falar ainda de organizações internacionais assumindo um papel político.

A criação da Sociedade das Nações em 1919, e seu rápido fracasso, constituíram uma tentativa de quebrar o paradigma dominante da soberania puramente estatal. A situação jurídica posta em 1945 pela Carta das Nações Unidas não é propriamente diferente daquela do período entre as duas guerras, ou seja, no silêncio da Carta das Nações Unidas, o Estado permanece como o único sujeito capaz de produzir normas jurídicas.⁸ É nesse contexto que o parecer da CIJ, de 11 de abril 1949, vem quebrar a univocidade do cenário jurídico internacional permitindo as organizações internacionais governamentais ter, além de uma existência jurídica, competências próprias que ultrapassam as simples atribuições administrativas.

O parecer é inovador, pois afirma o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da ONU distinta de seus membros, assim como atribui de forma implícita algumas competências para a ONU.

⁷ Assim nascem, entre outras, em 1856 a *Comissão Europeia do Danúbio* criada pelo Tratado de Paris do mesmo ano, a *Comissão Central do Reno* de 1831, as Uniões Administrativas tais que *União Telegráfica Internacional* em 1865, e a *União Postal Universal* em 1878.

⁸ É importante ressaltar o papel da CPJI, transformada em 1945 em CIJ, assim como a permanência da OIT, integrada no sistema onusiano.

3.1. Uma personalidade internacional objetiva

Sabendo que as organizações internacionais nascem a partir da vontade dos Estados e que a concessão de atributos da personalidade jurídica, mesmo limitada, abre um processo de autonomia de ação em relação aos próprios fundadores, pode entender-se porque os Estados não desenvolveram uma concepção extensiva das organizações internacionais, por medo de perder progressivamente certas prerrogativas soberanas. Desse ponto de vista, o parecer da CIJ é inovador, pois permite, sem dúvida, um reconhecimento sistemático da personalidade internacional. Com efeito, as organizações passaram a ter uma vida jurídica própria e podem ser percebidas como tendo atividades concorrentes dos Estados.

A atribuição da personalidade jurídica internacional pode ser analisada sob um ponto de vista teórico, tendo em vista que ela apresenta um modo de ver diferente das concepções tanto das relações internacionais quanto do direito internacional.

Na disciplina acadêmica *Relações Internacionais*, a teoria idealista, também denominada de liberal, opõe-se tradicionalmente a teoria realista. O idealismo pretende adotar um discurso normativo que considera a diplomacia, o direito internacional público e o comércio internacional como sendo os vetores de um mundo menos dependente do Estado, e mais centrado em torno do indivíduo.

No campo do *Direito Internacional Público*, o aporte do parecer da CIJ pode ser visto como uma crítica à teoria clássica voluntarista, pois pela primeira vez o modo de leitura passa de uma visão de plenitude de poderes do Estado para uma percepção que contempla o objeto Organizações Internacionais. Na verdade, não se trata de uma análise radicalmente diferente por duas razões. A primeira é que seria omissivo considerar que a capacidade das organizações internacionais deriva da vontade dos Estados e não é baseada numa série de critérios físicos ou políticos (o clássico tripé: população, território e governo soberano). A segunda trata do fato de que o próprio sujeito, recém-criado, possui também uma vontade criadora de efeitos jurídicos que não o desamarra absolutamente das teses voluntaristas.⁹

A mudança de percepção é mais sutil e consiste em considerar um ponto de observação diferente. Da contemplação do sujeito, passamos à consideração do

⁹ Os defensores das teses voluntaristas mais famosos são na Alemanha Triepel e Jellinek, e na Itália Anzilloti e Cavaglieri.

objeto. Essa objetivação foi iniciada por dois autores europeus, Hans Kelsen e Georges Scelle, mas a partir de visões bastante diferentes.

Para Kelsen, a norma torna-se objeto de estudo de uma teoria pura do direito, na qual o Estado não recebe um papel igual às teorias positivistas clássicas. Com efeito, para o jurista austríaco, o direito internacional é concebido como parte de um sistema de normas dentro do qual os Estados não representam os fundamentos da ordem jurídica, preferindo enfatizar no caráter da coação.

O jurista francês Georges Scelle apresenta-se também como um doutrinador que afasta o conceito da soberania estatal, e pretende elaborar uma teoria do objetivismo, não normativista, mas sim sociológica.¹⁰ O elemento primordial consiste também na observação de um objeto, de natureza social, que é a necessária solidariedade que deve estar inscrita nas relações internacionais. O mundo deve ser considerado como uma sociedade internacional que reproduz os moldes das sociedades nacionais compostas de indivíduos. Esse pensamento sociológico é amplamente influenciado por doutrinadores como Léon Duguit, que atribui uma função social ao direito.

Pensamos que, de certa forma, a CIJ deu guarida à tese objetivista, mesmo que esse não fosse necessariamente o propósito. Em relação à funcionalidade da personalidade internacional, podemos afirmar, sem risco, que se trata de um dos aportes mais intencionais do parecer.

3.2 Uma personalidade internacional funcional

A personalidade jurídica internacional da Organização das Nações Unidas não é explicitamente reconhecida na carta constitutiva do sistema onusiano. Os artigos 104 e 105 da carta se referem a uma capacidade, mas de forma limitada e não estabelecem um verdadeiro regime da capacidade jurídica da organização.¹¹

¹⁰ PELLET, Alain. *Droit International Public*. LGDJ.: Paris, 2009. p. 91.

¹¹ Artigo 104: A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício de suas funções e à realização de seus propósitos. Artigo 105: 1. A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos. 2. Os representantes dos Membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente de sus funções relacionadas com a Organização. 3. A Assembléia Geral poderá fazer recomendações com o fim de determinar os pormenores da aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo ou poderá propor aos Membros das Nações Unidas convenções nesse sentido.

Para proclamar a personalidade internacional da ONU, a Corte Internacional de Justiça procedeu por duas etapas. Em primeiro lugar, ela afirma a permanência da ONU assim como ela se embasa sobre alguns elementos de sua estrutura. Para justificar o caráter internacional desta personalidade jurídica, a Corte se refere às missões internacionais da ONU, que são a manutenção da paz e da segurança internacional, o desenvolvimento das relações internacionais entre as nações, permitir uma cooperação internacional no campo econômico, cultural e humanitário. Para que essas tarefas possam ser cumpridas, a organização deveria dispor, pelo menos implicitamente, da personalidade internacional. A Corte Internacional de Justiça considera assim que: “[...] a Organização foi destinada a exercer as funções e gozar de direitos [...], que só podem ser explicados que se a organização possui de uma ampla medida de personalidade internacional e da capacidade de agir no plano internacional.”¹²

Muito logicamente, não se pode conceber que a ONU possa implementar suas funções e cumprir sua missão sem que lhe seja reconhecido a personalidade jurídica internacional.

Uma vez a personalidade jurídica internacional reconhecida para as organizações internacionais, um dos primeiros efeitos é de tornar essa capacidade oponível aos membros da sociedade internacional.

3.3 Uma personalidade internacional oponível

A CIJ reconhece o direito da ONU de reclamação e o direito de pedir reparação por danos causados por um Estado. O efeito desse reconhecimento é do tipo *erga omnes*. A ONU adquire uma capacidade jurídica internacional, oponível a todos, independentemente dos Estados a terem reconhecido. Assim, no caso em espécie, Israel ainda não era membro da ONU, o entanto, foi condenada a indenizar um agente da organização. Devemos destacar que a questão da oponibilidade tem efeitos diferentes no que tange à personalidade interna ou internacional. Com efeito, a personalidade jurídica interna não é oponível a todos, pois ela permite à organização contratar, adquirir e vender bens mobiliários ou imobiliários, ou seja, administrar sua própria organização. E essa capacidade interna não deve ser confundida com a personalidade jurídica internacional.

¹² “ L’Organisation était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits [...], qui ne peuvent s’expliquer que si l’Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d’agir sur le plan international” (*Tradução do autor*).

Assim, no caso da ONU, a Carta das Nações Unidas prevê no artigo 104 que: “A organização goza no território de cada de seus membros da capacidade jurídica que lhe é necessária para exercer suas funções e atingir suas finalidades”.

Parte da doutrina – voluntarista – restringe a objetividade da personalidade jurídica às organizações de cunho universal, rejeitando a possibilidade de afirmação de tal capacidade para as organizações regionais.¹³

A oponibilidade do direito à personalidade jurídica se desdobra. Pois, por um lado existe a capacidade de ser titular de direitos, e por outro lado essa capacidade se estende à titularidade de obrigações e deveres de reparar suas ações quando causaram prejuízos. Assim a oponibilidade apresenta um corolário, pois se por um lado a ONU e as organizações internacionais, de forma geral, devem ser reconhecidas como pessoas capazes, essa capacidade gera, no seu turno, a obrigação de ser responsável.

Essa questão, no ano de 2011, foi objeto de uma série de artigos da Comissão do Direito Internacional da ONU sobre a responsabilidade das organizações internacionais,¹⁴ e a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou por consenso a Resolução 66/100¹⁵ na qual ela “toma nota” desses artigos. Uma parte desse projeto de artigos deve ser considerada como uma proposta ao desenvolvimento do direito internacional mais do que uma real codificação, sendo que nunca se pode descartar a possibilidade da formação de normas costumeiras como contribuição.

O debate sobre o reconhecimento da responsabilidade das organizações internacionais apresenta uma real importância em matéria de proteção de direitos humanos no contexto da presença de forças de interposição da ONU e da OTAN em Estados onde os direitos humanos foram violados. A discussão sobre a possibilidade de engajar a responsabilidade direta dessas organizações internacionais perante um órgão jurisdicional foi experimentada na Corte Europeia dos Direitos Humanos por duas vezes, sem sucesso.¹⁶ A única norma positivada que reconhece diretamente a responsabilidade de uma organização internacional perante uma jurisdição foi a institucionalizada pelo artigo 6, do

¹³ COMBACAU, Jean, SUR, Serge, *Droit International Public*, 10. Ed, Montchretien, Paris, 2012. RUZIE, David. *Droit International Public*. 19. ed. Dalloz: Paris, 2008. p 145.

¹⁴ Articles on Responsibility of International Organizations (ARIO).

¹⁵ Resolução 66/100 da Assembleia Geral da ONU de 9 de dezembro de 2011.

¹⁶ CEDH, *Behrami e Behrami c. França*, 2 de maio de 2007, n° 71412/01. CEDH, *Saramati c. França, Alemanha e Noruega*, 2 de maio de 2007, n° 781661/01.

Tratado de Lisboa, que formaliza a adesão da União Europeia (UE) à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Assim, a ordem jurídica comunitária submete-se a jurisdição da CEDH o que permitirá a indivíduos de reclamar contra a UE diretamente perante a Corte.

4. O reconhecimento de competências

Na concepção da Corte Internacional de Justiça, a ONU deve possuir efetivamente uma personalidade jurídica internacional e deve conseqüentemente receber atribuição de competências necessárias ao exercício da capacidade. O reconhecimento da personalidade jurídica internacional das Nações Unidas está, portanto, intimamente ligada à função e à natureza de suas competências. Podemos até afirmar, revertendo o postulado inicial, que a própria existência das competências justifica considerar a personalidade internacional das organizações internacionais.¹⁷

A análise das competências das organizações internacionais governamentais revela que elas são condicionadas ao respeito do princípio de especialidade e que elas se apresentam de forma explícita ou implicitamente.

4.1. Competências condicionadas

As organizações internacionais governamentais e, portanto, a ONU, dispõem de todas as competências necessárias à realização do objetivo perseguido por elas. Isso pode significar que, ao contrário, os atos produzidos pelas organizações e considerados como externos à finalidade contida no tratado constitutivo serão marcados pela ilicitude. Nasce, conseqüentemente, na doutrina e na jurisprudência, o princípio da especialidade ou especificidade, próprio à identidade das organizações internacionais governamentais. Essas são sujeitos de direitos limitados, e não pleno como são os Estados, portanto não são dotadas de competências gerais, e é justamente por isso que a Corte indica precisamente no

¹⁷ Sendo a regra indeterminada, o raciocínio inicial pode ser mantido, observando então que as competências da organização são deduzidas de sua personalidade jurídica. Concluímos sobre essa questão que não há resposta pré-determinada, ou solução a priori, que seria descoberta pelo operador ou pela doutrina jurídica. A atribuição da personalidade jurídica pode ser detalhada no tratado constitutivo, num tratado posterior (como no caso da UE) ou reconhecida pela jurisprudência como no parecer da CIJ de 1949, objeto de nosso estudo.

parecer que: “Dentro de um sistema jurídico os sujeitos de direito não são necessariamente idênticos enquanto a natureza ou ao limite dos seus direitos”.¹⁸

Tal posicionamento foi reiterado num importante parecer da Corte Internacional de Justiça, datado de 08 de julho de 1996,¹⁹ no qual a Organização Mundial da Saúde (OMS), junto com a Assembleia Geral da ONU, questionou à Corte sobre a licitude de uso de armas nucleares.²⁰ O mérito do parecer consultivo não apresenta um interesse específico no presente estudo, mas a sua importância se deu no fato da Corte ter rejeitado a demanda da OMS por motivo de incompetência da organização de tratar de tais assuntos. O Tribunal de a Haia invoca notadamente o parágrafo segundo da Carta das Nações Unidas que dispõe que: “Outros órgãos das Nações Unidas e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos ao Tribunal sobre questões jurídicas dentro da esfera de suas atividades.”

Combinando esse artigo com o tratado constitutivo da OMS,²¹ com o acordo entre a ONU e a OMS de 10 de julho de 1948²² e com o seu próprio estatuto,²³ a CIJ confirma o princípio de especialidade das atividades das organizações internacionais. Assim, para o Tribunal não se pode reconhecer a competência da OMS de tratar da licitude do uso de armas nucleares, sem desprezar o princípio de especialidade, apesar dos efeitos nocivos de tais armas na saúde e no meio ambiente.

4.2. As competências do ato constitutivo

Não existe um regime uniforme das organizações internacionais governamentais e, portanto, coexistem várias formas de emergência da

¹⁸ “Les sujets de droit dans un système juridique ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l’étendue de leurs droits” (*Tradução do autor*).

¹⁹ Corte Internacional de Justiça. *Licitude da utilização de armas nucleares por um Estado num conflito armado*. Parecer consultivo do 8 de julho de 1996 (OMS). Cour Internationale de Justice, *Licéité de l’utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*. Avis Du 8 juillet 1996 (OMS).

²⁰ Resolução OMS 46.40 de 14 de maio de 1993. Resolução ONU, A/Rés. 49/75K, de 15 de dezembro de 1994.

²¹ Artigo 76.

²² Parágrafo segundo do artigo 10.

²³ Primeiro parágrafo do artigo 65.

normatividade dessas entidades. A mais simples consiste obviamente em dispor expressamente no ato constitutivo da organização, de regras de funcionamento interno, e da proclamação da capacidade internacional. Essa personalidade internacional permitirá principalmente ao sujeito de assinar tratados e de poder reclamar na justiça internacional.

Os tratados constitutivos adotam geralmente a forma de tratados multilaterais, e apresentam, segunda a doutrina majoritária, a particularidade de possuir uma natureza mista. Com efeito, o ato constitutivo é simultaneamente revestido de aspecto convencional e de um aspecto constitucional.

O aspecto convencional é tradicional para todo tratado e consiste na materialização da vontade dos Estados de criar um sujeito diferente com finalidade de institucionalizar uma cooperação acerca de determinada matéria. Os critérios clássicos de validade dos tratados devem ser seguidos no que tange à capacidade dos sujeitos, ao consentimento, a licitude do objeto e ao fato de ser um texto regido pelo direito internacional.

A singularidade do tratado constitutivo reside no aspecto constitucional, cuja denominação foi utilizada para os tratados que instituíram a OIT e a OMS. O ato é criador de um sujeito de direito, atributivo de regras de funcionamento e de competências. De certa forma, ele cria um direito originário da organização cujas decisões irão alimentar um direito derivado. Esse último é subordinado ao primeiro e os seus atos serão apreciados em conformidade com as normas secretadas pelo direito originário.

Consequentemente, o tratado constitutivo é revestido de propriedades peculiares, como a primazia que ele enuncia em relação a outros tratados concluídos por seus membros ou pela própria organização,²⁴ assim como um regime mais restritivo em matéria de reservas. Apesar da real importância dos tratados constitutivos, não podemos concluir de forma precipitada que a natureza constitucional que se aplique a ele seja idêntica ou parecida ao direito constitucional dos Estados soberanos. Neste último caso, estamos diante da criação de uma verdadeira ordem jurídica que não é refletida no caso das organizações internacionais, que são sempre submetidas ao direito internacional por meio do direito dos tratados.

²⁴ Assim no caso da ONU, o artigo 103 da Carta das Nações Unidas dispõe que: “no caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

A formalidade do ato constitutivo e atributivo da personalidade jurídica é hoje amplamente utilizada, mas ainda existem tratados mudos a respeito do assunto e que envolvem importantes organizações internacionais. Neste caso, surge uma delicada articulação de argumentos jurídicos para saber se definir a situação na qual se encontra a organização internacional, sobretudo quando se trata de um sujeito regional.²⁵ Assim, o exemplo fornecido pela União Europeia é revelador da profunda indeterminação das regras (convencionais ou costumeiras) e/ou da ausência de regime das organizações internacionais.²⁶ A questão da personalidade jurídica da União Europeia se estendeu por muitos anos até ser concluído pelo Tratado de Lisboa que fechou um parêntese de muita instabilidade.²⁷

De forma geral a competência do ato constitutivo conforta obviamente a tese voluntarista, sendo o reflexo da vontade dos Estados de criar um ente encarregado de assumir certas funções. Mas é justamente essa tese que vem ser ponderada pelo parecer da CIJ a partir do reconhecimento implícito de competências.

4.3. As competências implícitas

O parecer da Corte reconhece à ONU a competência de reclamar perante os tribunais internacionais de forma implícita. A doutrina majoritária indica que o Tribunal de a Haia seguiu os métodos interpretativos da Corte Suprema Americana, notadamente na época do juiz Marshall, quando se tratou de reforçar os poderes da União contra os Estados federados norte-americanos no silêncio do texto constitucional. Com efeito, o tribunal americano reconheceu a federação o direito de adotar atos que não eram expressamente autorizados pela constituição federal.²⁸

Apesar da competência não ser formalmente prevista na Carta das Nações Unidas, o Tribunal de a Haia reconhece essa capacidade como sendo essencial ao

²⁵ Lembramos que boa parte da doutrina considera que o aporte do parecer da CIJ de 1949 vale pelos casos de organizações internacionais governamentais de cunho universal, emitindo as maiores reservas em relação as regionais.

²⁶ Não entraremos no debate sobre a classificação jurídica dos blocos econômicos, tal que a União Europeia, mas nosso entendimento é pela não assimilação à categoria de organizações internacionais deixando-os na categoria de objetos jurídicos não identificados.

²⁷ O artigo 47 do Tratado sobre a União Europeia atribui formalmente à personalidade jurídica à União Europeia.

²⁸ Corte Suprema dos EUA, *Mc Culloc c. Maryland*, 1819.

exercício de suas funções, e essa teoria das competências implícitas será constantemente mantida pela Corte Internacional.²⁹ A Corte de a Haia continua, assim, a obra jurisprudencial iniciada pela Corte Permanente de Justiça Internacional que, já no início do século XX, tinha promovido a teoria dos poderes implícitos. Ela apreciou, por exemplo, a competência da Organização Internacional do Trabalho³⁰ e da Comissão Europeia do Danúbio.³¹

Com essa técnica de interpretação a CIJ afirma de forma decisiva que: “Segundo o direito internacional a Organização deve ser considerada como possuindo esses poderes, que, apesar de não ser expressamente enunciados na Carta, são uma consequência necessária, conferidos á organização, pois essenciais ao exercício de suas funções.”³²

Estamos diante de uma concepção profundamente ativista da Corte Internacional que tenta contribuir de forma importante para o desenvolvimento do direito internacional.

5. Considerações finais

A questão do tema da personalidade jurídica das organizações internacionais revela a pertinência de uma análise realista do direito internacional.³³ Com efeito, coloca-se em evidência o caráter indeterminado da regra jurídica internacional e a incerteza que preside ao reconhecimento da personalidade jurídica. Assim, as cartas constitutivas das organizações internacionais governamentais que nem sempre preveem a atribuição expressa da capacidade jurídica deixam consequentemente um espaço importante para a jurisprudência afirmar que *cinquenta Estados constitui um número expressivo para obrigar todos os estados* a “reconhecer” a capacidade de uma organização internacional de cunho universal. Mas o regime da personalidade jurídica das

²⁹ *Parecer consultivo sobre o Sul-Oeste Africano*, 11 de julho de 1950. *Parecer consultivo sobre o efeito dos julgamentos do tribunal administrativo das Nações-Unidas de 13 de julho de 1954*. *Parecer consultivo sobre algumas despesas das Nações-Unidas*, 20 de julho de 1962. *Parecer consultivo sobre a Namíbia*, 21 de junho de 1971.

³⁰ *Parecer consultivo da CPJI n° 13 de 23 de julho de 1926*.

³¹ *Parecer consultivo da CPJI n° 14 de 8 de dezembro de 1927*.

³² Selon le droit international l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont par une conséquence nécessaire conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci.

³³ No sentido da Teoria do Direito e não propriamente das Relações Internacionais.

organizações internacionais que oscila entre voluntarismo e objetivismo, divide ainda a doutrina internacionalista.

Se por um lado é possível afirmar que hoje as organizações internacionais têm uma vida jurídica no cenário internacional, por outro lado à questão da atribuição da qualidade de sujeito jurídico ainda não é definida. Da mesma forma, as questões da oponibilidade e da responsabilidade das organizações internacionais governamentais carecem de regime jurídico positivado. O parecer da CIJ de 1949 deve ser visto como uma contribuição para a afirmação da presença, hoje irrecusável das organizações internacionais na sociedade internacional.

6. Referências bibliográficas

COMBACAU, Jean. *Droit International Public*. Paris: Montchrestien, 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Parecer consultivo de 11 de abril de 1949 sobre a reparação de danos sofridos pelo serviço das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=isun&case=4&k=41&p3=0>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

_____. *Parecer consultivo sobre o Sul-Oeste Africano*, 11 de julho de 1950. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=sswa&case=10&k=30&p3=0>. Acesso em: 16 de novembro de 2013.

_____. *Parecer consultivo de 13 de julho de 1954 sobre o efeito dos julgamentos do tribunal administrativo das Nações-Unidas*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=unac&case=21&k=d2&p3=0>. Acesso em: 16 de novembro de 2013.

_____. *Parecer consultivo sobre algumas despesas das Nações-Unidas*, 20 de julho de 1962. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=ceun&case=49&k=4a&p3=0>. Acesso em: 16 de novembro de 2013.

_____. *Parecer consultivo sobre a Namíbia*, 21 de junho de 1971. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=nam&case=53&k=a7&p3=0>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

_____. Parecer consultivo de 8 de julho de 1996 (OMS). *Licitude da utilização de armas nucleares por um Estado num conflito armado*. Disponível

em:<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=unan&case=95&k=e1&p3=0>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Parecer consultivo da CPJI n° 13 de 23 de julho de 1926*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>. Acesso em: 15 de Novembro de 2013.

_____. *Parecer consultivo da CPJI n° 14 de 8 de dezembro de 1927*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Behrami e Behrami c. França*, 2 de maio de 2007, n° 71412/01. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=fra>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

_____. *Saramati c. França, Alemanha e Noruega*, 2 de maio de 2007, n° 781661/01. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=fra>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

SUPREMA CORTE DOS EUA. *Mc Culloc c. Maryland*, 1819. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/docket/docket.aspx>. Acesso em: 14 de novembro de 2013.

PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8ª ed., Paris: LGDJ, 2009.

RUZIE, David. *Droit international Public*. 19ª ed., Paris: Dalloz, 2008.

TROPER, Michel. *La théorie réaliste de l'interprétation*. La théorie du droit, le droit, l'État. Paris: PUF, 2001.

VEYNE, Paul. *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes*. Paris: Le Seuil, 1983.

CERTAS DESPESAS DAS NAÇÕES UNIDAS (ARTIGO 17, PARÁGRAFO 2, DA CARTA) (20 DE JULHO DE 1962)

Liliana Lyra Jubilut
Daniel de Souza Assis

1. Introdução

Exemplo de decisão da fase inicial de atividades da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o caso *Certas Despesas das Nações Unidas - Artigo 17, parágrafo 2, da Carta* (doravante, “*Certas Despesas*”), foi a décima segunda opinião consultiva emanada pelo principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU). Tratando de uma solicitação da Assembleia Geral da ONU relativa ao financiamento de certas atividades da Organização (nomeadamente missões de paz), o caso *Certas Despesas* contribui para o desenvolvimento do direito internacional por ir além da análise de questões orçamentárias.

Nesse sentido, a decisão da CIJ no caso *Certas Despesas* se enquadra na ideia de que

diferentemente de julgados, opiniões consultivas são apenas informativas e não-vinculantes [...] Mas elas têm peso político e são respeitadas na maioria dos casos; algumas opiniões consultivas alteraram significativamente o curso do desenvolvimento do direito internacional^{1,2}

Em sua decisão, a CIJ aborda duas grandes temáticas a fim de pronunciar seu entendimento sobre a consulta efetuada. De um lado, trabalha com questões relativas à teoria geral das organizações internacionais, com ênfase na ONU, analisando temas relativos (i) à sua personalidade jurídica, (ii) aos seus poderes –

¹ MALANCZUK, P. *AKEHURST'S Modern introduction to International Law*. 7 ed. New York: Routledge, 2006. p. 289. (“*unlike judgements, advisory opinions are only consultative and not Binding [...] But they carry political weight and are complied with in most cases; some advisory opinions have significantly altered the course of the development of international law*”). (tradução livre) Grifos acrescidos ao original.

² O autor segue seu texto elencando exemplos deste tipo de opinião consultiva e menciona expressamente o caso *Certas Despesas*. *Ibid*, p. 289.

sobretudo referentes aos tipos de ação que poderiam ser desempenhadas -, e (iii) às competências temáticas e de ação de seus órgãos.

De outro lado, em face de a questão orçamentária dizer respeito a missões de paz, a CIJ estabelece regras referentes ao regime do uso da força no cenário internacional, tema prioritário para a agenda pós-Segunda Guerra Mundial, e que constitui razão e objetivo³ para o estabelecimento da ONU.⁴

Perpassando toda análise ainda se encontram as questões da própria competência da CIJ, sobretudo em relação à possibilidade de a mesma produzir normas de direito internacional, quando, em geral, o papel tradicional da jurisprudência é o de aplicar normas já existentes.⁵

O presente artigo é construído a fim de apontar as questões mais relevantes dentro dessas três perspectivas. Para tanto, se procederá à descrição do caso *Certas Despesas*, seguida de análises das contribuições temáticas trazidas pela decisão da CIJ no mesmo, a fim de apontar quais foram efetivamente as contribuições jurídicas dessa opinião consultiva.

2. O caso *Certas Despesas*

A manutenção da paz e da segurança internacional é sabidamente um dos principais objetivos⁶ da Organização das Nações Unidas. Contudo, na década de 1960, a Organização passava por uma grande crise financeira com o aumento das despesas geradas pelas operações de paz estabelecidas na região do Suez - Forças de Urgência da ONU para o Oriente Médio (no original, *United Nations Emergency Force* - doravante, “UNEF”) - e no Congo - Operação da ONU no Congo (no original, *Opération des Nations Unies au Congo* - doravante, “ONUC”)⁷-. Tal realidade decorria muito do fato de que quase 50% dos membros da ONU se

³ A manutenção da paz e segurança internacionais é o primeiro propósito listado na Carta da ONU (Carta da ONU, artigo 1, 1. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em 04.04.2013.

⁴ JUBILUT, L. L. *Não intervenção e legitimidade internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21 e 57.

⁵ JUBILUT, L. L. MONACO, G. F. C. *Direito Internacional Público*. Coleção Sínteses Jurídicas Lex. São Paulo: Lex editora, 2010, p. 30.

⁶ Carta da ONU, artigo 1, 1.

⁷ DUKE LAW JOURNAL. Certain expenses of the United Nations: Advisory Opinion . World Law. *Duke Law Journal*, 1963, p. 304-306, 1963. p. 304

encontravam em atraso com suas respectivas contribuições relativas àquelas duas operações.⁸

Como muitos desses Estados Membros – sobretudo França e União Soviética – argumentaram que não estariam obrigados ao pagamento de tais despesas, se apoiando na argumentação de que as referidas atividades não estariam em conformidade com a Carta da ONU, a Assembleia Geral da ONU decidiu recorrer à Corte Internacional de Justiça, por meio de solicitação de uma opinião consultiva para eliminar evidentes dissensões sobre a temática.⁹

Assim, no mês de dezembro de 1961, a CIJ recebeu um pedido de elaboração de uma opinião consultiva sobre a questão de certas despesas das Nações Unidas. Tal pedido versava, basicamente, a saber se os gastos com as operações UNEF e ONUC, autorizadas pela Assembleia Geral, constituíam ou não “despesas da Organização”, nos termos do artigo 17, parágrafo 2º, da Carta da ONU.¹⁰

Em respeito ao artigo 66, parágrafos 1º e 2º do Estatuto da própria CIJ,¹¹ o então presidente desta instituição, considerando que os Estados Membros se

⁸ *Ibid*, p. 304.

⁹ Cf. AG. Resolução 1731, de 20 de dezembro de 1961. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/167/84/IMG/NR016784.pdf?OpenElement>>.

¹⁰ *Ibid*, par. 1º. O texto da solicitação indagava: “*Do the expenditures authorized in General Assembly resolutions 1583 (XV) and 1590 (XV) of 20 December 1960, 1595 (XV) of 3 April 1961, 1619 (XV) of 21 April 1961 and 1633 (XVI) of 30 October 1961 relating to the United Nations operations in the Congo undertaken in pursuance of the Security Council resolutions of 14 July, 22 July and 9 August 1960, and 21 February and 24 November 1961, and General Assembly resolutions 1474 (ES-IV) of 20 September 1960 and 1599 (XV), 1600 (XV) and 1601 (XV) of 15 April 1961, and the expenditures authorized in General Assembly resolutions 1122 (XI) of 26 November 1956, 1089 (XI) of 21 December of 1956, 1090 (XI) of 27 February 1957, 1151 (XII) of 22 November 1957, 1204 (XII) of 13 December 1957, 1337 (XIII) of 13 December 1958, 14.41 (XIV) of 5 December 1959 and 1575 (XV) of 20 December 1960 relating to the operations of the United Nations Emergency Force undertaken in pursuance of General Assembly resolutions 997 (ES-1) of 2 November 1956, 998 (ES-1) and 999 (ES-1) of 4 November 1956, 1000 (ES-1) of 5 November 1956, 1001 (ES-1) of 7 November 1956, 1121 (XI) of 24 November 1956 and 1263 (XIII) of 14 November 1958, constitute 'expenses of the Organization' within the meaning of Article 17, paragraph 2, of the Charter of the United Nations?*”

¹¹ Artigo 66

1. Assim que seja recebida a solicitação da opinião consultiva, o Secretário notificará a todos os Estados que tenham direito a comparecer diante da Corte.

2. O Secretário notificará também, mediante comunicação especial e direta a todo Estado com direito a comparecer frente a Corte, e a toda organização internacional que a juízo da Corte, ou de

interessariam em prestar informações relacionadas com o tema, determinou o dia 20 de fevereiro de 1962 como prazo limite para o envio daquelas informações¹². Uma vez definido o prazo para o envio das declarações pelos Estados Membros, URSS, Ucrânia, Tchecoslováquia, Romênia, Reino Unido, Portugal, Países Baixos, Japão, Itália, Irlanda, França, EUA, Espanha, Dinamarca, Canadá, Bielorrússia, Bulgária, Austrália, África do Sul e Alto Volta¹³ enviaram suas manifestações.¹⁴ Entretanto, isso não encerrou a participação dos Estados Membros, isso porque o mencionado dispositivo do Estatuto prevê ainda a possibilidade de manifestação em audiência pública. Tais audiências ocorreram entre os dias 14 e 21 de maio de 1962, e declarações orais de representantes da Austrália, Canadá, EUA, Irlanda, Noruega, Países Baixos, Reino Unido e URSS foram apresentadas à CIJ e por ela conhecidas.¹⁵

Inicialmente, em sua opinião consultiva, a CIJ rechaçou o argumento apresentado sobre sua competência, no sentido de que deveria se recusar a conceder o parecer, tendo em vista a natureza política¹⁶ da questão apresentada¹⁷.¹⁸ Contudo, a CIJ argumentou que não poderia atribuir um caráter político a um

seu Presidente se a Corte estiver reunida, possam retirar alguma informação sobre a questão, que a Corte estará pronta para receber exposições escritas dentro o prazo determinado pelo Presidente, ou para escutar em audiência pública que será realizada à questão, exposições orais relativas a tal questão.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm> . Acesso em 04.12.2013.

¹² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of The Charter)*. Advisory Opinion of July 1962, p. 152-153 (5-6). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf>>. Acesso em 04.12.2013.

¹³ Trata-se de um país extinto do continente africano, atualmente conhecido como Burquina Fasso.

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, 153-154 (6-7).

¹⁵ *Ibid*, 154 (7).

¹⁶ É interessante notar que há alegações que a base de fundo da recusa de alguns Estados em efetuar o pagamento das despesas do caso em tela era efetivamente política. A França possuía objeções quanto a ONU e a União Soviética quanto a UNEF.

¹⁷ A competência consultiva da CIJ se funda tão somente em questões jurídicas, daí porque uma questão essencialmente política não poderia ser objeto de análise. Cf. o artigo 65 de seu Estatuto que determina que: “A Corte poderá emitir opiniões consultivas sobre qualquer questão jurídica, sob solicitação de qualquer organismo autorizado para isso por Carta da ONU, ou de acordo com as disposições da mesma”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em 04.12.2013.

¹⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 155 (8)

pedido “essencialmente jurídico”¹⁹ versando sobre a interpretação de uma disposição convencional.²⁰

Quanto ao exame da questão, foi constatado que esta envolvia a interpretação do artigo 17, parágrafo 2º²¹ da Carta da ONU, e que a questão primordial recaía sobre a identificação do que seriam as “despesas da organização”.

A partir da leitura do referido dispositivo, observa-se que a expressão “despesas da organização” não está acompanhada de qualquer definição precisa. Assim, desde uma dedução das disposições da Carta da ONU como um todo, a CIJ constatou que a palavra “despesas” está relacionada à palavra “orçamento”²² presente no parágrafo 1º do artigo 17 Carta²³ e sustentou que em ambos os casos tanto o adjetivo “normal” quanto “administrativo” deveriam estar subentendidos.²⁴ Ademais, a CIJ se manifestou no sentido de que, caso os redatores da Carta quisessem atribuir à Assembleia Geral autorização quanto ao orçamento administrativo tão somente, excluindo o orçamento operacional do crivo deste órgão, teriam incluído menção expressa a isso, como fizeram no parágrafo 3º²⁵ do mesmo artigo.²⁶ Em função disso, sobre tal questão a CIJ asseverou que não deveria decorrer uma interpretação limitada da palavra orçamento presente no parágrafo 1º.²⁷

Já com relação à palavra “despesa”, consoante no parágrafo 2º, a CIJ valeu-se da mesma lógica e observou que tal expressão deveria corresponder a todas as despesas da organização e não apenas aos gastos que poderiam ser considerados como sendo despesas normais.²⁸ De tal sorte, a CIJ acabou por não encontrar

¹⁹ *Ibid*, p. 155 (8) (“*essentially judicial*”) (tradução livre)

²⁰ *Ibid*, p. 155 (8) (“*the interpretation of a treaty provision*”) (tradução livre)

²¹ Artigo 17

1. A Assembléia Geral considerará e aprovará o orçamento da organização.

2. As despesas da Organização serão custeadas pelos Membros, segundo cotas fixadas pela Assembléia Geral.

3. A Assembléia Geral considerará e aprovará quaisquer ajustes financeiros e orçamentários com as entidades especializadas, a que se refere o Artigo 57 e examinará os orçamentos administrativos de tais instituições especializadas com o fim de lhes fazer recomendações.

²² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 159 (12).

²³ *Supra* nota 25.

²⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 159 (12)

²⁵ *Supra* nota 25.

²⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 159 (12).

²⁷ *Ibid*, p. 161 (14).

²⁸ *Ibid*, p. 161 (14)

ilegalidade na prática corriqueira de se incluir todas as despesas da organização, dentro das somas inscritas no orçamento que a Assembleia Geral repartia entre as cotas dos Estados Membros.²⁹

Ainda com relação ao artigo 17, mais especificamente, sobre a posição ocupada por este na estrutura da Carta da ONU, a CIJ determinou que o objetivo geral deste artigo era o poder de controle sobre as finanças da organização e a divisão das despesas de acordo com as cotas.³⁰

Assim, a CIJ, em resposta ao argumento de que as despesas resultantes de operações de manutenção da paz e segurança internacional não eram despesas da organização, uma vez que tais operações ficavam sob a responsabilidade exclusiva do Conselho de Segurança,³¹ determinou que, em virtude do artigo 24 da Carta,³² o Conselho tinha esta matéria como responsabilidade primária mas não exclusiva e que, se a algum órgão era dado o poder para repartir despesas não cobertas entre os Estados Membros, esse órgão seria a Assembleia Geral.³³

Posteriormente, em resposta ao argumento segundo o qual a competência orçamentária da Assembleia Geral, quando o assunto fosse a manutenção da paz e segurança internacional, estaria limitada pelo artigo 11, parágrafo 2º,³⁴ o que a impediria de autorizar as missões de paz, a CIJ determinou que tal colocação era infundada.³⁵

²⁹ *Ibid.*, p. 162 (15)

³⁰ *Ibid.*, p. 162 (15)

³¹ Sobre as operações de paz que basearam a consulta à CIJ é importante destacar que a UNEF foi estabelecida pela Assembleia Geral (AG. Resolução 3276 de 4 de novembro de 1956) e a ONUC pelo Conselho de Segurança (CS. Resolução 143 de 14 de julho de 1960).

³² O artigo 24 da Carta da ONU determina que: “A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal [primária] responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais”.

³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 162-164 (15-17).

³⁴ Artigo 11 2. A Assembléa Geral poderá discutir quaisquer questões relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, que a ela forem submetidas por qualquer Membro das Nações Unidas, ou pelo Conselho de Segurança, ou por um Estado que não seja Membro das Nações Unidas, de acordo com o Artigo 35, parágrafo 2, e, com exceção do que fica estipulado no Artigo 12, poderá fazer recomendações relativas a quaisquer destas questões ao Estado ou Estados interessados, ou ao Conselho de Segurança ou a ambos. Qualquer destas questões, para cuja solução for necessária uma ação, será submetida ao Conselho de Segurança pela Assembléa Geral, antes ou depois da discussão.

³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 165 (18)

Ademais, recordando sua própria opinião consultiva no caso *Efeitos da Sentença de Compensação proferida pelo Tribunal Administrativo da ONU*,³⁶ ao analisar a questão de uma ação tomada por órgão não competente para aquela prática, ter-se-á uma irregularidade,³⁷ a CIJ declarou que a Organização “não tem outra alternativa senão honrar estes compromissos”.³⁸ Ou seja, a CIJ determina não apenas a competência da Assembleia Geral para tomar a decisão, mas também afirma que ainda que a mesma não fosse competente a mesma teria validade.

Depois de abordar o tema das despesas a partir da ótica da competência, a CIJ passou a analisar as mesmas a partir das questões de seu conteúdo. O primeiro critério utilizado foi a verificação de se as despesas foram feitas em concordância com os objetivos da organização. Nesse sentido, caso se admitisse que as despesas realizadas tivessem um objetivo estranho aos da ONU, tais despesas não poderiam ser consideradas como “despesas da organização”.³⁹ Baseadas, portanto, nestas linhas de raciocínio, a CIJ passou a analisar as despesas relacionadas à UNEF e aquelas relativas à ONUC.⁴⁰

Quanto à UNEF, a CIJ fez questão de relembrar que ela fora criada com o aval de todos os países envolvidos⁴¹ ⁴² e que, como a UNEF desempenhava um papel em total consonância com os principais objetivos da ONU,⁴³ a CIJ determinou que tais despesas deveriam ser consideradas como despesas da organização,⁴⁴ caso contrário a Assembleia Geral não teria autoridade para decidir se elas seriam partilhadas pelos Membros ou seja, arcadas pela organização.⁴⁵ Dessa

³⁶ Para maiores informações sobre o referido caso, ver íntegra do mesmo disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/21/9033.pdf>>. Acesso em 04.12.2013.

³⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 168 (21)

³⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal. Apud *Ibid.*, p. 169 (22)

³⁹ *Ibid.*, p. 167 (20)

⁴⁰ *Ibid.*, p. 168 (21)

⁴¹ *Ibid.*, p. 170 (23)

⁴² E sem nenhum voto em contrário. Cf. *Ibid.*, p. 170 (23)

⁴³ *Ibid.*, p. 171-172 (24-25). Aqui é interessante notar que a CIJ se refere à solução pacífica de um conflito (“*peaceful settlement of the situation*”) e não à manutenção da paz e segurança como um propósito da ONU; até como forma de fortalecer sua argumentação de que a UNEF não era uma medida coercitiva (“*enforcement*”).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 175(28)

⁴⁵ *Ibid.*, p. 174 (27)

forma, ficou determinado que as despesas da UNEF seriam tratadas como despesas da organização, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 17 da Carta.⁴⁶

Da mesma maneira, quanto à ONUC, a CIJ considerou a mesma uma ação em conformidade com os objetivos da organização, descartando o enquadramento dela como medida coercitiva.⁴⁷ Neste sentido, as despesas também eram consideradas como despesas da organização, o que incumbia à Assembleia Geral ao provimento delas.⁴⁸

Dessa forma, a CIJ, considerando como infundadas as argumentações contrárias à conclusão de que as despesas em questão deveriam ser consideradas como despesas da organização, definiu que deveria responder afirmativamente à questão a ela submetida pela Assembleia Geral, no sentido de entender como legais e legítimas as despesas da ONU quanto às UNEF e ONUC^{49, 50}

Ademais da tomada da decisão em si e da resposta a solicitação da Assembleia Geral, a CIJ no caso *Certas Despesas* analisa temáticas tangenciais ao caso, mas que são necessárias para suas argumentações e conclusões; e que, na verdade, trazem contribuições significativas para o direito internacional. São esses legados que se passa a analisar.

3. Contribuições para a teoria geral das Organizações Internacionais

3. 1. Personalidade jurídica das Organizações Internacionais

Para que uma Organização Internacional possa ser considerada como tal, além de ser criada por Estados por tratado específico⁵¹ e ser uma associação

⁴⁶ *Ibid.*, p. 172-175 (25-28)

⁴⁷ *Ibid.*, p. 166 (19)

⁴⁸ *Ibid.*, p. 175-177 (28-30)

⁴⁹ *Ibid.*, p. 179-180 (32-33)

⁵⁰ É interessante notar que após a decisão com exceção da França e do bloco soviético, os demais Estados que estavam atrasados com seus pagamentos quitaram os mesmos. O bloco liderado pelos Estados Unidos ameaçou aplicar o artigo 19 da Carta da ONU que levaria a suspensão do direito de voto dos inadimplentes na Assembleia Geral da ONU. Em resposta, a União Soviética ameaçou sair da ONU. Só em 1965 que a situação foi resolvida com um acordo entre as partes pelo qual os Estados Unidos e seus aliados pararam de pressionar pela aplicação do artigo 19 e a União Soviética se comprometeu a fazer uma doação para auxiliar a cobrir os gastos das duas operações. Cf. MALANCZUK, P. Op. cit., p. 420.

⁵¹ JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 68.

voluntária,⁵² ela deve possuir uma personalidade jurídica própria⁵³ o que, via de regra, decorre do voluntarismo de seus Estados Membros ao formularem um instrumento jurídico internacional constitutivo daquela organização.⁵⁴ Ou seja, deve possuir capacidade de atuação autônoma a partir da vontade para tal estabelecida pelos Estados.

Todavia, a questão dessa personalidade jurídica internacional, ou seja, o próprio fato da subjetividade internacional das Organizações Internacionais, não se apresentou sempre como uma questão consensual, sobretudo por não haver regra clara definida no direito internacional sobre a temática, e pelo fato de, pelos primeiros três séculos de sua existência, o direito internacional consagrar o Estado como seu sujeito essencial.⁵⁵

Tal fato ganhou relevo com o aumento do número e das atividades das Organizações Internacionais a partir do século XIX,⁵⁶ mas, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial,⁵⁷ e recaiu também sobre a personalidade jurídica da ONU.

As controvérsias sobre a personalidade jurídica da organização podem ser imputadas, ademais da ausência de regra geral sobre o tema, à ausência de tratamento bem definido quanto à matéria em questão pela Carta da ONU.⁵⁸

Em que pese o fato de se extrair dos artigos 104 e 105 da Carta a certeza de que a ONU tem personalidade jurídica internacional,⁵⁹ tais referências são as

⁵² *Ibid*, p. 68.

⁵³ *Ibid*, p. 68.

⁵⁴ CRETELLA NETO, J. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94-100.

⁵⁵ AMARAL JUNIOR, A. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17 e 29.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 185.

⁵⁷ AMARAL JUNIOR, A. *Curso de Direito Internacional Público*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 162.

⁵⁸ RIBEIRO, Manuel de Almeida; FERRO, Mônica. *A Organização das Nações Unidas*. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2004. p. 40-41.

⁵⁹ Artigo 104 Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício de suas funções e à realização de seus propósitos.

Artigo 105

1. A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos.

2. Os representantes dos Membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão,

únicas neste documento, e não consagram explicitamente tal fato, o que gerava controvérsia sobre o fato de se Estados poderiam ou não criar entidades dotadas de personalidade jurídica internacional oponível perante um terceiro,⁶⁰ e nesse sentido efetivamente agir no cenário internacional.

Em face dessa dificuldade, a CIJ, em uma opinião consultiva,⁶¹ acabou por resolver essa controvérsia ao se pronunciar sobre o caso *Bernadotte* (caso das *Reparações de Danos Sofridos ao Serviço das Nações Unidas*). Em sua decisão, de abril de 1949, a CIJ se manifestou sobre a possibilidade de uma indenização à organização pela morte do conde Folke Bernadotte e de outros funcionários, durante missão para a ONU. Resolveu, a CIJ que uma organização da qual participavam a maioria dos Estados, teria sim uma personalidade jurídica oponível a outros Estados e, assim, ter poderes essenciais para o bom desempenho de suas funções.⁶²

Essa consagração da personalidade jurídica da ONU foi reforçada no caso *Certas Despesas*, ainda que de modo mais sutil. Isso porque ao analisar a possibilidade de ação da ONU, indiretamente a CIJ está reafirmando sua personalidade jurídica – somente enquanto sujeito de direito internacional é que os direitos e deveres⁶³ da ONU estabelecidos pelo direito internacional podem ser avaliados. Nesse sentido, o caso *Certas Despesas* continua a consagração da personalidade jurídica da ONU.

A determinação dos limites da atuação decorrente dessa subjetividade internacional também é analisada pela CIJ no caso *Certas Despesas*, tema em que a opinião consultiva é inovadora e estabelece a teoria utilizada até o momento sobre os poderes de atuação da ONU, que se abordará no próximo item.

igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente de suas funções relacionadas com a Organização. 3. A Assembléia Geral poderá fazer recomendações com o fim de determinar os pormenores da aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo ou poderá propor aos Membros das Nações Unidas convenções nesse sentido.

⁶⁰ RIBEIRO, M. A.; FERRO, M. *Op. cit.*, p. 2004, p 41.

⁶¹ Caso das *Reparações de Danos Sofridos ao Serviço das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>>. Acesso em 04.12.2013.

⁶² RIBEIRO, M. A.; SALDANHA, A. V.; FERRO, M. *Textos de Direito Internacional Público – Organizações Internacionais*. 2. ed. Lisboa: ISCSP, 2003. p. 226-227.

⁶³ Para uma concepção de que a subjetividade internacional deriva do estabelecimento de direitos e deveres pelo Direito Internacional aos entes, e não de uma lista fechada de competências, cf. JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 34-35.

3.2. Poderes das Organizações Internacionais

Delimitar os poderes de uma Organização Internacional quase nunca constitui tarefa fácil, até porque são as mesmas, como visto, associações de Estados, e sua força, competência e poderes dependerão diretamente da vontade dos Estados que as criaram e do que eles atribuírem a elas.⁶⁴ Apesar de, em tese, os poderes das Organizações Internacionais virem fixados pelos tratados que as estabelecem,⁶⁵ por vezes a real delimitação dos mesmos para os casos concretos é de difícil determinação.

No caso das Organizações Intergovernamentais,⁶⁶ a questão de seus poderes é delicada, uma vez os Estados se mostram extremamente reticentes no sentido de que sua participação neste tipo de organização afete de alguma maneira sua própria soberania.

Já no que se refere aos poderes das Organizações Supranacionais, uma vez que se pode defini-las não como um sistema de governo completo que se destinam ao desenvolvimento de uma sociedade específica, mas sim como uma mega estrutura com vistas a promover a cooperação entre seus Estados membros, influenciando a forma como eles utilizam seus próprios poderes,⁶⁷ verifica-se que os seus poderes, por um lado, devem ser mais amplos do que o das Organizações Internacionais Intergovernamentais,⁶⁸ e, por outro lado, não podem simplesmente utilizar a estrutura básica dos poderes dos Estados por analogia, devendo ser explicitados o mais claramente possível.⁶⁹

⁶⁴ *Ibid*, p. 71

⁶⁵ MELLO, C. D. A. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º v. 15ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 608

⁶⁶ Também chamadas de tradicionais, as Organizações Internacionais Intergovernamentais são estabelecidas por tratado constitutivo firmado por Estados, que ainda retêm algum tipo de poder de decisão sobre estas, bem como as financiam. Em termos de força de suas decisões as Organizações Internacionais Intergovernamentais se situam no “mesmo patamar que os Estados e, portanto, não conseguem impor suas decisões a eles”. JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 71.

⁶⁷ RIBEIRO, M. A.; FERRO, M. *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁸ Elas “são criadas a partir de uma maior cessão de soberania por parte dos Estados e têm força para impor suas decisões (ou algumas delas) a seus membros”. JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 71.

⁶⁹ Michel Virally apresenta três tipos de poderes, correspondendo a três formas distintas de cooperação entre estados, a saber: o poder de debater, o poder de decidir e o poder de agir. Cf. VIRALLY, M. *L'Organisation Mondiale*, p. 157 e ss. *apud* RIBEIRO, M. A.; FERRO, M. *Op. cit.*, p. 154.

O estabelecimento de quais são os seus poderes é relevante, pois a condição de ator autônomo das Organizações Internacionais dentro do cenário internacional, ou seja, como entes independentes dos Estados que as criam e as compõem, decorre substancialmente dos mesmos, uma vez que é a partir desses poderes que as Organizações Internacionais conseguem encontrar os meios para se afirmarem, mesmo que de maneira limitada.⁷⁰

É relevante, portanto, delimitar claramente quais são esses poderes. Nesse sentido, e a partir da análise específica da ONU e de seus poderes, verifica-se a existência de três correntes principais.⁷¹

A primeira corrente é a da interpretação literal da Carta da ONU, segundo a qual, os poderes da organização devem ser analisados, respeitando estritamente os dispositivos da Carta.⁷² Dessa forma, a organização não poderia ultrapassar o consentimento dos Estados expresso em seu tratado constitutivo, estando limitada ao que expressamente ou literalmente conste da Carta da ONU, devendo ser tratado com muito cuidado a teoria de que a Carta poderia ser emendada pela prática.⁷³

Em seguida, tem-se a doutrina dos poderes inerentes da ONU. Segundo essa corrente, a organização poderia praticar quaisquer atos internacionais, semelhante a um Estado.⁷⁴ Os limites aos atos potencialmente praticados pela organização estariam condicionados à sua própria existência⁷⁵ – ou seja, tudo aquilo que não coloque em risco tal fato (seja política ou juridicamente) seria aceito. É fato que, há também limitações decorrentes da própria Carta, todavia, tais limitações estariam relacionadas tão somente à questão da existência da organização e não à questão da competência para desempenhar quaisquer tipos de atos. Na esteira de tal raciocínio, a personalidade internacional decorre do simples fato de a ONU existir, tendo suas capacidades inerentes e, ao contrário da corrente anterior, não delegadas especificamente pelos dispositivos de seu instrumento constitutivo, até porque isso seria impossível de se concretizar.⁷⁶

⁷⁰ RIBEIRO, M. A.; FERRO, M. *Op. cit.*, p 155.

⁷¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Direito das organizações internacionais*. 2. ed. atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 13-26.

⁷² *Ibid.*, p. 13.

⁷³ *Ibid.*, p. 13 e ss.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

Por derradeiro, ainda há a corrente dos poderes implícitos, considerada a responsável por acabar com o monopólio da personalidade internacional pelos Estados.⁷⁷ Tal doutrina foi criada no parecer do caso *Certas Despesas*, quando a CIJ admitiu que, quando tomada para viabilizar os objetivos expressos da organização, uma ação tomada pela ONU não pode ser considerada como *ultra vires* por parte dela mesma.⁷⁸

A CIJ determinou que “os direitos e deveres de uma entidade como a ONU devem depender de seus propósitos e funções, especificadas ou implícitas em seus documentos consultivos e desenvolvidos na prática”.⁷⁹ Ou seja, que os poderes da ONU decorrem de seus objetivos e propósitos,⁸⁰ mas que não precisam estar expressamente previstos na Carta da ONU,⁸¹ daí a denominação de “poderes implícitos”.

Verifica-se, assim, que enquanto os objetivos e propósitos devem estar previstos no tratado constitutivo, as ações para sua consecução e efetivação podem ser estabelecidas sem necessidade de previsão expressa.⁸² A ONU pode então adotar as medidas que julgar relevantes para a consecução de seus objetivos, sendo esse o limite a seu poder.

Tal decisão amplia consideravelmente a margem de atuação da ONU, e decorreu exclusivamente da interpretação judicial da CIJ em sua opinião consultiva. Nesse sentido tal decisão tem sido apontada inclusive como provavelmente a mais importante da CIJ,⁸³ ao estabelecer que a ONU possui poderes que, muito embora não estejam expressos em seu instrumento constitutivo, são implícitos, a fim de que a organização possa tornar viáveis as atividades que ela deve exercer.⁸⁴

⁷⁷ FAWCETT, J. E. S. *Evolving United Nations: A Prospect for Peace?*, p. 58, *apud* CANÇADO TRINDADE, A. A. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 168 (21).

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Op. cit.*, p. 20-21.

⁸⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 158 (11), 167 (20), e 168 (21).

⁸¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Op. cit.*, p. 22 e 26; e JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 71.

⁸² JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, 71.

⁸³ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Op. cit.*, p. 20.

⁸⁴ Tal teoria parece adequada até mesmo diante do fato de a Carta da ONU ser um documento historicamente datado, e de permitir atualizações das ações possíveis com a manutenção dos objetivos presentes no documento.

Tal determinação é essencial para o objeto da análise da CIJ no caso *Certas Despesas*, uma vez que as missões de paz não estão previstas diretamente na Carta da ONU. Enquanto a manutenção da paz e segurança internacionais aparecem no tratado e são apontadas como objetivo da organização,⁸⁵ as missões de paz – no que se enquadram a ONUC e a UNEF – não são mencionadas.

A elaboração pela CIJ da teoria dos poderes implícitos, contudo, permite entender que as missões de paz são ações que a ONU pode realizar já que essa teria discricionariedade dos meios para atingir os seus fins (no caso a manutenção da paz e segurança internacionais), não sendo portanto, *ultra vires*, e podendo ser considerada uma despesa da organização, como visto. Surge, dessa forma, a autorização legal para tais missões, no chamado Capítulo “6 e meio” da Carta da ONU.⁸⁶

Assim, ao analisar o objeto do Caso *Certas Despesas*, a CIJ acabou, na realidade, estabelecendo uma teoria jurídica sobre os poderes da ONU, contribuindo para o desenvolvimento tanto da teoria das Organizações Internacionais – e da ONU – quanto das questões relativas à manutenção da paz e segurança internacionais, como se verá a seguir.

4. Contribuições para a temática do uso da força no cenário internacional

O tema do uso da força e de sua regulamentação ganha destaque após o final da Segunda Guerra Mundial, sendo, como visto a razão e o objetivo da criação da ONU. Visando substituir um sistema individual de segurança por um sistema coletivo,⁸⁷ a Carta da ONU estabelece a proibição do uso ou da ameaça do uso da

⁸⁵ Carta da ONU, artigo 1, 1 e capítulo VII, por exemplo.

⁸⁶ Muitas das missões de paz da ONU são criadas em situações no meio termo ente o capítulo 6 da Carta da ONU que trata das soluções pacíficas de controvérsia, e do capítulo I do mesmo documento que se ocupa das ações relativas à ameaças a paz, ruptura da paz e atos de agressão e que estabelece ações coercitivas (*enforcement*) contra algum Estado. Nesse sentido diz-se que as mesmas compõem o Capítulo “6 e meio” da Carta da ONU. Cf., por exemplo, FRANCK, T. *Recourse to force- State action against threats and armed attacks*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. 6. printing. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 39-40. As missões analisadas no caso *Certas Despesas* são dessas naturezas, e a CIJ afirma várias vezes, como visto, que não se tratam de ações coercitivas (*enforcement*). Cf., por exemplo, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 166 (19).

⁸⁷ FRANCK, T. *Op. cit.*, p., 2; JUBILUT, L. L. *Op. cit.*, p. 87.

força em geral,⁸⁸ e da não intervenção;⁸⁹ permitindo apenas duas exceções: 1) a legítima defesa,⁹⁰ e 2) a execução de medidas autorizadas pela própria organização.⁹¹

Para o caso *Certas Despesas*, são as ações desse segundo tipo que interessam, uma vez que, como referido, a UNEF e a ONUC eram exatamente missões de paz, que utilizam a força, autorizadas pela ONU.

O estabelecimento de missões de paz, como mencionado no item anterior, não fazia parte das ações elencadas na Carta da ONU, mas por ser diretamente relacionada aos objetivos da organização estava legalizada e tinha legitimidade, sobretudo, após a decisão da CIJ no caso *Certas Despesas*.

As missões de paz da ONU podem ser de operações de manutenção da paz (*peacekeeping*), operações para a feitura de paz (*peacemaking*) e operações de construção da paz (*peacebuilding*)⁹², dependendo do nível de participação das tropas nas atividades no território em que estão agindo.⁹³ Elas fazem parte da história da organização, podendo ser divididas em três estágios históricos: 1) a primeira geração, que era “não-ameaçadora e imparcial e governada pelos princípios do consentimento e força mínima”,⁹⁴ 2) a segunda geração que era “multidimensional”,⁹⁵ e 3) a terceira geração, que é “às vezes chamada de ‘*peace enforcement*’”⁹⁶ e é autorizada a partir do capítulo VII da Carta da ONU⁹⁷.⁹⁸

A corroboração pela CIJ das missões de paz – e o surgimento do Capítulo “6 e meio” da Carta da ONU – pode ser vista como a primeira de três contribuições

⁸⁸ Carta da ONU, artigo 2,4.

⁸⁹ Carta da ONU, artigo 2,7.

⁹⁰ Carta da ONU, artigo 51.

⁹¹ Carta da ONU, artigo 42.

⁹² JUBILUT, L. L. *Op. cit.*, p. 41.

⁹³ *Ibid*, p. 41.

⁹⁴ CHESTERMAN, S. *You, The People: The United Nations, Transitional Administration, and State-Building*. Oxford: Oxford University Press, 2004 p. 238. (“*non-threatening and impartial, governed by the principles of consent and minimum force*”). (tradução livre)

⁹⁵ *Ibid*, p. 238.

⁹⁶ *Ibid*, p. 238.

⁹⁷ *Ibid*, p. 238.

⁹⁸ São exemplos da primeira geração de missões de paz as que ocorreram até o início dos anos 1990, da segunda as missões no Camboja e Angola, e da terceira, a missão na Somália. A ONUC é apontada como uma possível operação antes de 1990 que poderia ser entendida como exemplo da segunda geração. *Ibid*, p. 238.

relevantes que essa opinião consultiva traz para a temática do uso da força no direito internacional contemporâneo.

O segundo legado se relaciona com o primeiro e trata da distribuição de competências para ações ligadas ao uso da força dentro da ONU. A estrutura institucional e normativa da ONU estabelece que o Conselho de Segurança é o órgão encarregado da manutenção da paz e segurança internacionais,⁹⁹ contudo, e como visto, tal atribuição de competência não é absoluta.

De acordo com o próprio texto da Carta da ONU, trata-se de uma competência primária, do que segue por encadeamento lógico que se há competência primária, pode haver competência(s) secundária(s). Foi essa a lógica adotada pela organização com a chamada resolução “Unidos pela Paz”¹⁰⁰ que permitia “à Assembleia Geral exercer papel complementar ao do Conselho de Segurança nas questões relativas à estabilidade internacional quando esse estivesse paralisado pelo veto, sobretudo durante a Guerra Fria”.¹⁰¹

Tal possibilidade foi abraçada pela CIJ no caso *Certas Despesas* não apenas de modo genérico,¹⁰² mas, na verdade, também auxiliando com aspectos práticos nesta divisão de competências. Isso porque, em sua decisão, a CIJ esclarece em primeiro lugar que apenas o Conselho de Segurança tem competência para autorizar medidas coercitivas,¹⁰³ para na sequência determinar o que constituem medidas dessa natureza¹⁰⁴ e que as missões de paz da ONU não se enquadram nesse tipo de ação.¹⁰⁵ Desta feita, o caso *Certas Despesas* estabelece que enquanto a Assembleia Geral tem competência residual para tratar da manutenção da paz e segurança internacionais, não o tem para determinar ações coercitivas, mas pode estar envolvida em missões de paz.

A terceira contribuição do caso *Certas Despesas* para o tema do uso da força diz respeito à separação da aplicação dos artigos 42¹⁰⁶ e 43¹⁰⁷ da Carta da ONU,¹⁰⁸ a

⁹⁹ Carta da ONU, artigo 24, 1.

¹⁰⁰ AG. Res. 377 (V), 1950 (“*Uniting for Peace*”) (tradução livre baseada no uso pela doutrina brasileira).

¹⁰¹ JUBILUT, L. L. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁰² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 163 (16)

¹⁰³ *Ibid.*, p. 163 (16).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 167 (20)

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 166 (19), 167 (20), 177 (30)

¹⁰⁶ Artigo 42 - No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar e efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança

fim de permitir “a realização de operações para manutenção da paz e segurança por meio de ‘*coalitions of the willing*’, ou seja cessão de tropas estatais para compor as missões da ONU”,¹⁰⁹ o que pode ocorrer de uma forma *ad hoc*. Isto porque o artigo 43 da Carta da ONU era entendido como prevendo o estabelecimento de um “exército permanente” à disposição da Organização¹¹⁰ para a realização das missões envolvendo o uso da força, mas o mesmo nunca foi implementado,¹¹¹ o que poderia gerar a impossibilidade de atuações nesse sentido.

Nesse sentido, o caso *Certas Despesas* traz a possibilidade de operacionalização das missões de paz ao interpretar que os artigos 42 e 43 da Carta da ONU não são interdependentes, e com isso contribui ainda mais para o tema da segurança e paz internacionais.

5. A jurisprudência como fonte primária de direito internacional

Vistas as contribuições que o caso *Certas Despesas* traz tanto para a teoria geral das Organizações Internacionais, quanto para o tema da manutenção da paz e segurança internacionais, cumpre analisar se tais contribuições poderiam efetivamente ter sido dadas da maneira que o foram, isto é se uma decisão em uma opinião consultiva da CIJ teria poder para tal. Nesse sentido, dois temas parecem merecer destaque: 1) a natureza das opiniões consultivas e 2) a possibilidade da jurisprudência ser uma fonte primária de direito internacional.

internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas

¹⁰⁷ Artigo 43- 1. Todos os Membros das Nações Unidas, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais, se comprometem a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e de conformidade com o acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais.

2. Tal acordo ou tais acordos determinarão o número e tipo das forças, seu grau de preparação e sua localização geral, bem como a natureza das facilidades e da assistência a serem proporcionadas.

3. O acordo ou acordos serão negociados o mais cedo possível, por iniciativa do Conselho de Segurança. Serão concluídos entre o Conselho de Segurança e Membros da Organização ou entre o Conselho de Segurança e grupos de Membros e submetidos à ratificação, pêlos Estados signatários, de conformidade com seus respectivos processos constitucionais.

¹⁰⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 166-167 (19-20).

¹⁰⁹ JUBILUT, L. L. *Op. cit.*, p. 114.

¹¹⁰ FRANCK, T. *Op. cit.*, p. 23.

¹¹¹ *Ibid*, p. 23.

Como visto, as opiniões consultivas não têm caráter vinculante e precisam estar baseadas em questionamentos jurídicos.¹¹² Além disso, no caso da CIJ, que é o que interessa a esse capítulo, é preciso que as mesmas digam “respeito a uma questão jurídica em abstrato e não a uma disputa específica, embora várias vezes uma disputa específica possa servir de base para a questão colocada à Corte”.¹¹³

Em face desse caráter de abstração, parece ser possível que a CIJ entre em temas gerais de direito internacional, sobretudo para construir sua decisão, e que a mesma possa ser dotada de caráter de generalidade, podendo ser estendida a situações similares e/ou à interpretação do direito internacional, como parece ser o caso *Certas Despesas*. Mas, mais do que isso, em função do prestígio moral que essas decisões adquirem e do respeito comumente dado a elas, já que são respeitadas na maior parte dos casos,¹¹⁴ tais opiniões são e podem inclusive passar a ser entendidas como costumes internacionais^{115, 116}

Nesse sentido, elas seriam a base para o aparecimento de fontes primárias do direito internacional, entendidas como aquelas que criam efetivamente o direito,¹¹⁷ e não como aquelas que demonstram a existência de uma norma (que seriam as fontes secundárias¹¹⁸)^{119, 120}. Contudo, por vezes a decisão em si é a base da criação da norma.¹²¹ Isto parece ocorrer, sobretudo, quando não há norma prévia específica a escorar a decisão (como no tema da personalidade jurídica das Organizações Internacionais),¹²² ou quando a interpretação dada pela CIJ estabelece novos parâmetros jurídicos e de atuação.

¹¹² MALANCZUK, P. *Op. cit.*, p. 289.

¹¹³ *Ibid*, p. 289. (“[...] concern an abstract legal question and not a particular dispute, although often a specific dispute may be underlying the question put to the Court”). (tradução livre)

¹¹⁴ *Ibid*, p. 289.

¹¹⁵ Isto porque para que haja um costume internacional é preciso a prática reiterada do precedente com a consciência de sua obrigatoriedade. Cf., por exemplo, JUBILUT, L. L. ; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 27-28.

¹¹⁶ MALANCZUK, P. *Op. cit.*, p. 51.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 15.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 15.

¹¹⁹ As normas secundárias abrangeria os meios auxiliares e subsidiários listados no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

¹²⁰ As fontes primárias seriam, em geral, os tratados, costumes e princípios gerais do Direito, e as fontes secundárias a doutrina, a jurisprudência, e a equidade. Cf. JUBILUT, L. L.; MONACO, G. F. C. *Op. cit.*, p. 15.

¹²¹ MALANCZUK, P. *Op. cit.*, p. 51.

¹²² *Ibid*, p. 51.

Essa última possibilidade ocorreu no caso *Certas Despesas*, tanto no que diz respeito aos temas de teoria geral das Organizações Internacionais (sobretudo com a teoria dos poderes implícitos), quanto no que tange a regulamentação sobre manutenção da paz e segurança internacionais.

Dessa maneira, o caso *Certas Despesas* deixa como legado não apenas construções materiais, mas também contribuições no que tange a própria competência da CIJ e a possibilidade normativa da jurisprudência internacional.

6. Considerações finais

Pelo exposto, verifica-se que a CIJ, em sua opinião consultiva no caso *Certas Despesas*, enfrentou várias temáticas relativas à construção do direito internacional contemporâneo. Suas contribuições abrangeram desde (i) a criação de normas (como a teoria dos poderes implícitos que passou a ser seguida pela própria CIJ em sua jurisprudência subsequente), quanto (ii) a interpretação de dispositivos da Carta da ONU (como na questão da separação entre os artigos 42 e 43), passando pela (iii) reafirmação de regras anteriormente por ela estabelecidas, mas de relevância geral para a temática das Organizações Internacionais em geral, e da ONU em especial (como a questão da personalidade jurídica das Organizações Internacionais originalmente estabelecida no caso das *Reparações*) e também pela (iv) interpretação sistemática da Carta da ONU (como na questão do estabelecimento do “Capítulo 6 e meio” com a autorização para as missões de paz).

Ademais das contribuições acima mencionadas, também merece destaque o fato de a CIJ em seu parecer no caso *Certas Despesas* ter efetivamente criado normas em direito internacional, ou seja, para além das contribuições em matérias específicas – seja sobre teoria geral das Organizações Internacionais, seja sobre uso da força no cenário internacional – também auxiliou o desenvolvendo da teoria geral de direito internacional, sobretudo no que tange às suas fontes.

Parece notável que essa riqueza de análises jurídicas tenha advindo de uma solicitação de posicionamento bastante objetiva, inquirindo sobre o financiamento de atividades das ONU. Nesse sentido, denota-se que, quando é de seu interesse, a CIJ tem um enorme potencial para contribuir para a criação e consolidação do direito internacional.

Em face disso, pode-se concluir que a opinião consultiva da CIJ no caso *Certas Despesas* contribuiu tanto para o desenvolvimento do direito internacional como um todo, quanto para a consolidação das atividades da ONU de modo

específico; auxiliando, desse modo, no fortalecimento do adensamento jurídico das relações internacionais na fase inicial da ordem internacional contemporânea.¹²³

7. Referências bibliográficas

AMARAL JUNIOR, Alberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5ª ed., 3. reprint. Oxford: Clarendon Press, 2002.

BUCHANAN JR., William H. Expenses of the United Nations: their limits and the financial obligations created. *Harvard International Law Club Journal*, v. 5, p. 165-194, 1963-1964.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das organizações internacionais*. 2ª ed. atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

CÁRDENAS, Emílio J. Financing the United Nations's activities: a matter of commitment. *University of Illinois Law Review*, p. 147- 161, 1995.

CHESTERMAN, Simon. *You, The People: The United Nations, Transitional Administration, and State-Building*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of The Charter)*. Advisory Opinion of July 1962. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf>>. Acesso em 04.12.2013.

_____. *ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/21/9033.pdf>>. Acesso em 04.12.2013.

CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUKE LAW JOURNAL. Certain expenses of the United Nations: Advisory Opinion . World Law. *Duke Law Journal*, v. 1963. p. 304-306.

¹²³ JUBILUT, L. L. Op. cit., p. 56 e ss.

FRANCK, Thomas. *Recourse to force- State action against threats and armed attacks* (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures). 6ª impressão, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GRAY, Christine. *International law and the use of force: Foundations of Public International Law*. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2004.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Não intervenção e legitimidade internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito Internacional Público* (Coleção Sínteses Jurídicas Lex). São Paulo: Lex editora, 2010.

MALANCZUK, Peter. *AKEHURST'S Modern introduction to International Law*. 7ª ed., Nova York: Routledge, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público* (1º volume) 15ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MERON, Theodor. Budget approval by the General Assembly of the United Nations: duty or discretion. *British Yearbook of International Law*, v. 42, p. 91-122, 1967.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; FERRO, Mônica. *A Organização das Nações Unidas*. 2ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2004.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; SALDANHA, Antonio Vasconcelos de; FERRO, Mônica. *Textos de Direito Internacional Público – Organizações Internacionais*. 2ª ed., Lisboa: ISCSP, 2003.

SEYERSTED, Finn. United Nations Forces – some legal problems. *British Yearbook of International Law*, volume 37, p. 351-475, 1961.

SHAW, Malcom. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins, Martins Fontes, 2010.

PESSOAL DIPLOMÁTICO E CONSULAR DOS ESTADOS UNIDOS EM TEERÁ (ESTADOS UNIDOS VS. IRÃ) (24 DE MAIO DE 1980)

George Rodrigo Bandeira Galindo
Loussia Penha Musse Felix

1. Introdução

O imaginário visual dos internacionalistas é tanto enclausurado como ilimitado. As imagens se repetem porque o “colégio invisível” de internacionalistas quer manter presentes, a todo custo, certas memórias. Disso depende a existência de um vocabulário disciplinar próprio que permite mudanças e mesmo a estagnação. Tal perspectiva pode ser encontrada tanto nessa comunidade epistêmica quanto em manifestações artísticas devotadas a sua representação.

Um desses símbolos encontra-se na *National Gallery*, em Londres, que abriga um dos quadros do século XVI mais estudados e comentados, fruto de uma encomenda do retratado que está à esquerda, o embaixador francês Jean de Dinteville. O quadro, pintado em 1533 por Hans Holbein, The Younger, pintor da corte de Henrique VIII, carrega tantos significados que ainda hoje constitui uma pintura fascinante capaz de transportar a reflexão para os temas indicados pelo artista. O quadro *Double Portrait of Jean de Dinteville, the Bailly of Troyes and Georges de Selve, Bishop of Lavaur*, ou mais conhecido por seu nome sucinto, Os Embaixadores, retribui com intensidade nossa apreciação, mergulhando-nos na sensação do que os ingleses denominam de *time stand still*, ou seja, quando o momento é tão precioso que desejaríamos que perdurasse para sempre.

A sensação de *time stand still* é propiciada por uma percepção de completude do momento representado. Os embaixadores retratados são jovens e, em sua semelhança de traços faciais, parecem servir de moldura para os objetos selecionados por Holbein para compor uma precoce dicotomia, perspectiva tão cara à modernidade, entre objetos representativos da vida espiritual e da vida mundana, ainda que vinculados essencialmente a uma existência privilegiada, vivida entre signos do que era próprio da aristocracia europeia no renascimento. Dispostos em um móvel de linhas retas, dividido em duas prateleiras, encontramos na superior, coberta por um tapete de motivos geométricos, os objetos relativos aos

céus, incluindo um globo celeste e um relógio de sol portátil, entre outros instrumentos destinados à compreensão do divino e à tarefa de mensurar o tempo, enquanto na prateleira inferior, onde a madeira de sua confecção é deixada aparente, são exibidos os instrumentos relativos à existência terrena, como instrumentos musicais, um livro de hinos religiosos, um livro de aritmética e um globo terrestre.¹

Todavia, a figura mais comentada do quadro ao longo destes quase 500 anos não são os objetos produzidos pela arte ou engenho humanos. Olhando à primeira vista, é difícil perceber aquilo que Hans Holbein colocou no centro da tela, na parte mais baixa, e que parece unir de forma oblíqua os retratados, podendo ser facilmente ignorada se o olhar se nutre das cores ricas e quase palpáveis seja da cortina de um verde profundo, com tons de dourado, seja da vestimenta de Jean de Deville com seus ornamentos de arminho nas vestes de cores contrastantes que o transformam em figura representativa da estética da era Tudor. Também as partes em negro do casaco curto em forma de saio remetem à condição de aristocrata do embaixador.

O que captura toda a atenção que porventura se devote ao quadro, a partir do momento que se pode distingui-la entre as cores miméticas do tapete tipo otomano, é uma caveira disposta em perspectiva anamórfica, um recurso pictórico do início do renascimento, e que em nossos dias ainda identifica alguns artistas.² A palavra anamórfico deriva do grego e significa formado novamente. A imagem anamórfica se retrai à primeira vista aos olhos do observador, mas um ângulo propício revela a figura em sua completude.

As inúmeras publicações e estudos sobre a pintura de Holbein³ não esgotaram as possibilidades de compreensão da temática, ou mesmo temáticas, do quadro que absorveu olhares incontáveis ao longo de seus quase cinco séculos. Uma oposição entre uma existência humana plena, ainda que apresentada em sua dualidade, como os dois embaixadores, um representando o mundo, os nascentes Estados que emergiam da ordem medieval e outro que representava a consagração da uma vida em defesa de valores do espírito, ainda que esses estivessem

¹ Obra de referência sobre o tema é: DEKKER, Elly; LIPPINCOTT, Kristen. The Scientific Instruments in Holbein's Ambassadors: A Re-Examination. *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, v. 62, 1999, p. 93-125.

² Felice Varini, artista suíço, é famoso por obras que apresentam notáveis ilusões anamórficas.

³ A obra clássica sobre o quadro foi publicada em 1900, por Mary Hervey, sob o título *Holbeins's Ambassadors: The Picture and the Men*. Londres: George Bell and Sons, 1900.

imbricados nos dramas mais humanos da existência, como revela todo o processo de dissociação dos ingleses, liderados por seu rei, dos preceitos e dogmas da Igreja Católica.⁴ Outro objeto que merece a atenção do observador é um crucifixo de prata colocado acima da cabeça de Jean de Dinteville e que fica quase ocultado pela densa cortina verde no lado esquerdo da tela.

É possível imaginar que, a partir da encomenda recebida, Hans Holbein tivesse se valido da latente insurgência do artista frente ao poder, seja econômico ou político, e a partir de sua própria perspectiva das lutas entre os reis da França e da Inglaterra e entre estes e o poder papal quisesse declarar sua posição frente a essa conjuntura. É interessante notar que a caveira é o único objeto apresentado na forma anamórfica em todo o quadro. Todos os demais objetos, e os retratados, apresentam formas e cores que os tornam apreensíveis ao primeiro olhar. A forma distorcida, utilizada para representar a morte, pois a caveira tem inexoravelmente esse significado, pode ser a forma que Hans Holbein ao tempo da obra, contando com 36 anos, tivesse encontrado para evidenciar a relação entre os representantes do poder real e a ameaça constante, ainda que à primeira vista não perceptível, da finitude da vida, em uma Europa que começava a experimentar as vicissitudes das diferenças religiosas e suas consequências bélicas.

Em meados do século XVI já estavam claras as novas possibilidades de morrer que a modernidade ofereceria. A nascente profissionalização dos exércitos, a extinção da velha ordem medieval, a violência das formas de manutenção do poder, brilhantemente traduzidas por Maquiavel apenas no ano anterior à obra aqui comentada do grande retratista do renascimento que foi Holbein. Tudo isso indica que *Os Embaixadores* é desses veículos da arte que têm a faculdade de nos transportar para reflexões sobre o que é mais caro ao direito internacional. As relações entre poder, finitude e proteção da vida. Assim como os jovens retratados há quase quinhentos anos, os momentos de *time stand still* estão sempre à mercê da mais significativa forma indeterminada da existência. A forma de morrer.

⁴ Os anos do reinado de Henrique VIII foram os mais intensos relativamente às polarizações sociais, políticas e religiosas produzidas pela dinastia Tudor na Inglaterra. Em janeiro do ano de 1533, mesmo ano em que foi pintado *Os Embaixadores*, realizou-se na Abadia de Westminster o casamento real, que conferirá a Ana Bolena a posição de rainha da Inglaterra, contra, entre outras, a oposição de Thomas More, que seria executado no ano de 1535. GHIRARDI, José Garcez, *O mundo fora de prumo-Transformação social e teoria política em Shakespeare*. São Paulo: Almedina, 2011.

Tal como os embaixadores de Holbein, que constrangidos pela ideia de morte buscaram evitá-la olhando conflitos por diferentes ângulos, diversos internacionalistas, ao menos depois da I Guerra Mundial,⁵ gostam de imaginar a si próprios como importantes instrumentos para o estabelecimento e a manutenção da paz e harmonia no mundo. Se suas convicções políticas são assim, também o são as formas de conceberem o funcionamento do direito internacional: pacífico, harmonioso e, ainda, ordenado.

Por mais paradoxal que possa parecer, o caso *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã* (Estados Unidos vs. Irã), também conhecido como “Reféns no Irã” julgado pela Corte Internacional de Justiça (doravante, “CIJ” ou “a Corte”) em 1980, ao ressaltar de maneira vigorosa a inviolabilidade dos diplomatas e autoridades consulares, além das premissas diplomáticas e consulares, trouxe as sementes que permitiram desafiar, também vigorosamente, a imagem do sistema jurídico internacional como pacífico, harmonioso e ordenado. Ou seja, foi a partir de um caso sobre a interpretação e aplicação do direito diplomático que se permitiu ver o sistema jurídico internacional de maneira não necessariamente pacífica, harmoniosa e ordenada.

⁵ No instigante livro em que Antonio Cassese entrevistou cinco influentes internacionalistas formados logo após a II Guerra Mundial, uma pergunta chama atenção tanto pela forma como foi posta como pela sua resposta. A certa altura, Cassese indaga René-Jean Dupuy, que indubitavelmente foi um dos mais importantes internacionalistas franceses do pós-II Guerra: “Do you consider human rights to be among the values which illustrate a positive evolution in international law?”, no que responde Dupuy: “Human Rights and the right to self-determination”. Cassese então, com aparente espanto, indaga mais uma vez: “More than the value of Peace?”. Dupuy responde que o papel do jurista é fornecer os instrumentos para que a própria paz seja estabelecida, e conclui: “But the true nature and function of international law is to challenge the conscience of good-willed heads of State. It puts at their disposal the means for establishing Peace and saving face”. CASSESE, Antonio. *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Shachter*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 39. O diálogo, bem menos que a comprovação empírica da ligação dos internacionalistas à ideia de paz, demonstra, no entanto, como o imaginário desses indivíduos não consegue se desligar de tal ideia, ainda que tendam a ver – como no caso de Dupuy – a função do direito como instrumental a fim de alcançar a paz. Kelsen é, sem dúvidas, um dos grandes responsáveis por associar, de maneira forte, o direito internacional à paz. O seu *Peace through Law* é um daqueles livros mais conhecido por seu título que por seu próprio conteúdo. Ao mesmo tempo, o título lhe dá um vigor incontestável. Ver KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

Isso porque o caso traz pela primeira vez o termo “regimes autossuficientes” (*self-contained regimes*) em um sentido mais próximo do que se conhece hoje.

No presente artigo tentaremos, de maneira breve, apresentar o caso, enfatizando a sua solução com recurso à ideia de regimes autossuficientes e o que foi feito dessa mesma ideia, especialmente na Comissão de Direito Internacional (CDI). O caso não acrescenta propriamente nada de novo sobre o direito diplomático – reduzindo-se a reproduzir a compreensão sobre esse campo já assente no final da década de 1970. Sua maior contribuição é, cremos, fomentar o debate sobre a fragmentação do direito internacional por meio da ideia de regimes autossuficientes.

2. O caso

A situação fática do caso é bastante conhecida. Os eventos que circundaram a revolução cultural iraniana geraram uma forte reação contra os Estados Unidos, acusados de intervir constantemente nos assuntos internos do Irã em virtude de seu apoio ao Xá. Tendo sido este deposto e, posteriormente, asilado nos Estados Unidos, estudantes invadiram a Embaixada americana em Teerã e fizeram reféns membros do corpo diplomático e consular, além de indivíduos privados. O Estado iraniano nada fez para impedir a situação. No dia seguinte, consulados americanos em outras cidades foram igualmente invadidos. Ante esse quadro, e em virtude da recusa iraniana em negociar, os Estados Unidos acionaram o Conselho de Segurança e a própria Corte Internacional de Justiça para que a questão fosse solucionada.

No mesmo dia em que ajuizada a petição inicial, os Estados Unidos solicitaram medidas provisionais à Corte, o que foi acatado por unanimidade para determinar que as premissas dos Estados Unidos no Irã retornassem a sua posse e lhes fosse garantida a inviolabilidade. A Corte também determinou a libertação e proteção de qualquer pessoal que tenha sido mantido refém, além da garantia de proteção e o respeito aos privilégios e imunidades do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Irã. Por fim, a decisão estabeleceu o dever de as partes se absterem de praticar qualquer medida que viesse a agravar a situação ou dificultar a sua solução.⁶ Importante lembrar que esse foi o primeiro caso na

⁶.CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran – Request for the Indication of Provisional Measures. *ICJ Reports*, 1979,

história da Corte em que medidas positivas foram concedidas em sede provisional, ou seja, não se restringiu a manter o *status quo*, como pretendeu ver restabelecida uma situação anterior à ação iraniana contra as premissas e o pessoal americanos.⁷

Como defesa, o Irã se restringiu a apresentar duas cartas à Corte, uma em 1979 e outra em 1980. Não tomou parte das audiências nem apresentou memoriais. Ainda que tal “defesa” tenha passado ao largo de diversos pontos levantados pelos Estados Unidos, algumas de suas afirmações tiveram de ser enfrentadas pela Corte, além de terem dado o motivo para a sustentação de que o direito diplomático é um regime autossuficiente. O principal ponto, exposto na primeira carta, dizia respeito à afirmação de que o problema da tomada de reféns na Embaixada Americana em Teerã representava apenas um

*aspecto marginal e secundário de um problema maior que não pode ser estudado separadamente e que envolve, inter alia, mais de 25 anos de interferência contínua por parte dos Estados Unidos nos assuntos internos do Irã, a descarada exploração de nosso país e numerosos crimes perpetrados contra o povo iraniano de maneira contrária e em conflito com todas as normas internacionais e humanitárias.*⁸

Ao responder a tal argumento, a Corte enfatizou que o sequestro de pessoas protegidas internacionalmente não é um tema “secundário” ou “marginal”, levando em conta a importância desses princípios estabelecida pela própria comunidade

para. 47. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

⁷ RAFAT, Amir. The Iran Hostages Crisis and the International Court of Justice: Aspects of the Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 10, n. 3, 1981, p. 425-462, p. 430.

⁸ Tradução livre de “marginal and secondary aspect of an overall problem, one such that it cannot be studied separately, and which involves, inter alia, more than 25 years of continual interference by the United States in the internal affairs of Iran, the shameless exploitation of our country, and numerous crimes perpetrated against the Iranian people, contrary to and in conflict with all international and humanitarian norms”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1980, op. cit., para. 10. Como bem leu Leo Gross, tal “defesa”, desde o momento das medidas provisionais, pretendia tratar o caso como uma disputa política e, portanto, não justiciável, algo que a Corte rechaçou. Ver: GROSS, Leo. The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures. *American Journal of International Law*, v. 74, N. 2, 1980, p. 395-410, p. 396.

internacional no seu conjunto.⁹ Aqui a Corte se aproxima significativamente da ideia de interesses essenciais no direito internacional, uma vez que, como se sabe, comunidade internacional no seu conjunto é um dos termos-chave para compreender as noções de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.

O caso apresentou uma dificuldade processual, uma vez que os EUA basearam muitas de suas alegações em notícias de jornal e TV em virtude de estarem impossibilitados de terem acesso a suas premissas diplomáticas e consulares em Teerã. A Corte, no entanto, se deu por satisfeita com os fatos apresentados dessa maneira.¹⁰

A Corte enfrentou, *ex officio* – dado que o argumento não foi trazido pelo Irã – a questão de saber se sua jurisdição estaria afetada pelo fato de ter sido constituída comissão, no âmbito do Conselho de Segurança, para promover a solução pacífica da questão. A tal argumento respondeu sucintamente que nada na Carta ou no Estatuto da CIJ proíbe a análise concomitante. Tal comissão, como instrumento de mediação, conciliação ou negociação, não tem prevalência, segundo ao art. 33 da Carta da ONU, sobre a solução judiciária, o que significa que não há preponderância dos primeiros meios sobre o meio tribunal internacional.¹¹

A Corte considerou-se competente para apreciar o caso com base em três tratados: a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, e o Tratado de Amizade, Relações Econômicas e direitos consulares, de 1955, entre Estados Unidos e Irã.¹² Ao estabelecer a restrição de seu próprio âmbito de competência, a Corte naturalmente abria caminho para que sua solução tivesse um impacto mais significativo no direito diplomático e consular que no direito internacional geral. Isso lhe permitia ver com mais clareza a necessidade de afirmar a existência de um regime autossuficiente no campo.

No de que diz respeito ao mérito, a Corte sentiu-se obrigada, inicialmente, a enfrentar a questão de saber se era possível estabelecer uma ligação entre os militantes que invadiram a embaixada e outros consulados nas cidades de Tabriz e Shiraz. Sua resposta foi negativa na medida em que não podia ver, na situação, alguma ligação entre os militantes e o Estado, de modo que a conduta não poderia

⁹ *Idem*, para 36.

¹⁰ *Ibidem*, para. 13.

¹¹ *Ibidem*, paras 40, 43.

¹² *Ibidem*, paras. 49, 54

ser atribuída ao Irã sob essa base.¹³ Entretanto, se a Corte não viu na situação um ato típico de Estado, identificou a obrigação, decorrente das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Relações Consulares, de o Irã proteger as premissas americanas. Assim, caberia a esse Estado “tomar medidas apropriadas para assegurar a proteção da Embaixada e Consulados dos Estados Unidos, seu pessoal, seus arquivos, seus meios de comunicação e a liberdade de movimento dos membros de seu pessoal”.¹⁴ Tais obrigações, ressaltou, não têm origem meramente contratual; são, também, obrigações com base do direito internacional geral. Com isso, a CIJ pretendeu estabelecer que tais obrigações permanecem costumeiras a despeito de terem sido codificadas nas duas Convenções de Viena. A conduta violadora por parte do Irã aconteceu não por mera negligência ou falta de meios apropriados, até porque, em outras ocasiões em que as premissas foram ameaçadas, o governo do Irã havia vindo em seu socorro. Adicionalmente, a Corte encontrou violação no Tratado de Amizade de 1955, em virtude de dois indivíduos privados americanos terem sido feitos reféns e tal tratado determinar a proteção recíproca dos nacionais das partes.¹⁵

Após constatar a ocorrência de tais violações, a Corte passa, segundo ela própria, para a segunda parte de seu julgamento. Aqui aparecem questões que terão um impacto maior na forma de compreender o direito diplomático e, por consequência, o próprio direito internacional geral.

A Corte ressaltou que, após a invasão, o governo do Irã deu seu apoio contínuo à iniciativa de invadir e ocupar a Embaixada americana por meio de diversos pronunciamentos. Tal aprovação e a decisão de manter a situação tornaram a ocupação contínua da Embaixada e a detenção dos reféns, estes sim, atos do Estado iraniano. Isso, por sua vez, deu origem a múltiplas e repetidas violações das Convenções de Viena até mais sérias que aquelas relativas ao dever de prevenção contra ataques às premissas e ao pessoal diplomático.¹⁶ Essa afirmação pode ser expressa na forma que a Comissão de Direito Internacional, em seus artigos sobre a responsabilidade internacional, chama de violação de uma obrigação internacional contínua no tempo. Inclusive, os próprios comentários

¹³ *Ibidem*, para. 60.

¹⁴ Tradução livre de “to take appropriate steps to ensure the protection of the United States Embassy and Consulates, their staff, their archives, their means of communication and the freedom of movement of the members of their staff”. *Ibidem*, para 61.

¹⁵ *Ibidem*, para. 62-63.

¹⁶ *Ibidem*, para. 74, 76.

CDI, ao explicarem esse tipo de violação, estabelecem o caso *Reféns em Teerã* com um exemplo.¹⁷

Nesse passo, foram vários os dispositivos das Convenções de Viena considerados como violados pelo Irã.¹⁸

A Corte chega à questão dos regimes autossuficientes a partir da análise da sugestão iraniana de que a invasão e a tomada de reféns seriam justificáveis em virtude de alegadas atividades criminosas dos Estados Unidos no Irã. Para a Corte, o próprio direito diplomático dispõe dos meios necessários para a defesa e a sanção contra atividades ilícitas dos membros de missões diplomáticas e consulares. Uma das medidas seria a declaração de alguns deles como *personae non grata* e a posterior recusa de seu reconhecimento como membros da missão diplomática. Dispositivos similares seriam estabelecidos pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Em última instância, o remédio de um Estado que se sente agravado seria o próprio rompimento de relações diplomáticas e a determinação para o fechamento da Embaixada considerada como ofensora do Estado que recebe.¹⁹

Com esse quadro configurado, a CIJ chega à conclusão de que:

As regras de direito diplomático, em resumo, constituem um regime autossuficiente o qual, de um lado, estabelece obrigações para o Estado que recebe no que se refere a instalações, privilégios e imunidades a serem concedidas às missões diplomáticas e, de outro, prevê seu possível abuso pelos membros de missões e especifica os meios à disposição do Estado que recebe para conter tal abuso. Esses meios são, por sua natureza, inteiramente eficazes.²⁰

Explicando a extensão de tal afirmação, a Corte sustenta que, ainda que estivessem à disposição do Irã, no âmbito do direito diplomático, vários meios para

¹⁷ Ver CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 137.

¹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1980, op. cit., para. 77.

¹⁹ *Idem*, paras. 83, 85.

²⁰ Tradução livre de “The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the missions and specifies the means at the disposal of the receiving State to contain any such abuse. These means are by their nature, entirely efficacious”. *Idem*, para 86.

responder às alegadas violações cometidas pelos Estados Unidos – como a declaração dos indivíduos com *personae non grata* – tais recursos não haviam sido utilizados. A ilicitude da ação do Irã, portanto, não poderia ser justificável no caso.²¹

A conclusão sobre os regimes autossuficientes parece ser o clímax da decisão. Ela não é algo acidental, nem mesmo constitui um *obiter dictum*. A conclusão, no caso, depende essencialmente dessa premissa.

Para a Corte, as violações ocorreram em relação aos três tratados mencionados e, também, ao direito internacional geral. Elas geram, por sua vez, a obrigação, por parte do Irã, de reparar.²²

Ao final da decisão, a Corte lembra que retirar a liberdade de pessoas e sujeitá-las a constrangimentos físicos é incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. E acrescenta, de maneira muito vigorosa, sobre a importância das obrigações estabelecidas nas Convenções de Viena para as relações jurídicas internacionais. Elas são “de importância cardinal para a manutenção das boas relações entre Estados no mundo interdependente de hoje”. E citando textualmente sua decisão nas medidas provisórias, confirmou que “não há pré-requisito mais fundamental para a conduta das relações entre Estados”, ao se referir à inviolabilidade dos enviados diplomáticos e das embaixadas. Ademais, arremata, também citando a decisão prévia, afirmando a importância da diplomacia para permitir aos Estados “alcançar entendimento mútuo e resolver suas diferenças por meios pacíficos”.²³

²¹ Fazendo uma análise do caso, Amir Rafat sustenta que a consideração do direito diplomático como regime autossuficiente somente teria uma viabilidade prática para o Irã depois da deposição do Xá, visto que, antes disso, em virtude da relação estreita entre Irã e Estados Unidos, as alegadas violações a direitos do povo iraniano não conseguiam ser articuladas. O autor considera que a Corte, ao considerar a autossuficiência do regime do direito diplomático, incorreu em denegação de justiça, porque não avaliou o contexto histórico e político das alegações iranianas de interferência americana em sua soberania. Ver RAFAT, Amir, *op. cit.*, p. 456-457.

²² *Idem*, para. 90.

²³ Tradução livre de “of cardinal importance for the maintenance of good relations between States in the interdependent world of today”; “there is no more fundamental prerequisite for the conduct of relations between States”; “to achieve mutual understanding and to resolve their differences by peaceful means”. *Ibidem*, para 91.

A Corte, ao final, fez questão de ressaltar sua preocupação com incursões americanas no território do Irã que teriam chegado ao seu conhecimento.²⁴

Só algumas determinações da sentença foram tomadas por unanimidade. Por maioria ficou decidido que o Irã violou e ainda estava a violar obrigações dispostas em convenções internacionais e longamente estabelecidas pelo direito internacional geral, e que tais violações levavam à responsabilidade internacional do Irã em relação aos Estados Unidos. Por unanimidade, ficou determinado ao Irã encerrar imediatamente a detenção do pessoal diplomático e outros nacionais americanos e confiá-los à potência protetora, permitir que tais indivíduos saiam do Irã e pôr à disposição da mesma as premissas, propriedade, arquivos e documentos da Embaixada e dos consulados americanos. Também por unanimidade, foi ordenado que nenhum membro do corpo diplomático ou consular devesse ser mantido no Irã a fim de sofrer processos judiciais ou participar neles como testemunhas. Por fim, por maioria, determinou-se ao Irã a obrigação de reparar os Estados Unidos por danos causados em virtude dos eventos, devendo a forma e *quantum* da reparação ser decididos posteriormente.

A situação dos reféns foi resolvida algum tempo depois, especialmente em virtude de esforços diplomáticos. Mas não se pode supor desprezível o papel da decisão da CIJ no deslinde da questão.

3. Regimes autossuficientes (self-contained regimes) no direito internacional

Como já afirmado, o maior impacto que o caso trouxe para o direito internacional não se refere propriamente à aplicação das regras sobre direito diplomático e consular. Como a própria Corte ressaltou, regras internacionais para impedir a tomada de premissas e pessoal diplomático e consular são, desde há muito, estabelecidas no direito internacional geral. O ponto mais relevante diz respeito a saber como essas normas de direito diplomático e consular operam – de maneira “autossuficiente” ou não – com relação ao direito internacional geral.²⁵

²⁴ *Ibidem*, paras. 93-94.

²⁵ De todo modo, é importante ressaltar que a própria afirmação do direito diplomático e consular como regime autossuficiente é, sob um determinado prisma, a reafirmação do conteúdo do princípio, estabelecido no art. 41, 1, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, e no art. 55 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que proíbe que membros do corpo diplomático e consular se envolvam em atividades ilícitas. Quando tais circunstâncias ocorrerem, o Estado que se julga lesado somente possui um número limitado de reações juridicamente possíveis.

Para a CIJ, o termo autossuficiente possui, em um primeiro olhar, uma localização precisa: o campo da responsabilidade internacional do Estado. Segundo ela, as respostas de um Estado a um ilícito praticado por outro somente podem ser encontradas dentro de um regime de regras específico – no caso, o direito diplomático – e não fora dele. Por isso, o Irã não poderia ter utilizado nenhum outro meio que já não estivesse previamente disposto nas regras de direito diplomático. O uso de um meio externo significa, ele mesmo, um ilícito ou, ao menos, um desvio profundo em relação às regras de responsabilidade internacional existentes em um campo determinado.

A decisão produziu um impacto imediato nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, que então se debruçava intensamente em um projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional, tendo como relator o internacionalista holandês Willem Riphagen. Em seus relatórios, Riphagen utilizou algumas vezes o termo “autossuficiente” de maneira indistinta de outros que considerava similares como “regimes especiais” ou “regimes objetivos”. Seu maior objetivo era, parece, introduzir no projeto de artigos a ideia de especialidade e, conseqüentemente, de não aplicação de regras gerais previstas no projeto quando se estivesse diante de uma *lex specialis*.

Em 1985, o internacionalista alemão Bruno Simma publica um artigo seminal sobre o assunto e tenta sistematizar a opinião do próprio Riphagen sobre a questão.²⁶ Simma então propõe um conceito que muito contribuiu para pautar o debate. Para ele: “[um] ‘regime autossuficiente’ seria então um subsistema no qual se pretende excluir mais ou menos totalmente a aplicação das conseqüências jurídicas gerais dos atos ilícitos, em particular a aplicação de contramedidas normalmente à disposição de um Estado lesado”.²⁷

Para essa leitura, ver PRZETACZNIK, Frank. Reaffirmation of Basic Principles of Diplomatic and Consular Law by the International Court of Justice in the American Diplomatic Case in Iran. *Sri Lanka Journal of International Law*, v. 3, 1991, p. 119-152, p. 142-145.

²⁶ SIMMA, Bruno. Self-Contained Regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 16, 1985, p. 113-118. Em 2006, Simma publica com outro autor um estudo longo para atualizar o debate sobre o tema. Suas conclusões, no entanto, notadamente sobre a não existência de regimes autossuficientes no direito internacional, não se altera. Ver: SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, 2006, p. 483-529.

²⁷ Tradução livre de “[a] ‘self-contained regime’ would then be a subsystem which is intended to exclude more or less totally the application of the general legal consequences of wrongful act, in

Dois elementos chamam a atenção nessa definição. Primeiramente, Simma incorpora a ideia de contramedidas à definição de regimes autossuficientes. Contramedidas podem certamente ser lidas como consequências possíveis a um Estado diante de um ilícito internacional. No entanto, a decisão da CIJ não menciona em nenhuma passagem a questão das contramedidas. Tendo em vista a possibilidade de existência de outras consequências a um ilícito, como formas diversas de reparação, a definição de Simma contribuiu para restringir o debate sobre o caso.

Segundo, ao inserir o termo “mais ou menos” em sua definição, o internacionalista alemão criava um critério muito difícil para a configuração dos regimes autossuficientes – na situação, o “mais”, que implicava uma total separação de um regime das regras de direito internacional geral. Isso levou muitos a acreditar que a total separação do regime era algo meramente teórico, de ocorrência impossível ou praticamente remota. Tanto que logo após apresentar o conceito, Simma se dedica no restante do artigo a provar que os regimes autossuficientes entendidos como regimes de “exclusão total” não existiam.²⁸ Ele sugere uma contradição na própria decisão da CIJ. Em determinado momento, a Corte concebe a possibilidade de um agente diplomático ser brevemente detido pela polícia do Estado que recebe a fim de evitar o cometimento de um crime.²⁹ Essa seria uma ação do Estado que recebe que não é prevista pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, mas que é autorizada, no entanto, pelo direito internacional geral. A comunicação entre os sistemas (direito diplomático e direito internacional geral) permaneceria possível. É importante entender, no entanto, que o argumento de que o direito internacional sempre estabelece uma opção comunicativa entre sistemas visava a reforçar a ideia de unidade sistêmica do direito internacional, uma vez que mostrava que, ainda que em situações extremas, o direito internacional possuía uma dinâmica interna que impedia regimes muito diversos de se separarem do direito internacional geral.³⁰

particular the application of the countermeasures normally at the disposal of an injured party”. *Idem*, p. 117.

²⁸ *Ibidem*, p. 117-136.

²⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1980, op. cit., para. 86.

³⁰ Olhando retrospectivamente, um dos autores deste artigo percebe que ele próprio foi levado por essa estratégia argumentativa de Simma de reforço da unidade do sistema quando reproduziu o argumento de que os regimes autossuficientes, ainda que não fossem meramente teóricos, seriam quase impossivelmente encontráveis no direito internacional. Ver GALINDO, George R. B. “Sê plural como o universo”: A multiplicação dos tribunais internacionais e o problema dos regimes

A decisão da Corte se reflete de alguns modos nos Artigos sobre Responsabilidade Internacional da Comissão de Direito Internacional ao menos de duas maneiras. A primeira no art. 50, 2 (b), que dispõe: “Um Estado que pratique contramedidas não está isento de cumprir suas obrigações de (...) (b) respeitar a inviolabilidade dos agentes, premissas, arquivos e documentos diplomáticos ou consulares”.³¹ Aqui, há um limite claro sobre as possibilidades de ação de um Estado quando esteja a responder a um ilícito que lhe foi cometido: o respeito a certos princípios de direito diplomático e consular. Não há no dispositivo uma afirmação da existência dos regimes autossuficientes – até mesmo pela forma negativa com que está escrito. Há, porém, uma delimitação precisa das possibilidades de contramedidas no direito diplomático e consular, o que pode viabilizar a existência de um regime autossuficiente nesse campo. É verdade que, quando a Corte usa a expressão autossuficiente não está a se referir a contramedidas – como já afirmado, tal expressão é sequer utilizada na decisão. A leitura do último relator da CDI para a Responsabilidade Internacional, James Crawford, foi que isso tem um impacto para a compreensão das contramedidas.³² Tal leitura é bastante plausível, porém não esgota as consequências da admissão de um regime como autossuficiente, na medida em que as contramedidas não são as únicas consequências de um ilícito internacional. Pode-se, talvez, perceber aqui uma grande influência do artigo de Simma sobre o modo como a CDI encarou os regimes autossuficientes.

O outro reflexo da decisão da Corte no Projeto de Artigos diz respeito ao art. 55, que prescreve: “Esses artigos não se aplicam quando e na medida em que as condições para a existência de um ato internacionalmente ilícito ou o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um Estado são governadas por regras especiais de direito internacional”.³³ A regra viabiliza a existência de normas específicas sobre responsabilidade, podendo estas prevalecer sobre as

auto-suficientes no direito internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 33, 2000, p. 13-16.

³¹ Tradução livre de “A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations: (...) (b) to respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents”. CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 288.

³² *Idem*, p. 292.

³³ Tradução livre de “These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law”. *Ibidem*, p. 306.

regras gerais dispostas no Projeto de Artigos. Ao comentar o artigo, James Crawford afirma que o art. 55 cobre tanto as formas fortes de *lex specialis*, ou seja, os regimes autossuficientes, como as formas fracas, ou seja, provisões específicas de um tratado em um dado tema.³⁴ A afirmação contida no comentário, não serve, todavia, para se aproximar da questão de saber se tais normas específicas, consideradas como um regime autossuficiente, excluem por completo a aplicação das normas gerais. Talvez nem mesmo o projeto devesse adentrar o tema, por tratar-se uma verdadeira situação-limite.

O tema voltou à análise da CDI em um contexto maior: o da fragmentação do direito internacional. Um dos grandes méritos do Relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi, foi o de perceber o impacto da ideia de regimes autossuficientes para a própria compreensão do direito internacional. Na medida em que o já citado artigo de Simma encarava o tema sob um viés muito limitado – a responsabilidade internacional – fechava-se para perceber o movimento de diferenciação funcional que ocorria no direito internacional já no final da década de 1970. Quando a CIJ afirmou que o direito diplomático excluía consequências de um ilícito internacional encontráveis em outros regimes, pretendia também dar conta do processo de especialização pelo qual o direito internacional passava e ainda passa. Tanto é que, como o próprio relatório da CDI constata, apenas alguns anos depois – no caso *Nicarágua* – a Corte sugeria que o direito internacional humanitário, por seu nível de especialização, deveria ser encarado de modo diverso dos demais ramos (ou regimes) internacionais.³⁵ O artigo de Simma e mesmos os trabalhos da CDI sobre responsabilidade internacional contribuíram, em alguma medida, para reprimir um debate mais amplo sobre o tema.

No Relatório sobre Fragmentação, são apresentados ao menos três usos diferentes para o termo “regime autossuficiente”. No primeiro, em um sentido estreito, o termo designaria um conjunto especial de regras sobre responsabilidade internacional que pretende uma primazia sobre regras gerais a

³⁴ Idem, p. 308. Segundo Simma, o uso de tal gradação (forte/fraco) teria sido uma maneira de, diplomaticamente, evitar o uso do termo “regime autossuficiente”. SIMMA, Bruno and PULKOWSKI, *op. cit.*, p. 494.

³⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi). A/CN.4/L.682, para 125. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

respeito das consequências de uma violação. O segundo, mais amplo, tem a ver com as normas primárias e secundárias inter-relacionadas que cobrem um tema de maneira diferente da que o direito internacional geral cobriria. Mas um terceiro uso ainda é identificado, que associa o regime autossuficiente a campos de especialização funcional, com expertise diplomática e acadêmica. Esses regimes gozariam de regras especiais e técnicas de interpretação e administração próprias que modificariam ou mesmo excluiriam o direito internacional geral. Aqui se falaria em campos como: “direito da OMC”, “direito internacional dos direitos humanos”, “direito internacional humanitário” etc.

A conclusão da CDI não varia da resposta convencional sobre o problema, porquanto ela não vê, no direito internacional, nenhum regime realmente autossuficiente, mesmo levando em conta os três diferentes usos. Mais, o relatório chega a afirmar que o termo é impreciso, sendo mais conveniente substituí-lo por “regime especial”.³⁶

A resposta sobre se existem regimes autossuficientes é muito menos importante que a pergunta sobre sua existência. A identificação de usos diferentes do termo “regime autossuficiente” permite pensar o direito internacional em face de interesses contrapostos, *ethos* diferenciados, práticas especializadas, enfim, em face de múltiplos fatores que estão constantemente a contestar a imagem que o internacionalista fazia e ainda faz de si: a de que atua em um sistema pacífico, unitário e harmônico.³⁷

4. Conclusões

O caso dos reféns no Irã mostra a capacidade de o direito internacional conservar-se e também recriar-se. Tal como a morte e a vida, a guerra e a paz, o direito internacional é profundamente dialético na maneira como regula, percebe

³⁶ *Idem*, para 152.

³⁷ De quando em vez, é possível perceber, na doutrina, tentativas de encarar o problema dos regimes autossuficientes sem preconceções como a de Simma. Mas tais tentativas constantemente recaem na tentação de provar que os tais regimes não existem. É possível perceber tal esforço – e também ambivalência – por exemplo, no artigo de Lindroos e Mehling sobre o regime da OMC. Ao mesmo tempo em que o artigo fornece elementos para se perceber que a simples negativa do “Direito da OMC” como regime autossuficiente está longe de ser óbvia, acaba por afirmar que os regimes autossuficientes pertencem mais ao “mundo do mito e da fábula”. LINDROOS, Anja and MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’: International Law and the WTO. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, 2006, p. 857-877, p. 877.

e orienta a realidade internacional. Talvez o principal tema de “Os Embaixadores” tenha a ver com essa dialética inescapável.

Diversos princípios de direito diplomático e consular foram reafirmados no caso. Nesse ponto, não há na decisão nada de grandiosamente inovador. Certo que a CIJ não é constantemente chamada a se pronunciar sobre temas políticos tão impactantes e ter tido essa possibilidade é, por si só, algo fora do comum. Entretanto, a maior inovação da decisão veio da capacidade de o tribunal perceber, ainda que de maneira pouco clara, a tendência do direito internacional à diferenciação funcional.

O primeiro grande estudo sobre os regime autossuficiente leu a decisão como trazendo uma incógnita já resolvida para o campo da responsabilidade internacional. A CDI adotou, nos seus trabalhos sobre esse mesmo campo, um tom idêntico: o de que o direito internacional não possui regimes autossuficientes. Alguns anos depois, no relatório sobre a fragmentação do direito internacional, a CDI voltou a insistir que tais regimes não existem. Todavia, ela teve o mérito de perceber que os regimes autossuficientes possuem uma forte ligação com a ideia de diferenciação funcional na esfera internacional.

Parece não haver dúvidas de que a resposta da CIJ no caso foi tão enfática por a situação tratar de um campo fundamental e imprescindível para o direito internacional³⁸ – um que talvez forme um dos primeiros conjuntos de normas internacionais reconhecidas. Em verdade, a CIJ estava lutando pela sobrevivência do direito internacional. Talvez o caso – e também *Holbein*, em *Os Embaixadores* – nos ensine que a morte não é algo tão assustador; que ela é um elemento inevitável, fundante mesmo do ponto de vista epistemológico, do direito internacional.

5. Referências bibliográficas

CASSESE, Antonio. *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Shachter*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International*

³⁸ Na expressão do voto dissidente do Juiz Manfred Lachs: “a body of law which is one of the main pillars of the international community”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1980, op. cit., p. 47.

Law (Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi). A/CN.4/L.682. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2013. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran – Request for the Indication of Provisional Measures. *ICJ Reports*, 1979. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DEKKER, Elly; LIPPINCOTT, Kristen. The Scientific Instruments in Holbein's Ambassadors: A Re-Examination. *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, v. 62, 1999, p. 93-125.

GALINDO, George R. B. "Sê plural como o universo": A multiplicação dos tribunais internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no direito internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 33, 2000, p. 5-27.

GHIRARDI, José Garcez. *O mundo fora de prumo - Transformação social e teoria política em Shakespeare*. São Paulo: Almedina, 2011.

GROSS, Leo. The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures. *American Journal of International Law*, v. 74, n. 2, 1980, p. 395-410.

HERVEY, Mary. *Holbeins's Ambassadors: The Picture and the Men*. Londres: George Bell and Sons, 1900.

KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LINDROOS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes': International Law and the WTO. *European Journal of International Law*, v. 16. n. 5, 2006, p. 857-877.

PRZETACZNIK, Frank. Reaffirmation of Basic Principles of Diplomatic and Consular Law by the International Court of Justice in the American Diplomatic Case in Iran. *Sri Lanka Journal of International Law*, v. 3, 1991, p. 119-152.

RAFAT, Amir. The Iran Hostages Crisis and the International Court of Justice: Aspects of the Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 10. n. 3, 1981, p. 425-462.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v. 17. n. 3, 2006, p. 483-529.

SIMMA, Bruno. Self-Contained Regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 16, 1985, p. 111-136.

ATIVIDADES MILITARES E PARAMILITARES NA E CONTRA A NICARÁGUA (NICARÁGUA VS. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA) (26 DE NOVEMBRO DE 1984)

Jorge Mascarenhas Lasmar

1. Introdução

O caso *Atividades Militares e Paramilitares na e Contra a Nicarágua* (*Nicarágua vs. Estados Unidos da América*) (doravante, “caso *Nicarágua*”) é um marco na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ ou “a Corte”). A retirada dos Estados Unidos do processo, a discordância entre as partes, o caráter secreto das ações envolvidas na demanda e o fato de conflito ainda se encontrar em andamento levaram à própria Corte a considerar este um caso especialmente difícil. Neste litígio, a CIJ teve não apenas que lidar com assuntos extremamente controversos no direito internacional mas também apreciar difíceis questões processuais que incidiram sobre o mesmo.

Para entendermos porque este foi um caso tão fascinante e compreender o alcance de suas implicações, iremos inicialmente narrar os principais pontos do desenvolvimento processual do caso (2) para, em seguida, abordarmos os principais impactos deste caso no direito internacional (3) e, finalmente, concluir com uma breve reflexão do significado deste caso frente ao atual cenário internacional.

2. O caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua

2.1. Dos fatos

Em 1979, na Nicarágua, o governo direitista de Anastasio Somoza foi deposto e se instaurou o chamado regime sandinista. Em virtude deste golpe, vários grupos rebeldes que ainda apoiavam o governo Somoza ou eram contrários aos sandinistas iniciaram uma oposição militar à Junta Nacional de Reconstrução Sandinista. Estes movimentos vieram a ser conhecidos como os “*Contras*”. Alguns anos mais tarde, em 1981, os Estados Unidos da América (EUA) acusaram o governo sandinista de apoiar guerrilhas em El Salvador e, conseqüentemente,

suspenderam a ajuda econômica que concediam à Nicarágua. Frente a estas ações dos EUA, a Nicarágua acusou o governo estadunidense de agressão e intervenção em seus assuntos internos. Entre as acusações feitas contra os EUA, a Nicarágua alegou que este colocou minas em suas águas territoriais e interiores sem sua autorização, ajudou militarmente os *Contras* e violou o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação celebrado entre ambos os Estados. Diante do impasse, a Nicarágua invocou sua aceitação da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória e demandou unilateralmente, sob o artigo 40 do Estatuto da CIJ, os Estados Unidos da América frente à Corte Internacional de Justiça.

2.2. Os procedimentos

Em virtude do agravamento deste conflito, a Nicarágua demandou os Estados Unidos junto à Corte em 9 de abril de 1984. Em seu pedido, a Nicarágua acionou a Corte invocando a Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória (artigo 36(2) do Estatuto da CIJ) e demandou que os EUA fossem responsabilizados pelo seu envolvimento em atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua. Em seu pedido, a Nicarágua demandou à Corte que declarasse e julgasse, entre outras coisas:

- *Que os Estados Unidos violaram os direitos da Nicarágua e o direito internacional;*
- *Que os Estados Unidos deveriam respeitar a soberania territorial da Nicarágua e cessar com toda ajuda militar aos Contras além de todas as violações territoriais e à soberania da Nicarágua;*
- *Que os Estados Unidos deveriam indenizar a Nicarágua por todos os danos sofridos por esta.¹*

Paralelamente, a Nicarágua também demandou que a Corte proferisse Medidas Cautelares para impedir a continuidade das ações estadunidense que ainda estavam em curso ao tempo da ação. Ao ser acionado, os Estados Unidos afirmaram que não entrariam nesta discussão (já que entendiam que a Corte não era competente para apreciar o caso). Contudo, eles apresentaram formalmente à

¹ Ver International Court of Justice “Application: Instituting Proceedings in the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)”, 9 de Abril de 1984.

Corte três argumentos contrários a adoção das Medidas Cautelares solicitadas pela Nicarágua:

- 1. As medidas cautelares interfeririam com as negociações do Grupo de Contadora;*²
- 2. As negociações de Contadora constituíam um processo regional no qual a Nicarágua teria a obrigação de negociar;*
- 3. As questões levantadas pela Nicarágua seriam melhor resolvidas pelos órgãos políticos das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos do que através uma decisão de um órgão jurisdicional [como a Corte Internacional de Justiça].*³

2.3. Medidas Cautelares (Decisão de 10 de maio de 1984)

Face a este pedido de Medidas Cautelares, a Corte decidiu, em 10 de maio de 1984, acatar à solicitação da Nicarágua em conformidade com o artigo 41 do Estatuto da Corte. Em sua decisão, a Corte resolveu:

Unanimemente, que Os Estados Unidos da América devem imediatamente cessar e se absterem de quaisquer ações que restrinja, bloqueie ou coloque em perigo o acesso para, ou dos, portos da Nicarágua, e, em particular, a colocação de minas;

Por quatorze votos a um, o direito à soberania e a independência política da Republica da Nicarágua [...] devem ser completamente respeitados e

² O grupo de Contadora foi criado em 1980 pela Colômbia, México, Panamá e Venezuela para tentar mediar os conflitos militares que aconteciam em El Salvador, Nicarágua e Guatemala. Interessantemente, apesar dos EUA invocarem o grupo em sua defesa, o grupo não conseguiu seu apoio oficial já que este reconhecia o governo da Nicarágua. O grupo não obteve sucesso em obter a paz na região mas deixou as bases para outros planos de paz que se seguiram.

³ No original: “[...] the indication of provisional measures would interfere with the negotiations being conducted in the context of the work of the Contadora Group [...]; these negotiations constituted a regional process within which Nicaragua is under a good faith obligation to negotiate; [...] the Application by Nicaragua raises issues which should more properly be committed to resolution by the political organs of the United Nations and of the Organization of American States”. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Provisional Measures, Order of 10 May 1984” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, PP.127, paras. 27-40).

*não devem ser colocado em cheque por qualquer atividade militar e paramilitar que são proibidos pelos princípios do direito internacional [...]; Unanimemente, que os Governos dos Estados Unidos da América e da República da Nicarágua devem ambos assegurar que não cometam nenhuma ação que possa agravar ou estender a disputa submetida à Corte; Unanimemente, que os Governos dos Estados Unidos da América e da República da Nicarágua devem ambos assegurar que não cometam nenhuma ação que possa prejudicar os direitos da outra parte em respeito ao cumprimento de qualquer decisão que a Corte possa vir a proferir no caso.*⁴

É interessante notar que ao não aceitar o argumento de que a negociação de Contadora deveria ser inicialmente esgotada antes de qualquer recurso à Corte ou ao Conselho de Segurança, a CIJ estabeleceu o precedente de que os Estados são livres para recorrer simultaneamente aos vários dos mecanismos pacíficos de solução de controvérsias elencados no artigo 33 da Carta das Nações Unidas. Nas palavras da Corte, “[...] o fato de que a questão está posta ao Conselho de Segurança não deve evitar que ela seja apreciada pela Corte e que ambos os procedimentos podem ser buscados *pari passu*”.⁵ Assim, reconhece-se que o recurso à Corte ou ao Conselho de Segurança pode ser feito simultaneamente e ocorrer mesmo quando outras tentativas de resolução do conflito em questão ainda estão em andamento.

2.4. Declaração de Intervenção (Decisão de 4 de outubro de 1984)

⁴ No original: “1. Unanimously, The United States of America should immediately cease and refrain from an action restricting, blocking or endangering access to or from Nicaraguan ports, and, in particular, the laying of mines; 2. By fourteen votes to one, The right to sovereignty and to political independence possessed by the Republic of Nicaragua [...] should be fully respected and should not in any way be jeopardized by any military and paramilitary activities which are prohibited by the principles of international law [...]; 3. Unanimously, The Governments of the United States of America and the Republic of Nicaragua should each of them ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court. 4. Unanimously, The Governments of the United States of America and the Republic of Nicaragua should each of them ensure that no action is taken which might prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of whatever decision the Court may render in the case.” *Idem*, Pp127,128.

⁵ No original: “[...]the fact that a matter is before the Security Council should not prevent it from being dealt with by the Court and that both proceedings could be pursued *pari passu*”. *Idem, Ib id.*

Posteriormente, diante da continuidade dos procedimentos, El Salvador se declarou diretamente interessada na causa e, por isto, apresentou um pedido de intervenção de terceiros à Corte. Em seu pedido, El Salvador solicitou que a Corte autorizasse sua participação no processo em conformidade com o artigo 62 de seu Estatuto. Este pedido se fundamentou na teoria de que os Estados Unidos agiam militarmente na Nicarágua apenas para proteger El Salvador. Isto porque a Nicarágua estaria permitindo o uso de seu território para que armas chegassem a grupos de oposição que lutavam contra o governo de El Salvador. Assim, segundo esta teoria, os Estados Unidos estariam agindo em legítima defesa de terceiro (no caso em defesa de El Salvador) o que tornaria El Salvador diretamente interessado na causa em questão.

Contudo, em sua decisão de 4 de outubro de 1984, a Corte declarou que o pedido de intervenção era inadmissível naquele estágio dos procedimentos.⁶

2.5. Jurisdição e Admissibilidade da Demanda (julgamento de 26 de novembro de 1984)

Após apreciadas as demandas por Medidas Cautelares e Intervenção, a Corte se voltou para analisar o que talvez tenha sido os argumentos mais importante apresentados pelos Estados Unidos em todo o caso: suas Exceções Preliminares Incompetência e de Inadmissibilidade da Demanda. Em sua defesa, os EUA afirmaram que a Corte não possuía jurisdição sobre o caso e demandou que o mesmo fosse removido de sua lista sem o julgamento do mérito.⁷ Nesta Exceção Preliminar, os Estados Unidos apresentaram dois argumentos para sustentar o seu pedido. O primeiro era o de que a Nicarágua nunca havia ratificado o Protocolo de Assinatura do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e, portando, nunca havia formalmente consentido com a Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória.⁸ Isto é importante porque o artigo 36(5) do Estatuto da Corte

⁶ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Declaration of Intervention, Order of 4 October 1984” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, pp. 128-129.

⁷ Cartas enviadas à CIJ nos dias 13 e 23 de abril de 1984.

⁸ Note-se que em virtude do artigo 36(5) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as aceitações das cláusulas facultativas da Corte Permanente de Justiça Internacional permanecem válidas para a Corte Internacional de Justiça.

Internacional de Justiça prevê que as aceitações da Clausula Facultativa de Jurisdição Obrigatória depositadas na Corte Permanente de Justiça Internacional (e que permaneciam em vigor) valeriam como aceitação da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória da Corte Internacional de Justiça. Desta forma, se este ato fosse inválido, a Nicarágua não poderia demandar os Estados Unidos através do artigo 36. Contudo, em sua decisão datada de 10 de maio de 1984, a Corte dispensou a necessidade de qualquer formalidade para se provar a manifestação do consentimento para com sua jurisdição ao aceitar a declaração da Nicarágua e julgar improcedente o pedido dos Estados Unidos.⁹

O segundo argumento apresentado pelos Estados Unidos em 6 de abril de 1984 foi a afirmação de que sua aceitação da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória “[...] não se aplicava às disputas com qualquer país da América Central ou que tenham surgidas a partir de eventos na América Central[...]”,¹⁰ argumento que também foi dispensado pela Corte. Adicionalmente, alegou-se ainda que sua Cláusula Facultativa de Jurisdição obrigatória possuía uma reserva excluindo do âmbito de sua aceitação casos relativos a tratados multilaterais, a não ser que todos os estados partes do tratado em questão também fossem admitidos como partes no processo. Este argumento também não foi aceito pela Corte, já que alegou serem os estados interessados livres para demandar a Corte quando o quiserem.

Os Estados Unidos apresentaram ainda Exceções Preliminares de Inadmissibilidade da Demanda alegando cinco argumentos diferentes.¹¹ Inicialmente afirmaram que a Nicarágua não demandou todas as partes envolvidas na controvérsia, o que seria necessário para que a Corte pudesse apreciar o caso. Este argumento não foi aceito pela Corte. A CIJ alegou que o direito das outras partes estava protegido pelas limitações do artigo 59 de seu Estatuto que restringe o alcance de sua decisão apenas aos Estados que são partes no processo. Portanto, os demais Estados que não participaram do processo, e que ainda estivessem interessados na questão, continuavam livres para demandar a Corte ou solicitar uma intervenção em conformidade com o artigo 62 de seu Estatuto. O segundo e

⁹ “Case Concerning Provisional Measures, Order of 10 May 1984” p. 128.

¹⁰ No original: “[...]shall not apply to disputes with any Central American State or arising out of or related to events in Central America [...]”. *Idem*, p. 126.

¹¹ Ver “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 26 November 1984” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, pp. 141-129147.

terceiro argumentos apresentados advogaram a tese de que o caso em questão possuía uma natureza eminentemente política já que se tratava de uma situação que se constituía como uma ameaça à paz e segurança internacionais envolvendo, inclusive, o direito de legítima defesa. Conseqüentemente, esta matéria deveria ser analisada pelo Conselho de Segurança nos moldes dos artigos 39 e 51 da Carta das Nações Unidas, e não pela Corte. O argumento se baseia no fato de que o Conselho de Segurança possui função política enquanto a Corte se configura como uma jurisdição conforme o artigo 92 da Carta das Nações Unidas. A Corte, contudo, também dispensou ambos os argumentos, já que este caso envolvia uma situação que requeria a solução pacífica da controvérsia.

Quanto ao quarto argumento, os Estados Unidos expuseram que não seria apropriado a uma jurisdição se manifestar sobre um conflito armado em andamento já que esta não teria todos os elementos factuais para se posicionar. A Corte igualmente recusou este argumento ao afirmar que não somente as partes já haviam produzido as provas necessárias ao seu julgamento, mas também que o ônus da prova recai diretamente sobre o demandante. Finalmente, os Estados Unidos afirmaram, também sem sucesso, que não houve a exaustão dos procedimentos estabelecidos para a resolução de conflitos já que o processo de Contadora, do qual a Nicarágua era parte, ainda não se havia esgotado. Assim, tendo rejeitado todos os argumentos apresentados pelos Estados Unidos, a Corte afirmou sua jurisdição sobre o caso e manteve as medidas cautelares em vigor até o momento do proferimento de sua sentença final.¹²

2.6. Julgamento do Mérito (julgamento de 27 de junho de 1986)

Tendo a Corte firmado sua jurisdição sobre o caso, os Estados Unidos decidiram abandonar os procedimentos alegando que o caso era “contrário ao direito e aos fatos”. Na ocasião, os EUA também retiraram sua aceitação da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória em 1985. Não obstante, a Corte decidiu dar continuidade aos procedimentos mesmo à revelia dos Estados Unidos, conforme previsto no artigo 53 de seu Estatuto.¹³ Há que se ressaltar, contudo, que

¹² *Idem, Ib idem.*

¹³ Ver “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, pp. 160-171.

diferentemente do que ocorre no direito doméstico brasileiro, os juízes consideraram o provável ponto de vista e possíveis argumentos que o Estado revel (Estados Unidos) poderiam ter levantado a seu favor. Para tal, a Corte invocou o princípio da igualdade das partes¹⁴ e chegou a apreciar como prova um documento intitulado *Revolution Beyond Our Borders, Sandinista Intervention in Central America* embora o mesmo não tenha sido apresentado por nenhuma das partes.

Em sua deliberação sobre o mérito, a Corte decidiu por excluir de sua apreciação as violações decorrentes de tratados multilaterais em virtude da reserva feita pelos Estados Unidos em sua aceitação da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória. Contudo, considerou que as normas do direito internacional relativas ao uso da força constituem um costume internacional geral. Assim, independentemente de obrigações convencionais assumidas pelos estados através da Carta da ONU ou outros tratados, permanece o dever dos Estados em respeitá-las. Este ponto de vista da Corte não somente confirmou o artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas como uma regra de direito costumeiro geral que se aplica a todos os estados¹⁵ mas também justificou a apreciação das demandas de violação apresentadas pela Nicarágua independentemente da reserva estadunidense. Ademais, ao apreciar o mérito, a Corte afirmou que o costume internacional advém da prática dos Estados e não de seus pontos de vista.¹⁶ Assim, uma ação contrária a pratica já é suficiente para demonstrar uma ilegalidade.¹⁷ Desta forma, ao apreciar o mérito, a Corte julgou que os fatos concretos neste caso eram tais que demonstravam a existência de uma ilegalidade por parte do governo estadunidense.

Entre os pontos centrais da sentença final da Corte, pode-se destacar:

[...] *Por doze votos a três, Rejeita* a justificativa de legítima defesa alegada pelos Estados Unidos estão [...];

Por doze votos a três, Decide que os Estados Unidos ao treinar, armar, equipar, financiar e fornecer apoio logístico as forcas *Contra* ou ao

¹⁴ *Idem*, p.162.

¹⁵ Ver HARRIS, David. *Cases and Materials on International Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p.862.

¹⁶ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 186.

¹⁷ *Idem*.

encorajar, apoiar e ajudar atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua, agiram contra a República da Nicarágua em violação de sua obrigação costumeira de não intervir nos assuntos internos de outro Estado [...];

Por doze votos a três, Decide que os Estados Unidos da América, através de certos ataques no território da Nicarágua [...] agiram [...] em violação do direito internacional costumeiro de não usar da força contra outro Estado [...];

Por doze votos a três, Decide que ao autorizar sobrevôos sobre o território da Nicarágua os Estados Unidos [...] violaram o direito internacional costumeiro de não usar da força contra outro Estado [...];

Por doze votos a três, Decide que, ao colocarem minas nas águas internas ou territoriais da Nicarágua [...] os Estados Unidos [...] violaram o direito internacional costumeiro de não usar da força contra outro Estado, não intervir em seus assuntos, não violar sua soberania e não interromper o comércio marítimo pacífico [...];

Por quatorze votos a um; Decide que [...] os Estados Unidos da América [...] violaram [...] o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação [assinado entre eles] [...];

Por quatorze votos a um; Decide que os Estados Unidos ao não revelarem a existência e localização de minas por eles colocadas [...] [no território da Nicarágua,] violaram o direito internacional costumeiro a este respeito [...];

Por quatorze votos a um; Conclui que os Estados Unidos [...] ao produzirem [...] e divulgarem [...] [manuais de operações], encorajaram [...] atos contrários aos princípios gerais do direito humanitário, mas não se encontrou uma base para se concluir que quaisquer destes atos sejam imputáveis aos Estados Unidos da América [...];

Por doze votos a três, Decide que os Estados Unidos da América ao atacar o território da Nicarágua, [...] e ao declarar um embargo comercial geral à Nicarágua [violaram o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação assinado entre eles] [...];

Por doze votos a três. Decide que os Estados Unidos estão sobre a obrigação de cessar imediatamente todas [estas ações] [...];

Por doze votos a três, Decide que os Estados Unidos da América [...] devem reparar a Nicarágua por todos os danos causados à Nicarágua [...];

Por quatorze votos a um; Decide que os Estados Unidos [...] devem reparar a Nicarágua pelos danos causados pela violação do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação [assinado entre eles] [...];

Por quatorze votos a um; Decide que [se as partes não chegarem a um acordo quanto ao montante da reparação, a Corte decidirá em um procedimento futuro] [...];

Unanimemente; Relembra ambas as partes de sua obrigação de buscar a solução de suas controvérsias de maneira pacífica e em concordância com o direito internacional [...].¹⁸

¹⁸ No original: [...] By twelve votes to three, *Rejects* the justification of collective self-defence maintained by the United States of America [...]; By twelve votes to twelve, *Decides* that the United States of America, by training, arming, equipping, financing and supplying the contra forces or otherwise encouraging, supporting and aiding military and paramilitary activities in and against Nicaragua, has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligation under customary international law not to intervene in the affairs of another State; [...] By twelve votes to three, *Decides* that the United States of America, by certain attacks on Nicaraguan territory [...] has acted, [...] in breach of its obligation under customary international law not to use force against another State; [...] By twelve votes to three, *Decides* that, by laying mines in the internal or territorial waters of the Republic of Nicaragua [...] the United States of America has; acted, [...] in breach of its obligations under customary international law not to use force against another State, not to intervene in its affairs, not to violate its sovereignty and not to interrupt peaceful maritime commerce; [...] By fourteen votes to one, *Decides* that, [...] the United States of America has acted [...] in breach of its obligations under [...] the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation [...]; By fourteen votes to one, *Decides* that the United States of America, by failing to make known the existence and location of the mines laid by it, [...] has acted in breach of its obligations under customary international law in this respect; [...] By fourteen votes to one, *Finds* that the United States of America, by producing [...] and disseminating [...] has encouraged [...] acts contrary to general principles of humanitarian law; but does not find a a basis for concluding that any such acts which may have been committed are imputable to the United States [...]; By twelve votes to three, *Decides* that the United States of America, by the attacks on Nicaraguan territory [...] and by declaring a general embargo on trade with Nicaragua [...] has committed acts calculated to deprive of its object and purpose the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Parties [...]; By twelve votes to three, *Decides* that the United States of America is under a duty immediately to cease and to refrain from all such acts [...]; By twelve votes to three, *Decides* that the United States of America is under an obligation to make reparation to the Republic of Nicaragua for all injury caused to Nicaragua [...]; By fourteen votes to one, *Decides* that the United States of America is under an obligation to make reparation to the Republic of Nicaragua for all injury caused to Nicaragua by the breaches of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation [...]; By fourteen votes to one, *Decides* that [...] failing agreement between the parties, [the reparation] will be settled by *the* Court, and reserves for this purpose the subsequent procedure in the case; [...] Unanimously, *Recalls* to both Parties their obligation to seek a solution to their disputes by peaceful means in accordance with international law.” “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and*

3. Marcos para o direito internacional

Este caso representou um marco no direito internacional, não somente ao permitir que a Corte se posicionasse e esclarecesse uma gama de assuntos importantes até então polêmicos no direito internacional, mas também ao delinear uma grande mudança em sua imagem. Entre as principais contribuições do caso *Nicarágua* para o direito internacional estão esclarecimentos acerca da: jurisdição da Corte sobre casos políticos; cláusula facultativa de jurisdição obrigatória; legítima defesa, e; o princípio da não-intervenção.

3.1. Jurisdição da Corte sobre casos políticos

A Corte não aceitou o argumento dos EUA de que ela, por ser uma jurisdição, não poderia se pronunciar sobre casos de natureza política. Esta decisão foi bem vinda já que, devido à própria natureza do direito internacional, a aceitação desta interpretação implicaria em um esvaziamento completo sua competência. Afinal de contas, devido à própria natureza e ambiente no qual o direito internacional é formado, interpretado, e aplicado, é altamente improvável que qualquer litígio jurídico internacional não tenha implicações políticas e vice-versa.

3.2. Cláusula Facultativa de jurisdição obrigatória

Ao admitir que existia um problema com a continuidade da aceitação da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória que a Nicarágua fez junto ao Tribunal Permanente de Justiça Internacional (artigo 36 (5)), mas declarar que esta produzia efeito, a Corte firmou o entendimento de que não é necessário um alto grau de formalismo para se provar a manifestação do consentimento de um Estado em ser julgado por ela. Esta decisão se encontra em consonância com a prática da Corte em casos anteriores em a Corte aplicou, por exemplo, o princípio do *Forum Prorrogatum* para estabelecer sua competência mesmo diante da não previsão expressa deste instituto em seu Estatuto.¹⁹

Orders of the International Court of Justice, 1948-1991. Ed. United Nations, New York: 1992, pp. 161, 162.

¹⁹ Veja, por exemplo, o caso do Estreito de Corfu.

No mesmo sentido, a desistência da Aceitação da Clausula Facultativa de Jurisdição Obrigatória pelos Estados Unidos levou a Corte a declarar que uma aceitação feita por prazo indeterminado pode ser terminada. Contudo, o Estado deve anunciar sua desistência com um “tempo razoável” de aviso.

3.3. Direito à Legítima Defesa (parágrafos 187 à 201 do julgamento de mérito)

Esta foi a primeira vez em que a Corte se posicionou sobre esta importante matéria. Em sua decisão no caso *Nicarágua*, a Corte entendeu que o direito dos Estados à legítima defesa não se esgota no previsto pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Em realidade, o direito à legítima defesa é um direito inerente a todos os Estados além de se firmar enquanto direito consuetudinário de cunho universal.²⁰ A implicação desta posição é que a Carta das Nações Unidas não regula e nem esgota todos os aspectos da legítima defesa. Um exemplo disto é a aplicação dos princípios da necessidade e proporcionalidade²¹ ao direito de legítima defesa mesmo embora estes não estejam previstos na Carta.²² Ao admitir este não esgotamento, abre-se, portanto, precedente para se debater a legalidade jurídica de vários aspectos importantes e polêmicos do direito à legítima defesa tais como: a legalidade ou não da legítima defesa preventiva e preemptiva; aspectos da proporcionalidade e direito à legítima defesa coletiva; a definição do que se constitui e quem poder perpetrar um “ataque armado”, etc.

Com efeito, no caso *Nicarágua*, a Corte esclareceu outros aspectos importantes no que diz respeito ao direito de legítima defesa coletiva. Em primeiro lugar, segundo a Corte, o Estado que exerce a proteção em nome do Estado vítima somente pode atuar após o Estado atacado se declarar vítima e expressamente solicitar sua ajuda. A CIJ esclareceu ainda que o Estado terceiro que exerce a

²⁰ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 176.

²¹ Ver o Caso Caroline.

²² “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 176; HARRIS, op. Cit., p. 896.

proteção não precisa estar ameaçado para exercer a legítima defesa em nome do Estado vítima.²³

Outro ponto interessante relativo à legítima defesa debatido neste caso é que este direito somente poder ser invocado quando o Estado sofre uma “agressão armada”. A Corte reconheceu que a assistência a uma operação militar de grande envergadura pode se configurar como uma violação do direito internacional e mesmo chegar a constituir uma “agressão armada” no sentido jurídico do termo. Segundo a CIJ, um “ataque armado” também pode ocorrer através de uma agressão indireta realizada através do “envio por, ou em nome de um Estado, de bandos ou grupos armados, irregulares ou mercenários, que praticam atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade que remontem [...] a um ataque real conduzido por forças regulares”.²⁴ Todavia, neste caso concreto, ela considerou que a mera assistência do governo da Nicarágua a rebeldes não poderia ser considerada uma “agressão armada”.²⁵ Isto porque uma “agressão armada” tem como requisito a gravidade e a ação por, ou em nome de, um Estado. Assim, conforme observado por Harris, na prática, a maioria dos casos de uso indireto da força contrário ao direito internacional não necessariamente ensejam o direito à legítima defesa.^{26 27}

3.4. Princípio da não intervenção (parágrafos 202 à 209 do julgamento de mérito)

O princípio da não intervenção está intimamente conectado ao direito à legítima defesa, o que também permitiu à Corte esclarecer alguns importantes

²³ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 199.

²⁴ No original “[...] the sending by or on behalf of a state of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to [...] an actual armed attack conducted by regular forces”, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 195.

²⁵ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 118-119, 195.

²⁶ HARRIS, Op cit. p.887.

²⁷ Ver a opinião dissidente do Juiz Sir Robert Jennings criticando esta posição.

pontos sobre este tema. Inicialmente, da mesma forma que a legítima defesa de terceiros, a intervenção solicitada por um Estado somente é lícita quando demandada pelo próprio governo deste. Outro ponto relevante levantado pela Corte no caso *Nicarágua* foi o de que um Estado, ao apoiar financeiramente, treinar, fornecer armas, informações e apoio logístico indiretos a grupos rebeldes não necessariamente incorre em um “ataque armado” e, portanto, não necessariamente autoriza o direito à legítima defesa. Contudo, estes atos constituem uma “ameaça ou uso da força” se equivalendo, assim, a uma intervenção indevida nos assuntos internos ou externos de outros países²⁸ e, portanto, constituem uma violação ao princípio da não intervenção.²⁹ Isto porque qualquer intervenção externa que incida coercitivamente sobre uma atividade cuja liberdade de escolha é reconhecida como exercício da soberania daquele Estado é considerada contrária ao direito internacional.

Decorre daí quatro importantes considerações sobre as intervenções. Primeiro, ao reconhecer que o financiamento dos *Contras* foi uma intervenção ilícita, a Corte estabeleceu que uma intervenção indevida não necessariamente precisa se dar através do uso da força militar.³⁰ Todavia, a Corte não esclareceu quando contramedidas proporcionais envolvendo o uso da força passariam a ser contrárias ao direito internacional.³¹ Em segundo lugar, sanções econômicas e interrupção de ajuda econômica não foram consideradas como violações de soberania e, conseqüentemente, não se configuram como uma intervenção ilícita. Em terceiro lugar, a CIJ reconheceu que a proibição do uso da força expresso pelo artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas é uma norma de *jus cogens*. Entretanto, confirmou igualmente que é necessário que haja certo grau de gravidade nas ações envolvendo uso da força para que estes se constituam como um ato ilícito para o

²⁸ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 195.

²⁹ PELLET, Alain et al. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992, p.974.

³⁰ “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 228.

³¹ Ver HARRIS, op cit, p.13.

direito internacional. Ademais, reconheceu existirem certas exceções a este princípio tais como os institutos da legítima defesa e da legítima defesa coletiva.³²

Finalmente, conclui-se do caso *Nicarágua* que os Estados são livres para escolher seus sistemas políticos domésticos frente ao direito internacional. Segundo a opinião da Corte, qualquer interpretação em contrário violaria “o princípio fundamental da soberania em que se baseia todo o direito internacional”.³³ Os recentes desenvolvimentos geopolíticos envolvendo países autoritários e com sistema de governo não democráticos além dos atuais debates em torno de possíveis intervenções em países como o Irã e a Síria tornam este assunto ainda mais relevante.

4. Considerações finais

Conforme descrito acima, é fácil perceber que as conseqüências das interpretações da Corte no caso *Nicarágua* continuam bastante relevantes para o direito internacional contemporâneo. Se, por um lado, alguns dos posicionamentos da Corte mencionados acima permanecem bastante pertinentes no cenário internacional atual, por outro, alguns dos pontos abordados por essa instituição se tornam bastante polêmicos frente a atual realidade social do sistema internacional e merecem ser revisitados.

Um exemplo disto é a interpretação dada pela Corte no caso *Nicarágua* quanto ao conceito legal “ataque armado” que limita bastante o escopo da legítima defesa. Esta não é apenas uma discussão teórica. As ações dos Estados após os atentados de 11 de setembro na chamada “Guerra contra o Terror”, em especial, levantam a necessidade de se rever ou repensar o posicionamento da Corte no caso *Nicarágua*. Isto porque, não somente a CIJ estabeleceu que o direito à legítima defesa não se esgota na Carta – o que abre espaço para o debate acerca da legalidade da legítima defesa preventiva e preemptiva – mas principalmente porque a partir do caso *Nicarágua* a Corte manteve reiteradamente o

³² “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, para 193.

³³ *Idem*, para 263.

entendimento de que a autorização legal para o uso da força em legítima defesa estaria confinado a relações entre Estados soberanos.³⁴

Assim, desde o caso *Nicarágua* a Corte tem rejeitado abertamente a possibilidade de que um ator não estatal pudesse perpetrar um ataque armado nos termos do artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Esta posição se encontra desalinhada com diversas resoluções do Conselho de Segurança que invocam o Capítulo VII da Carta e afirmam que ataques terroristas não apenas constituem um “ataque armado”, mas também que os Estados estão autorizados a responderem militarmente usando da legítima defesa. As resoluções 1368 e 1373 que condenaram os ataques de 11 de setembro são os exemplos mais conhecidos, mas também podemos citar as resoluções do Conselho de Segurança que condenaram os ataques a Déli (2002); Moscou (2002); Kimbala e Mombassa (2002); Bogotá (2003), Istambul (2003), Madri (2004), Londres (2005) e Iraque (2005) entre outras que empregaram esta mesma fórmula.³⁵

É importante ressaltar que, apesar de a Corte não ter formalmente aceito esta posição, ela também não descartou completamente a possibilidade de revê-la. De fato, o Juiz Kooijmans em sua opinião individual no caso da *Construção de uma Barreira no Território Ocupado da Palestina* expõe sua opinião de que a Corte deve rever sua interpretação sobre este assunto e urge que ela aceite a possibilidade legal de um ator não estatal cometer um ataque armado autorizando o direito de legítima defesa. No mesmo sentido, o Juiz Bruno Simma, declarou que a prática do Conselho de Segurança consolidou um entendimento de que ataques feitos por atores não estatais podem constituir uma ameaça à paz e segurança internacionais e, portanto, legitimam uma resposta armada em legítima defesa por parte dos Estados.³⁶

³⁴ Veja também os casos *Oil Platforms* (1993); *Armed Activities on the Territory of Congo* (2001) e *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004).

³⁵ Respectivamente: UNSC, Res. 1438; 1440; 1450; 1465; 1516; 1530; 1611; 1618.

³⁶ Segundo o Juiz Simma, “Such a restrictive reading of Article 51 might well have reflected the state, or rather the prevailing interpretation, of the international law on self-defence for a long time. However, in the light of more recent developments not only in state practice but also with regard to accompanying *opinio juris*, it ought urgently to be reconsidered, also by the Court. As is well known, these developments were triggered by the terrorist attacks of 9/11, in the wake of which claims that the Article 51 also covers defensive measures against terrorist groups have been received far more favourably by the international community than other extensive re-readings of the relevant Charter provisions, particularly the “Bush doctrine” justifying the pre-emptive use of force. Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) cannot but be read as affirmations

Finalmente, não obstante alguns pontos do julgamento terem se tornado bastante polêmicos frente a atual realidade social do sistema internacional, não podemos terminar sem considerar que este caso também foi um marco em relação aos problemas ligados ao cumprimento e eficácia das sentenças da Corte. Este foi um dos poucos casos em que houve a invocação direta do mecanismo de execução de sentenças na Corte previsto no artigo 94(2) da Carta das Nações Unidas.³⁷ Após serem condenados, os Estados Unidos abertamente se opuseram à sentença e francamente se recusaram a cumpri-la. Diante da inexecução, o representante da Nicarágua para as Nações Unidas solicitou ao Conselho de Segurança, em 17 de outubro de 1986, que este, em uma reunião de emergência, demandasse o cumprimento imediato e integral da sentença de 27 de junho de 1986 proferida pela Corte Internacional de Justiça. Após os debates, os Estados Unidos (único Estado contrário a adoção da resolução) votaram contra a resolução, vetando, portanto, o pedido.³⁸ Diante do veto estadunidense, a Nicarágua recorreu então à Assembleia Geral que aprovou uma resolução por noventa e quatro votos a três, condenando a inexecução. Contudo, diante da incapacidade da Assembleia Geral de adotar resoluções vinculantes, a resolução foi aprovada sem qualquer mecanismos de execução ou sanção, não alcançando, portanto, efeitos práticos significativos.

Este episódio teve um duplo efeito. Por um lado, o caso *Nicarágua* evidenciou a incômoda fragilidade e limitações do papel da Corte e do sistema de execução previsto no artigo 94 da Carta frente ao jogo duro da política internacional. Por outro, paradoxalmente o caso *Nicarágua* serviu para reforçar a autoridade da Corte. Isto porque não somente a condenação dos EUA aumentou significativamente a confiança de países subdesenvolvidos na Corte depois deste caso,³⁹ mas também historicamente a força e importância da CIJ no sistema internacional se mantiveram relativamente inabalados já que o grau de cumprimento de suas decisões permaneceu alto. De fato, o caso *Atividades*

of the view that large-scale attacks by non-state actors can qualify as “armed attacks” within the meaning of Article 51” (ICJ, Rep. 2004).

³⁷ Ver os Casos Anglo Iranian Oil Company em 1951, EUA VS. Bósnia-Hezergovinia em 1993, e o Caso contra a República Federativa da Iugoslávia. Ver também TANZI, Attila. “Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations” in *European Journal of International Law*, vol. 6 (1) (1995), PP.539-572.

³⁸ França, Tailândia e o Reino Unido se abstiveram mas não se opuseram à validade da sentença.

³⁹ Ver MERRILLS, J G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; HARRIS, op. Cit, p.988.

Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua foi o último caso em que houve uma contestação aberta e direta à execução de uma sentença da Corte.⁴⁰ A explicação deste paradoxo se dá, talvez, por uma combinação da disposição da Corte em enfrentar assuntos difíceis e polêmicos com a não intimidação de seus juízes frente a revelia de uma superpotência e sua consequente condenação. Assim, além da oportunidade sem precedentes que a Corte teve de se pronunciar sobre o uso da força no direito internacional, este caso também se firma como um marco ao reforçar, de certa forma, a própria força do direito internacional.

5. Referências bibliográficas

GRIMAL, Francis. *Threats of Force: International Law and Strategy*. Nova York: Routledge, 2013.

HARRIS, David. *Cases and Materials on International Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Application: Instituting Proceedings in the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)”, 9 de Abril de 1984. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66&p3=0> Acessado em: 14/12/2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Provisional Measures, Order of 10 May 1984 in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Declaration of Intervention, Order of 4 October 1984” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States),

⁴⁰ Llamzon, Aloysius P. “Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice” in *European Journal of International Law*, vol. 18 (5), 2008, p. 823.

Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 26 November 1984” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986” in *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1948-1991*. Ed. United Nations, New York: 1992, pp. 160-171.

LLAMZON, Aloysius P. Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice. *European Journal of International Law*, v. 18, n.5, pp. 815-852, 2008.

MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

PELLET, Alain [et al.]. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.

TANZI, Attila. Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations. *European Journal of International Law*, v. 6 (1), 1995, p.539-572.

MANDADO DE PRISÃO DE 11 DE ABRIL DE 2000 (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO VS. BÉLGICA) (14 DE FEVEREIRO DE 2002)

Roberto Vilchez Yamato

*Since the sixteenth century, international society has been so organized that no individuals except sovereign princes can be members of it, and these only in their representative capacity. All other individuals have had to be subjects or citizens of sovereign states. By a famous paradox of international law, the only persons emancipated from this necessity are pirates, by virtue of being *hostes humani generis*.¹*

1. Introdução

Tradicionalmente, as relações internacionais são definidas como relações entre Estados soberanos, enquanto que o direito internacional é definido como aquele conjunto de regras, normas e princípios constituído e colocado em força pelos próprios Estados soberanos para regular suas relações *inter se*. Nas duas definições, o adjetivo comum, o “suplemento” *internacional*, sugere que tais “relações” e “direito” são construídos e regulados por uma gramática “inter-estatal-nacional” já assentada numa suposição (ou confusão) comum, a de que os Estados soberanos são e/ou devem ser coextensivos ou idênticos às suas respectivas “subjetividades”, ou seja, às “suas” respectivas nações.² Aceitando tal suposição (ou

¹ WIGHT, M. Why is there no International Theory? In: BUTTERFIELD, H.; WIGHT, M. (Ed.). *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1966, p. 19.

² Para uma análise crítica desta suposição (ou confusão) comum, ver: WALKER, R. B. J. *Inside/outside: International Relations as Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993; e WALKER, R. B. J. *After the Globe, Before the World*. London: Routledge, 2010.

confusão), torna-se natural conceber uma sociedade inter-*nacional* como uma associação de *Estados* soberanos, os quais representariam ou traduziriam “internacionalmente” (por meio de suas respectivas linguagens diplomáticas e políticas externas) as particularidades de nações (povos, culturas, histórias, línguas, etc.) supostamente homogêneas e autônomas.

Neste contexto, tal como apontado na epígrafe deste capítulo, o *indivíduo* seria política e juridicamente alocado em e/ou identificado com um local próprio: o espaço-tempo doméstico ou nacional. Seria *dentro* do espaço-tempo moderno do Estado-nação soberano que o indivíduo significaria sua vida política e juridicamente: seria ali que o indivíduo *ser humano* (o universal) se constituiria como, e confundir-se-ia com, o indivíduo *cidadão* (o particular). E, tal como observado por Martin Wight naquela passagem, esta seria uma das *regras* fundamentais da estrutura constitucional da sociedade internacional moderna “[d]esde o século dezesseis”:³ os indivíduos não são e nem devem ser membros da sociedade internacional, mas, sim, “sujeitos ou cidadãos de Estados soberanos”.⁴

Contudo, ainda de acordo com Wight, haveria duas *exceções* a esta regra internacional de pertencimento e domesticação dos indivíduos. De um lado, haveria a figura do *príncipe* soberano, aquele indivíduo que, por ser o representante do Estado soberano por excelência, seria um membro, excepcional, da sociedade internacional. De outro lado, haveria a categoria “paradoxal”, e igualmente excepcional, do *pirata*, aquele indivíduo que, em virtude de ser considerado inimigo da humanidade (*hostis humani generis*), também seria “emancipado” daquela regra internacional de domesticação.

No entanto, enquanto o *pirata* é tradicionalmente concebido na história e teoria do direito internacional moderno como o perpetrador do primeiro crime internacional, a pirataria, que, por sua vez, é considerada como o caso paradigmático de jurisdição criminal universal, o *príncipe*, como o mais alto representante do Estado soberano, é histórica e teoricamente reconhecido como o caso paradigmático da imunidade de certo(s) indivíduo(s) à jurisdição (civil e/ou criminal) de outro Estado soberano que não seja o seu.⁵ Em poucas palavras,

³ WIGHT, M. Op. cit., p. 19.

⁴ Ibid.

⁵ De modo geral, por exemplo, ver: WIGHT, M. Op. cit.; BIANCHI, A. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case. *European Journal of International Law*, Vol.10, No.2, 1999, pp. 237-277; SANDS, P. International Law Transformed? From Pinochet to Congo...? *Leiden Journal of International Law*, v.16, n.1, 2003, pp. 37-53; SIMPSON, G. War Crimes: A Critical Introduction.

enquanto o príncipe é *soberanamente* imune à jurisdição estrangeira, o pirata é *excepcionalmente* sujeito à jurisdição criminal universal.

Neste capítulo, oferece-se uma (re)leitura do *Caso referente ao Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000*, o caso *República Democrática do Congo vs. Bélgica*, (doravante “caso *Yerodia*”) perante a Corte Internacional de Justiça. Como será comentado mais detalhadamente a seguir, na segunda parte deste trabalho, este é o caso em que um juiz belga, baseando-se na jurisdição criminal universal sobre crimes de guerra e crimes contra humanidade, emitiu e circulou um mandado de prisão internacional *in absentia* contra o então Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo (doravante, Congo), o Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi. A questão mais ampla que se colocava ali era a do equilíbrio entre duas regras fundamentais da estrutura constitucional da sociedade internacional: a regra internacional de *jurisdição* e a regra internacional de *imunidade* à jurisdição.

Na segunda parte deste capítulo, apresenta-se o caso *Yerodia*⁶ na Corte Internacional de Justiça. Ali, comentam-se os aspectos mais importantes do julgamento da Corte, dando particular ênfase à questão da imunidade de certo(s) indivíduo(s) à jurisdição (neste caso, criminal) de outro Estado soberano que não seja o seu. Em seguida, na terceira parte deste capítulo, destaca-se a questão de jurisdição. Ali, comentam-se alguns dos traços fundamentais da questão de jurisdição criminal universal, bem como se sugere uma releitura do caso *Yerodia*

In: MCCORMACK, T.; SIMPSON, G. (Ed.). *The Law of War Crimes: National and International Approaches*. London: Kluwer Law International, 1997, pp. 1-30; SIMPSON, G. Piracy and the Origins of Enmity. In: Craven, M.; Fitzmaurice, M.; Vogiatzi, M. (Ed.). *Time, History and International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 219-230; SIMPSON, G. *Law, War and Crime*. Cambridge: Polity, 2007.

⁶ Apesar do *Caso referente ao Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000* perante a Corte Internacional de Justiça ser, tecnicamente, um caso entre, de um lado, a República Democrática do Congo e, de outro lado, a Bélgica, ou seja, apesar do caso *República Democrática do Congo v. Bélgica*, envolver, sobretudo processualmente, dois Estados-Nações soberanos, refere-se a ele aqui como o – caso *Yerodia* – precisamente para chamar a atenção do leitor ao cerne da questão em relação àquelas exceções à regra internacional de pertencimento e domesticação dos indivíduos. De certo modo, o que se coloca de mais fundamental no caso *Yerodia* é a questão de qual de tais exceções – a da imunidade de um (*indivíduo*) alto representante do Estado soberano (um “príncipe”) ou a da jurisdição universal sobre um (*indivíduo*) criminoso internacional (um “pirata”) – deve prevalecer na estrutura constitucional da sociedade internacional moderna. Claro, ao decidir qual exceção prevalece, decide-se também qual é a regra que, constituída em relação a tal exceção, prevalece como fundação última da arquitetura constitucional da sociedade internacional.

em relação à estrutura constitucional da sociedade internacional moderna. Daí, então, conclui-se o capítulo com algumas considerações finais.

2. Uma leitura do caso *Yerodia na Corte Internacional de Justiça*

Em 11 de abril de 2000, um juiz do tribunal de primeira instância de Bruxelas, na Bélgica, emitiu um mandado de prisão contra o então Ministro das Relações Exteriores do Congo, o Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, o qual era acusado ali pela autoria ou coautoria de atos que constituíam graves violações às Convenções de Genebra de 1949 e a seus Protocolos Adicionais, bem como crimes contra humanidade. No momento em que o mandado de prisão internacional fora emitido, o então Ministro congolês não se encontrava em território belga.⁷

No dia 17 de outubro de 2000, o Congo acionou a Corte Internacional de Justiça, estabelecendo procedimento contra a Bélgica referente àquele mandado de prisão internacional *in absentia* emitido em 11 de abril de 2000. Em sua manifestação inicial, o Congo alegava que a Bélgica havia violado o princípio de acordo com o qual um Estado soberano não deve exercer sua autoridade no território de outro Estado soberano; que a Bélgica havia violado o princípio de igualdade soberana entre todos os Estados Membros da ONU, tal como estabelecido pelo artigo 2(1) da Carta da ONU; e que a Bélgica havia violado a imunidade diplomática de um Ministro de Relações Exteriores de um Estado soberano, tal como esta imunidade é reconhecida pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e estabelecida pelo artigo 41(2) da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 18 de abril de 1961.⁸

Em resposta, a Bélgica apresentou quatro objeções principais. Primeiro, a Bélgica questionou a jurisdição da Corte Internacional de Justiça. Isso porque, em novembro de 2000, o Sr. Yerodia havia deixado de ser o Ministro de Relações Exteriores e passara a ser o Ministro de Educação do Congo, sendo que, a partir de abril de 2001, com a constituição de um novo governo congolês, ele também havia deixado de ser o Ministro de Educação, não ocupando mais nenhum cargo ministerial. Assim, a Bélgica alegava que a “disputa jurídica” havia deixado de

⁷ INTERNATIONAL Court of Justice. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, p. 9. Documento disponível em: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>). Acesso em 10 de outubro de 2013.

⁸ INTERNATIONAL Court of Justice. *Op. cit.*, p. 6.

existir, uma vez que o Sr. Yerodia deixara de ser o Ministro das Relações Exteriores do Congo; e que, conseqüentemente, sem tal “disputa”, a Corte não teria jurisdição.⁹

A segunda objeção belga, também decorrente do fato de que o Sr. Yerodia havia deixado de ser o Ministro de Relações Exteriores ou de ocupar qualquer outro cargo ministerial, era a de que o caso deixara de ter objeto, razão pela qual a Corte Internacional de Justiça deveria deixar de analisar e julgar o mérito do caso.¹⁰ A terceira objeção da Bélgica era a de que esta mudança fundamental dos aspectos factuais (o fato de que o Sr. Yerodia havia, primeiro, deixado de ser o Ministro de Relações Exteriores e, posteriormente, deixado de ocupar qualquer outro cargo ministerial) teria tornado o caso em tela materialmente diferente, razão pela qual a Corte Internacional de Justiça não teria jurisdição e a ação congoleza seria inadmissível.¹¹

A quarta objeção belga era a de que, em razão destas novas circunstâncias relacionadas ao agora ex-Ministro congolês, o caso havia adquirido o caráter de proteção diplomática, o que significava que o *indivíduo* nacional envolvido, neste caso, o Sr. Yerodia, deveria ter esgotado todos os mecanismos e procedimentos locais de proteção jurídica antes de acessar a Corte Internacional de Justiça. E como isso não teria sido feito, a Bélgica alegava que a Corte Internacional de Justiça não teria jurisdição e a ação congoleza seria inadmissível.¹²

Ademais, como um argumento subsidiário, a Bélgica alegava que, caso a Corte Internacional de Justiça decidisse, apesar das objeções belgas apresentadas, que ela teria jurisdição para analisar e julgar o caso iniciado pelo Congo, a regra *non ultra petita* deveria ser aplicada para limitar a jurisdição da Corte à análise e ao julgamento apenas daquelas questões materiais que foram o cerne da submissão final congoleza.¹³

Em sua manifestação inicial, o Congo havia construído seu argumento a partir de duas fundações jurídicas. De um lado, alegava que a jurisdição universal que (supostamente) autorizara a emissão daquele mandado de prisão internacional *in absentia* violava tanto o princípio de acordo com o qual um Estado soberano não deve exercer sua autoridade no território de outro Estado soberano, como o

⁹ Ibid, pp. 10-14.

¹⁰ Ibid, pp. 14-15.

¹¹ Ibid, pp. 15-16.

¹² Ibid, pp. 16-17.

¹³ Ibid, p. 18.

princípio de igualdade soberana que fora estabelecido pelo artigo 2(1) da Carta da ONU. De outro lado, alegava que a Bélgica havia violado a imunidade diplomática de um Ministro de Relações Exteriores de um Estado soberano; neste caso, a do então Ministro do Congo, o Sr. Yerodia.¹⁴

No entanto, em sua última manifestação perante a Corte Internacional de Justiça, o Congo deixou de alegar que a Bélgica (ou, mais precisamente, o juiz belga) havia exercido, errônea e ilegalmente, jurisdição universal *in absentia*, enfatizando que a questão material de jurisdição universal era apenas uma questão secundária em relação ao cerne do caso: a questão da imunidade de seu então Ministro de Relações Exteriores.¹⁵ Dessa forma, em sua manifestação final, o Congo solicitava que a Corte Internacional de Justiça materialmente analisasse e julgasse apenas a questão da violação da regra do direito internacional costumeiro referente à imunidade de Ministros de Relações Exteriores em exercício.¹⁶

Assim, a Bélgica subsidiariamente argumentava que o Congo, em sua última manifestação perante a Corte Internacional de Justiça, havia materialmente restringido o caso à suposta violação da imunidade de seu então Ministro de Relações Exteriores, o Sr. Yerodia, violação esta resultante da emissão e circulação daquele mandado de prisão internacional de 11 de abril de 2000. Consequentemente, a Bélgica alegava que a Corte não poderia se pronunciar sobre a questão material de jurisdição universal em qualquer decisão sobre o mérito do caso.¹⁷

Contudo, apesar da restrição material resultante do abandono por parte do Congo daquela primeira fundação jurídica articulada em sua manifestação inicial, a Corte Internacional de Justiça concluiu, em seu julgamento de 14 de fevereiro de 2002, que, por “uma questão de lógica”,¹⁸ a segunda fundação jurídica (a questão de imunidade) deveria ser analisada apenas depois que a primeira (a questão de jurisdição) o fosse. Isso porque, no entendimento da Corte, “é apenas quando um Estado tem, de acordo com o direito internacional, jurisdição em relação a um assunto particular que pode haver qualquer questão de imunidades em relação ao

¹⁴ Ibid, p. 10.

¹⁵ Ibid, p.18.

¹⁶ Ibid, p. 11.

¹⁷ Ibid, p. 18.

¹⁸ Ibid, p. 19.

exercício de tal jurisdição”.¹⁹ Noutros termos, a questão de jurisdição é mais fundamental do que a de imunidade, uma vez que aquela é a condição de possibilidade desta: a questão de imunidade é sempre, e necessariamente, uma questão de imunidade *à jurisdição*.

Mas, mesmo admitindo esta relação lógica entre jurisdição e imunidade (à jurisdição), a Corte Internacional de Justiça, em razão dos termos daquele posicionamento final do Estado congolês, decidiu abordar a questão de se a imunidade do então Ministro de Relações Exteriores do Congo havia sido violada ou não, *pressupondo* que, de acordo com o direito internacional, a corte de primeira instância de Bruxelas tinha jurisdição universal para emitir e circular internacionalmente aquele mandado de prisão de 11 de abril de 2000.²⁰ Dessa forma, a Corte Internacional de Justiça decidiu não cuidar materialmente da questão de jurisdição universal, enfocando substancialmente a questão de imunidade sem discutir aquela que, de acordo com a própria Corte, deveria, *logicamente*, ser analisada em primeiro lugar.

Assim, *pressupondo* a jurisdição universal daquela corte de primeira instância belga, a Corte Internacional de Justiça passou a analisar a questão da imunidade de um Ministro de Relações Exteriores em exercício. E nesse sentido, após analisar os tratados internacionais existentes e, sobretudo, o direito internacional costumeiro,²¹ a Corte observou que:

*[...] um Ministro de Relações Exteriores, responsável pela condução das relações de seu Estado com todos os outros Estados, ocupa uma posição tal que, assim como o Chefe de Estado ou o Chefe de Governo, ele ou ela é reconhecido pelo direito internacional como representante do Estado apenas em virtude de sua função.*²²

¹⁹ “[...] it is only where a State has jurisdiction under international law in relation to a particular matter that there can be any question of immunities in regard to the exercise of that jurisdiction.” Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid, pp. 19-22.

²² “[...] a Minister for Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State’s relations with all other States, occupies a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office.” Ibid, p. 22.

A Corte Internacional de Justiça concluiu que “as funções de um Ministro de Relações Exteriores são tais que, durante toda a duração de seu cargo, ele ou ela, quando no exterior, goza de imunidade completa à jurisdição criminal e inviolabilidade”.²³ Ademais, a Corte observou que:

*Ela [a Corte Internacional de Justiça] foi incapaz de deduzir, a partir desta prática [de Estado], que há no âmbito do direito internacional costumeiro qualquer forma de exceção à regra concedendo imunidade à jurisdição criminal e inviolabilidade a Ministros de Relações Exteriores em exercício, quando estes sejam suspeitos pela autoria de crimes de guerra ou crimes contra humanidade.*²⁴

No que se refere mais especificamente ao mandado de prisão internacional *in absentia* emitido pelo juiz belga em 11 de abril de 2000, a Corte Internacional de Justiça, tendo em vista suas conclusões sobre a questão da imunidade à jurisdição criminal e inviolabilidade de um Ministro de Relações Exteriores, concluiu que “dada a natureza e o propósito do mandado, a sua mera *emissão* violou a imunidade que o Sr. Yerodia gozava como o Ministro de Relações Exteriores em exercício do Congo”.²⁵

Ademais, a Corte concluiu que

a circulação do mandado [de prisão], tendo ou não interferido significativamente na atividade diplomática do Sr. Yerodia, constituiu uma violação da obrigação da Bélgica perante o Congo, na medida em que ela [Bélgica] deixou de respeitar a imunidade do Ministro de Relações Exteriores em exercício do Congo e, mais especificamente, infringiu a

²³ “[...] the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability” Ibid.

²⁴ “It [The International Court of Justice] has been unable to deduce from this [State] practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.” Ibid, p. 24.

²⁵ “[...] given the nature and purpose of the warrant, its mere issue violated the immunity which Mr. Yerodia enjoyed as the Congo’s incumbent Minister for Foreign Affairs.” Ibid, p. 29.

*imunidade à jurisdição criminal e a inviolabilidade então gozadas por ele [Sr. Yerodia] no âmbito do direito internacional.*²⁶

Por tais razões, a Corte Internacional de Justiça rejeitou aquelas quatro objeções da Bélgica, afirmando sua jurisdição para analisar e julgar o caso iniciado pelo Congo. Substancialmente, no que se refere ao mérito do caso, a Corte concluiu que a emissão e a circulação internacional do mandado de prisão de 11 de abril de 2000 “constituíram violações a uma obrigação jurídica do Reino da Bélgica para com a República Democrática do Congo”.²⁷ Ademais, a Corte concluiu que a Bélgica deveria, por sua própria escolha, cancelar o mandado de prisão e, em seguida, informar as autoridades às quais aquele mandado havia sido circulado.²⁸

3. O príncipe, o pirata e a estrutura constitucional da sociedade internacional: uma (breve) releitura da questão de jurisdição universal no caso Yerodia

Apesar de ter afirmado que, logicamente, a questão de *imunidade* de um Ministro de Relações Exteriores deveria ser analisada apenas depois que a questão de *jurisdição* universal o fosse, a Corte Internacional de Justiça decidiu, pelos motivos apontados anteriormente, não cuidar materialmente da questão de jurisdição, substancialmente enfocando e analisando apenas a questão de imunidade.

Na primeira seção desta parte, destaca-se precisamente esta questão de jurisdição universal que, em razão das manifestações finais das partes, fora apenas *pressuposta* pela Corte Internacional de Justiça, e, portanto, excluída da análise do mérito no julgamento do caso.²⁹

Na segunda seção desta parte, comentam-se alguns dos traços fundamentais da questão de jurisdição universal. De um lado, comentam-se alguns aspectos importantes desta forma *excepcional* de jurisdição, dando particular ênfase à categoria do pirata no direito internacional. De outro lado, tendo em vista tais

²⁶ “[...] the circulation of the [arrest] warrant, whether or not it significantly interfered with Mr. Yerodia’s diplomatic activity, constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law.” Ibid, p. 30.

²⁷ Ibid, p. 33.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid, pp. 19-34.

comentários sobre a jurisdição universal e a categoria do pirata, bem como tendo em vista aqueles comentários e conclusões da Corte Internacional de Justiça acerca da imunidade de Ministros de Relações Exteriores em exercício, sugere-se uma (breve) releitura do caso *Yerodia* em relação à estrutura constitucional da sociedade internacional.

3.1. Uma (breve) releitura da questão de jurisdição universal no caso Yerodia

Em sua opinião separada anexada ao julgamento da Corte Internacional de Justiça no caso em tela, o presidente da Corte, o juiz Gilbert Guillaume, apesar de ter concordado com as conclusões da Corte, posicionou-se em relação àquela questão que o julgamento não abordou materialmente: “se o juiz belga tinha jurisdição para emitir um mandado de prisão internacional contra o Sr. Yerodia Ndombasi em 11 de abril de 2000”.³⁰ Para ele, a análise prévia da questão de jurisdição era a condição de possibilidade, o ponto de partida lógico, da análise da questão de imunidade, uma vez que “só pode haver imunidade à jurisdição quando há jurisdição”.³¹

O juiz do tribunal de primeira instância de Bruxelas havia emitido aquele mandado de prisão internacional contra o então Ministro das Relações Exteriores do Congo com base na lei belga de 16 de junho de 1993, que fora emendada pela lei belga de 10 de fevereiro de 1999, e cujo propósito era o de punir sérias violações ao direito internacional humanitário.³² No caso em tela, o mandado de prisão acusava o Sr. Yerodia pela autoria ou coautoria de graves violações às Convenções de Genebra e de crimes contra humanidade.³³ E para o presidente da Corte Internacional de Justiça, o primeiro aspecto a ser analisado neste contexto era o dos princípios fundamentais do direito internacional que governavam o exercício da jurisdição criminal por parte do(s) Estado(s) soberano(s).³⁴

³⁰ “[...] whether the Belgian judge had jurisdiction to issue an international arrest warrant against Mr. Yerodia Ndombasi on 11 April 2000” INTERNATIONAL Court of Justice. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Separate Opinion of President Guillaume, p.35. Documento disponível em: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>). Acesso em 10 de outubro de 2013.

³¹ “[...] there can only be immunity from jurisdiction where there is jurisdiction.” INTERNATIONAL Court of Justice. Separate Opinion of President Guillaume, Op. cit., p.35.

³² Ibid.

³³ Ibid, p. 36.

³⁴ Ibid.

De acordo com o presidente Guillaume, o principal propósito do direito criminal é o de possibilitar a punição de um crime no país em cujo território nacional tal ato tenha sido praticado.³⁵ Isso porque, no direito e nas relações internacionais modernas, o princípio de *territorialidade* é a fundação, por excelência, da jurisdição criminal do Estado-Nação soberano.

Nesse sentido, ele destacou que, apesar da existência de outras perspectivas acerca da questão sobre a possibilidade de outros Estados exercerem uma forma de jurisdição concorrente à territorial, tal como a perspectiva que, derivada originalmente dos escritos de Covarruvias e Grotius, pode ser associada à máxima *aut dedere aut judicare*,³⁶ a escola de pensamento que foi se afirmando hegemônica desde o início do século XVIII foi aquela que, seguindo os escritos de Montesquieu, Voltaire, Rousseau e, mais especificamente no âmbito do direito criminal, Beccaria, opunha-se à concepção (grociana) de punição *universal* e reconhecia, como quase absoluto, “o princípio de *soberania territorial*”.³⁷ E este, de acordo com o juiz presidente, era um princípio, *quase*, absoluto porque havia uma *exceção*: a jurisdição criminal universal em relação ao crime internacional de pirataria.³⁸

O juiz Guillaume enfatizou que, de acordo com o direito internacional moderno, a *regra* internacional era aquela que baseava o exercício da jurisdição criminal no princípio de *territorialidade*, ou seja, no princípio cuja fundação última é a soberania do Estado-nação sobre o seu território. Ademais, ele lembrou que, de acordo com o direito internacional, um Estado soberano também poderia exercer sua jurisdição criminal sobre um ato criminoso, cometido *fora* de seu território, nos casos em que o autor ou a vítima de tal ato tivesse a *nacionalidade* daquele Estado-nação; ou quando o ato criminoso ameaçasse a segurança (interna ou externa) de tal Estado soberano.

De acordo com o direito internacional, no entanto, a regra fundamental seria a de que um Estado soberano *não* tem jurisdição criminal sobre crimes cometidos no *exterior* entre *estrangeiros*.³⁹ E é neste contexto, portanto, que o caso da pirataria é reconhecido como a exceção, por excelência, desta regra fundamental do direito internacional que, normalmente, autoriza o exercício da

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid, pp. 36-37. Ênfases acrescentadas.

³⁸ Ibid, p. 37.

³⁹ “Traditionally, customary international law did, however, recognize one case of universal jurisdiction, that of piracy.” Ibid, pp. 36-37.

jurisdição criminal por meio dos princípios de territorialidade e de nacionalidade, e cuja fundação última é a *soberania* do Estado-nação sobre *seu* território e *sua* população.

Fazendo um breve parêntese aqui, cumpre comentar, mesmo que rapidamente, este aspecto *excepcional* do caso da pirataria e do princípio universal de jurisdição que tal crime internacional enseja. De acordo com *Os Princípios de Princeton sobre Jurisdição Universal*, esta forma de jurisdição é definida nos seguintes termos:

*Jurisdição universal é jurisdição criminal baseada unicamente na natureza do crime, sem considerar o local em que o crime foi cometido, a nacionalidade do suposto autor ou criminoso condenado, a nacionalidade da vítima, ou qualquer outra conexão com o Estado exercendo tal jurisdição.*⁴⁰

Note-se que a jurisdição universal, por definição, não se funda nem no princípio de territorialidade, nem no princípio de nacionalidade (ativa, no caso do autor do crime; ou passiva, no caso da vítima), ou em qualquer outra forma de conexão com o Estado-nação soberano que a exerce. A única fundação da jurisdição universal é a *natureza* do crime. De acordo com *Os Princípios de Princeton sobre Jurisdição Universal*, os crimes cuja natureza enseja jurisdição universal são aqueles reconhecidos como “graves crimes no âmbito do direito internacional”.⁴¹ Contemporaneamente, estes “graves crimes” seriam: “(1) *pirataria*; (2) *escravidão*, (3) *crimes de guerra*; (4) *crimes contra paz*; (5) *crimes contra humanidade*; (6) *genocídio*; e (7) *tortura*”.⁴²

⁴⁰ “[...] universal jurisdiction is criminal jurisdiction based *solely* on the nature of the crime, *without* regard to *where* the crime was committed, the *nationality* of the alleged or convicted perpetrator, the *nationality* of the victim, or *any other connection* to the state exercising such jurisdiction.” THE PRINCETON Principles on Universal Jurisdiction, In: Stephen Macedo (Ed.). *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006, p. 21. Ênfases acrescidas.

⁴¹ *Ibid*, p.22.

⁴² “[...] (1) *piracy*, (2) *slavery*, (3) *war crimes*; (4) *crimes against peace*; (5) *crimes against humanity*; (6) *genocide*; and (7) *torture*.” *Ibid*. Ênfase acrescida.

E aqui, fechando o parêntese aberto há pouco, cumpre destacar que, no *Comentário dos Princípios de Princeton sobre Jurisdição Universal*,⁴³ os autores explicam que esta ordem fora baseada na *progressão histórica* de tais “graves crimes” internacionais. Dessa forma, como a pirataria teria sido “crucial para as *origens* da jurisdição universal”,⁴⁴ ela deveria vir em primeiro lugar.⁴⁵ Dito de outro modo, a pirataria foi o primeiro “grave crime” internacional a ensejar jurisdição criminal universal. Daí, sua importância originária e seu caráter paradigmático.

Neste contexto, é importante lembrar que aquele mandado de prisão internacional emitido pelo juiz do tribunal de primeira instância de Bruxelas em 11 de abril de 2000 acusava o então Ministro das Relações Exteriores do Congo, o Sr. Yerodia Ndombasi, pela autoria ou coautoria de *crimes de guerra e crimes contra humanidade*. Dessa forma, a questão de jurisdição que se colocava ali era a de se, de acordo com o direito internacional, aquele juiz belga tinha (ou não) jurisdição criminal universal para emitir e fazer circular aquele mandado cuja fundação material era constituída por tais “graves crimes” internacionais.

Tendo destacado inicialmente a regra fundamental do direito internacional que reconhece, em primeiro lugar, o princípio da territorialidade e, em segundo lugar, o princípio da nacionalidade, como aqueles princípios que, normalmente, fundamentam o exercício da jurisdição criminal, o presidente da Corte Internacional de Justiça apontou então que, “[t]radicionalmente, o direito internacional costumeiro reconhecia, no entanto, *um* caso de jurisdição universal, aquele da pirataria”.⁴⁶

Nesse sentido, o juiz presidente também apontou que, mais recentemente, a jurisdição universal sobre o crime internacional de pirataria fora reafirmada pelo artigo 19 da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar de 29 de abril de 1958 e, posteriormente, pelo artigo 105 da Convenção de *Montego Bay* de 10 de dezembro de 1982.⁴⁷ De acordo com ele, estes tratados internacionais reafirmaram a jurisdição universal em casos de pirataria porque este crime internacional é

⁴³ THE PRINCETON Principles on Universal Jurisdiction’s Commentary, In: Stephen Macedo (Ed.). *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 26-35.

⁴⁴ *Ibid*, p. 30. Ênfase acrescida.

⁴⁵ *Ibid*.

⁴⁶ “Traditionally, customary international law did, however, recognize one case of universal jurisdiction, that of piracy.” INTERNATIONAL Court of Justice. Separate Opinion of President Guillaume, Op. cit., p. 37. Ênfase acrescida.

⁴⁷ *Ibid*.

executado no alto mar, ou seja, *fora* do território nacional de todo e qualquer Estado soberano.⁴⁸

Contudo, mesmo tendo destacado o desenvolvimento mais recente de outros instrumentos internacionais que autorizam a jurisdição universal (subsidiária), como, por exemplo, a Convenção de Haia para a Supressão da Captura Ilegal de Aeronaves de 16 de dezembro de 1970,⁴⁹ o presidente da Corte Internacional de Justiça, referindo-se ao fato de que, no momento de emissão daquele mandado de prisão de 11 de abril de 2000, o então Ministro das Relações Exteriores congolês *não* se encontrava em território belga, concluiu que a “[j]urisdição universal *in absentia* é desconhecida no direito convencional internacional”.⁵⁰

Ele resumiu o ponto material a respeito da questão de jurisdição – *universal* – nos seguintes termos:

*Em outras palavras, o direito internacional conhece apenas um verdadeiro caso de jurisdição universal: a pirataria. Além disso, inúmeras convenções internacionais preveem o estabelecimento de jurisdição universal subsidiária para os propósitos de julgamento de certos infratores presos no território nacional e não extraditados para um país estrangeiro. A jurisdição universal in absentia, tal como aplicada no presente caso, é desconhecida para o direito internacional.*⁵¹

Nesses termos, portanto, o presidente Guillaume concluiu que, caso a Corte Internacional de Justiça tivesse cuidado de tais questões, ela deveria ter concluído que “o juiz belga estava errado em se considerar competente para processar o Sr. Yerodia Ndombasi por basear-se numa jurisdição universal incompatível com o direito internacional”.⁵²

⁴⁸ Ibid, p. 38.

⁴⁹ Ibid, pp. 38-39.

⁵⁰ “Universal jurisdiction in absentia is unknown to international conventional law.” Ibid, p. 40.

⁵¹ “In other words, international law knows only one true case of universal jurisdiction: piracy. Further, a number of international conventions provide for the establishment of subsidiary universal jurisdiction for purposes of the trial of certain offenders arrested on national territory and not extradited to a foreign country. Universal jurisdiction *in absentia* as applied in the present case is unknown to international law.” Ibid, p. 42.

⁵² “[...] the Belgian judge was wrong in holding himself competent to prosecute Mr. Yerodia Ndombasi by relying on a universal jurisdiction incompatible with international law.” Ibid, p. 45.

3.2. O príncipe, o pirata e a estrutura constitucional da sociedade internacional

Em sua opinião separada conjunta, os juízes Rosalyn Higgins, Pieter Kooijmans e Thomas Buergenthal afirmaram que “não era apenas desejável, mas, de fato, necessário, que a Corte tivesse declarado sua posição sobre essa questão de jurisdição”.⁵³ De acordo com estes juízes, apesar da questão de imunidade depender, conceitualmente, da questão de jurisdição, ou seja, apesar da imunidade ser sempre, e necessariamente, imunidade a uma jurisdição *preexistente*, haveria conjuntos distintos de direito que se aplicariam a cada uma dessas questões. O ponto central que eles destacavam era o de que a Corte Internacional de Justiça só vislumbraria a “questão mais ampla”⁵⁴ envolvida no caso *Yerodia* se ela considerasse substancialmente o fato de que havia duas normas de direito internacional em jogo, uma relacionada à jurisdição e outra relacionada à imunidade (à jurisdição).⁵⁵

Nesse sentido, eles diagnosticaram:

*Um dos desafios do direito internacional contemporâneo é o de proporcionar estabilidade às relações internacionais e comunicação internacional efetiva, garantindo, ao mesmo tempo, respeito aos direitos humanos. A difícil tarefa que o direito internacional enfrenta hoje é a de proporcionar tal estabilidade nas relações internacionais por um meio outro que não a impunidade daqueles responsáveis por graves violações de direitos humanos.*⁵⁶

⁵³ “[...] was not only desirable, but indeed necessary, that the Court should have stated its position on this issue of jurisdiction.” INTERNATIONAL Court of Justice. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, p. 64. Documento disponível em: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>). Acesso em 10 de outubro de 2013.

⁵⁴ INTERNATIONAL Court of Justice. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Op. cit., p. 64.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ “[...] One of the challenges of present-day international law is to provide for stability of international relations and effective international intercourse while at the same time guaranteeing respect for human rights. The difficult task that international law today faces is to provide that stability in international relations by a means other than the impunity of those responsible for major human rights violations [...]” Ibid.

Para os juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, este desafio constituía o cerne do caso *Yerodia*, e, portanto, deveria ter sido confrontado e analisado pela Corte Internacional de Justiça. Consequentemente, eles lamentaram profundamente o fato da Corte, tendo decidido analisar apenas a questão de imunidade, não ter confrontado direta e cuidadosamente aquela “questão mais ampla”, e, assim, não ter se engajado naquela “difícil tarefa”.⁵⁷

Este foi um lamento também ecoado por Antonio Cassese, que, referindo-se precisamente a este diagnóstico dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, reinterpreto aquela “questão mais ampla” nos seguintes termos:

*A Corte, claro, tinha que encontrar um balanço entre duas exigências conflitantes, as quais foram lucidamente expostas pelos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal. Elas são as exigências da condução suave e perfeita das relações exteriores, uma preocupação tradicional dos Estados soberanos, de um lado, e da necessidade de salvaguardar novos valores da comunidade, em particular a necessidade de processar e punir os autores de graves crimes que seriamente violam os direitos fundamentais de seres humanos, de outro lado.*⁵⁸

Noutros termos, referindo-se ao julgamento da Seção de Recursos do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia no caso *Tadić*, Cassese observou que a questão mais fundamental que se (re)colocava no caso *Yerodia* era aquela do equilíbrio entre a soberania do *estado* e os direitos *humanos*.⁵⁹

Na linguagem dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, a “questão mais ampla” que se (re)apresentava ali era a do equilíbrio entre, de um lado, “a batalha contra a impunidade”⁶⁰ e, de outro lado, “a promoção de boas relações entre

⁵⁷ Ibid, pp. 63-64.

⁵⁸ “The Court of course had to strike a balance between two conflicting requirements, which were lucidly expounded by Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal. They are the requirements of smooth and unimpaired conduct of foreign relations, a traditional concern of sovereign states, on the one side, and the need to safeguard new community values, in particular the need to prosecute and punish the perpetrators of grave crimes seriously infringing fundamental rights of human beings, on the other side.” CASSESE, A. When may Senior State Officials be tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case. *European Journal of International Law*, v.13, n.4, 2002, p. 874.

⁵⁹ CASSESE, A. Op. cit., p.874.

⁶⁰ INTERNATIONAL Court of Justice. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Op. cit., p. 81.

Estados”.⁶¹ Para eles, tratava-se de um equilíbrio de valores e interesses que, porém conflitantes, eram ambos fundamentais para a arquitetura constitucional da sociedade (ou comunidade) internacional contemporânea:

*Numa escala, nós encontramos o interesse da comunidade da humanidade de evitar e acabar com a impunidade dos perpetradores de graves crimes contra seus membros; de outro, há o interesse da comunidade de Estados de permitir que eles ajam livremente no nível interestatal, sem interferência injustificada. Um equilíbrio, portanto, deve ser atingido entre dois conjuntos de funções que são ambos valorizados pela comunidade internacional.*⁶²

Nos termos da chamada tradição grociana de relações internacionais,⁶³ a “questão mais ampla” que se (re)colocava no caso *Yerodia* era aquela do equilíbrio entre, de um lado, o valor de *ordem* e, de outro lado, o valor de *justiça*.⁶⁴ De um lado, afirmava-se a tradicional concepção *pluralista* da sociedade internacional, de acordo com a qual esta seria uma associação exclusivamente de Estados, e cujo

⁶¹ Ibid.

⁶² “On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community.” Ibid, p. 85. Ênfases acrescentadas.

⁶³ A chamada tradição grociana também é conhecida como a Escola Inglesa de Relações Internacionais ou a tradição da sociedade internacional. Nesse sentido, por exemplo, ver: BULL, H. *The Grotian Conception of International Society*. In: BUTTERFIELD, H.; WIGHT, M. (Ed.). *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1966, pp. 51-73; BULL, H. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. New York: Palgrave, 2002; BUZAN, B. *From International to World Society?* Cambridge: Cambridge University Press, 2004; DUNNE, T. *Inventing International Society: A History of the English School*. London: Macmillan, 1998; LINKLATER, A.; SUGANAMI, H. *The English School of International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; e WIGHT, M. *International Theory: The Three Traditions*. London: Continuum, 2002.

⁶⁴ Nesse sentido, ver: BULL, H. *The Grotian Conception of International Society*, Op. cit.; BULL, H. *Justice in International Relations: The 1983-4 Hagey Lectures*. Waterloo: University of Waterloo, 1983; BULL, H. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Op. cit.; e HURRELL, A. *Order and Justice in International Relations: What is at Stake?* In: FOOT, R.; GADDIS, J. L.; HURRELL, A. (Ed.). *Order and justice in international relations*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 24-48.

valor constitucional último seria a coexistência ordenada de seus membros soberanos. De outro lado, afirmava-se a concepção *solidarista* da sociedade internacional, de acordo com a qual esta seria constituída não apenas por Estados soberanos, mas *também* por outros atores internacionais, como, por exemplo, as organizações internacionais e, inclusive, o próprio indivíduo ser humano. Nesta concepção, a sociedade internacional privilegiaria a cooperação e a justiça.⁶⁵

No contexto do caso *Yerodia*, a concepção pluralista da sociedade internacional estaria sendo representada pela questão da imunidade (à jurisdição) de um Ministro de Relações Exteriores de um Estado soberano. Afinal, o direito internacional de privilégios e imunidades concedidos a altos representantes de Estado (como Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministros de Relações Exteriores) garante “o funcionamento adequado da rede de relações mútuas entre Estados, a qual é de suma importância para um sistema internacional bem ordenado e harmonioso”.⁶⁶

Por sua vez, a concepção solidarista da sociedade internacional estaria sendo representada no caso *Yerodia*, ou, pelo menos, naquelas opiniões separadas comentadas aqui, pela questão da jurisdição universal sobre crimes de guerra e crimes contra humanidade. Isso porque, tal como o crime internacional de pirataria, estes “graves crimes” internacionais não seriam “menos prejudiciais aos interesses de todos”.⁶⁷ Assim, em razão da natureza dos crimes internacionais pelos quais o Sr. Yerodia era acusado, autorizar-se-ia aquela forma excepcional de jurisdição criminal, bem como a sua forma subsidiária ou *co-operativa* afirmada por meio da máxima *aut dedere aut prosequi*.⁶⁸

Dessa forma, ponderando sobre o equilíbrio entre esses valores e interesses conflitantes, os juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal concluíram que, apesar da

⁶⁵ Nesse sentido, por exemplo, ver: BULL, H. *The Grotian Conception of International Society*. Op. cit.; BULL, H. *Justice in International Relations: The 1983-4 Hagey Lectures*. Op. cit.; BULL, H. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Op. cit.; e HURRELL, A. HURRELL, A. *Order and Justice in International Relations: What is at Stake?* Op. cit.

⁶⁶ “[...] the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.” INTERNATIONAL Court of Justice. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Op. cit., p. 85.

⁶⁷ “[...] War crimes and crimes against humanity are no less harmful to the interests of all [...]” Ibid, p. 81.

⁶⁸ De modo geral, ver: Ibid, pp. 68-84.

“batalha contra impunidade”⁶⁹ e da punição de perpetradores de “sérios crimes internacionais”⁷⁰ refletirem o “interesse da comunidade da humanidade”,⁷¹ interesse este expresso, de modo geral, no desenvolvimento do “campo de direito internacional criminal”,⁷² “[é] igualmente necessário que a jurisdição criminal universal seja exercida apenas sobre aqueles crimes considerados como os mais hediondos pela comunidade internacional”.⁷³

Isso porque, de acordo com estes juízes, deve-se (re)equilibrar esta exigência de justiça com aquela exigência de ordem, acomodando, numa mesma estrutura constitucional internacional,⁷⁴ tanto os interesses e valores fundamentais da comunidade da humanidade (tais como, por exemplo, a proteção dos direitos humanos e a punição dos perpetradores dos mais graves crimes internacionais), como os interesses e valores fundamentais da comunidade de Estados (tais como, por exemplo, o respeito à soberania do Estado e a garantia de imunidade à jurisdição estrangeira de altos representantes do Estado soberano).⁷⁵

Relido nesses termos, o caso *Yerodia* (re)coloca ou (re)apresenta *aporias* ou *dualismos* fundamentais do sistema internacional moderno (tais como, por exemplo, os de imunidade/jurisdição universal; soberania/direitos humanos; Estado/ser humano; Estado/sociedade internacional; ordem/justiça; territorialidade/universalidade; nacionalidade/universalidade; horizontalidade/verticalidade; e dentro/fora).⁷⁶ E dessa forma, o caso *República*

⁶⁹ Ibid, p. 81.

⁷⁰ Ibid, p. 85.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ “It is equally necessary that universal criminal jurisdiction be exercised only over those crimes regarded as the most heinous by the international community.” Ibid, p. 81.

⁷⁴ Nesse sentido, no que tange particularmente à ideia de “estrutura constitucional da sociedade internacional”, ver o trabalho de Christian Reus-Smit: REUS-SMIT, C. The Constitutional Structure of International Society and the Nature of Fundamental Institutions. *International Organization*, Vol.51, No.4, 1997, pp. 555-589; REUS-SMIT, C. *The Moral Purpose of the State: Culture, Social Identity, and Institutional Rationality in International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1999; e REUS-SMIT, C. Human rights and the social construction of sovereignty. *Review of International Studies*, Vol.27, No.4, 2001, pp. 519-538.

⁷⁵ De modo geral, ver: INTERNATIONAL Court of Justice. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Op. cit., pp. 84-89.

⁷⁶ De modo geral, no que se refere às aporias ou dualismos fundamentais do sistema internacional moderno, ver o trabalho de R. B. J. Walker: WALKER, R. B. J. *Inside/outside: International Relations as Political Theory*. Op. cit.; WALKER, R. B. J. International, Imperial, Exceptional,

Democrática do Congo vs. Bélgica perante a Corte Internacional de Justiça revela traços fundamentais da arquitetura político-jurídica da sociedade internacional moderna. Conclui-se, a seguir, com algumas considerações finais a este respeito.

4. Considerações finais

O caso analisado aqui envolve dois Estados soberanos, a República Democrática do Congo e a Bélgica, uma Corte Internacional de Justiça, e um mandado de prisão que, baseado na jurisdição criminal universal, fora emitido por um juiz belga contra o Ministro de Relações Exteriores congolês, o Sr. Yerodia Ndombasi, indivíduo este que era ali acusado pela autoria de crimes de guerra e crimes contra humanidade. O problema fundamental que se colocava ali era o do equilíbrio – ou *aporía* – entre a questão da jurisdição universal sobre graves crimes internacionais e a questão da imunidade de altos representantes de Estados soberanos à jurisdição estrangeira.

Naquela passagem de seu influente *Why is there no International Theory?* que se toma aqui como epígrafe, Martin Wight comenta que, desde o século XVI, a sociedade internacional vem sendo constituída de tal forma que os indivíduos, normalmente, devem ser “sujeitos ou cidadãos de Estados soberanos”.⁷⁷ A regra internacional, portanto, seria a de que os indivíduos não são membros da sociedade internacional, mas, sim, de seus respectivos Estados-nações. Tradicionalmente, a sociedade internacional seria uma sociedade de *Estados* soberanos.⁷⁸

No entanto, Wight pontua também que, desde sua constituição, a sociedade internacional reconheceria duas *exceções* a esta regra internacional. De um lado, ou, poder-se-ia dizer, num extremo, haveria a categoria excepcional do *príncipe* soberano, ou seja, a categoria daquele indivíduo que, em razão de sua capacidade como o representante do Estado soberano por excelência, seria membro da sociedade internacional.⁷⁹ De outro lado, ou no outro extremo, haveria a categoria

paper prepared for the International Studies Association Meeting, Honolulu, Hawai'i, 2005, pp. 1-24; WALKER, R. B. J. The Doubled Outsides of the Modern International, paper prepared for the 5th International Conference on Diversity in Organizations, Communities and Nations, Beijing, 2005, pp. 1-10; e WALKER, R. B. J. After the Globe, Before the World. Op. cit.

⁷⁷ WIGHT, M. Why is there no International Theory? Op. cit., p. 19.

⁷⁸ De modo geral, ver: WIGHT, M. Why is there no International Theory? Op. cit.; e BULL, H. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Op. cit.

⁷⁹ WIGHT, M. Why is there no International Theory? Op. cit., p. 19.

“paradoxal”, e igualmente excepcional, do *pirata*: aquele indivíduo que, em virtude de ser nomeado inimigo da humanidade (em latim, *hostis humani generis*), também seria “emancipado” daquela regra internacional.⁸⁰

Num extremo, portanto, o príncipe soberano, a imunidade soberana do príncipe à jurisdição estrangeira, e, assim, *horizontalmente*,⁸¹ a ordem e as relações internacionais interestatais. Noutra extremo, diametralmente oposto ao do príncipe soberano, o pirata, inimigo da humanidade, a (origem da) jurisdição universal, e, assim, *verticalmente*,⁸² a (origem da) justiça internacional criminal e a constituição, *negativa*, de um espaço-tempo público (supostamente) “moderno”, “internacional”, e “humano”.⁸³ E – *entre* – estes dois pontos extremos diametralmente opostos, *entre* estes dois limites, aquela regra internacional de pertencimento e *domesticação* da vida política, aquela regra de partilha e organização dos indivíduos seres humanos *entre* os Estados soberanos.

Neste contexto, a importância maior do caso *Yerodia* seria a de ter recolocado ou rerepresentado esta “imagem mais ampla” de traços fundamentais da estrutura constitucional da sociedade internacional moderna. Mais especificamente, como o palco em que tais traços e, com eles, aporias e dualismos fundamentais da arquitetura político-jurídica da sociedade internacional teriam sido recolocados ou rerepresentados, o caso *Yerodia* teria revelado, mesmo que às margens, os rastros de certa *política constitucional* do direito internacional.

5. Referências bibliográficas

BIANCHI, A. Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case. *European Journal of International Law*, v.10, n.2, 1999, p. 237-277.

BULL, H. The Grotian Conception of International Society. In: BUTTERFIELD, H.; WIGHT, M. (Ed.). *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*. Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1966, p. 51-73.

BULL, H. *Justice in International Relations: The 1983-4 Hagey Lectures*. Waterloo: University of Waterloo, 1983.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ INTERNATIONAL Court of Justice. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Op. cit., p.78.

⁸² Ibid.

⁸³ Nesse sentido, ver: WALKER, R. B. J. *After the Globe, Before the World*. Op. cit.

BULL, H. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Nova York: Palgrave, 2002.

BUZAN, B. *From International to World Society?* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CASSESE, A. When may Senior State Officials be tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case. *European Journal of International Law*, v.13, n.4, 2002, p. 853-875.

DUNNE, T. *Inventing International Society: A History of the English School*. Londres: Macmillan, 1998.

HURRELL, A. Order and Justice in International Relations: What is at Stake? In: FOOT, R.; GADDIS, J. L.; HURRELL, A. (Ed.), *Order and justice in international relations*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 24-48.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, pp. 1-34. Documento disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Separate Opinion of President Guillaume, pp. 35-45. Documento disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, pp. 63-90. Documento disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

LINKLATER, A.; SUGANAMI, H. *The English School of International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

REUS-SMIT, C. The Constitutional Structure of International Society and the Nature of Fundamental Institutions. *International Organization*, v.51, n.4, 1997, p. 555-589.

REUS-SMIT, C. *The Moral Purpose of the State: Culture, Social Identity, and Institutional Rationality in International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

REUS-SMIT, C. Human rights and the social construction of sovereignty. *Review of International Studies*, v.27, n.4, 2001, p. 519-538.

- SANDS, P. International Law Transformed? From Pinochet to Congo...? *Leiden Journal of International Law*, v.16, n.1, 2003, p. 37-53.
- SIMPSON, G. War Crimes: A Critical Introduction. In: MCCORMACK, T.; SIMPSON, G. (Ed.). *The Law of War Crimes: National and International Approaches*. Londres: Kluwer Law International, 1997, p. 1-30.
- SIMPSON, G. Piracy and the Origins of Enmity. In: CRAVEN, M.; FITZMAURICE, M.; VOGIATZI, M. (Ed.). *Time, History and International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 219-230.
- SIMPSON, G. *Law, War and Crime*. Cambridge: Polity, 2007.
- THE PRINCETON PRINCIPLES ON UNIVERSAL JURISDICTION. In: MACEDO, S. (Ed.). *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006, p. 18-25.
- THE PRINCETON PRINCIPLES ON UNIVERSAL JURISDICTION'S COMMENTARY, In: MACEDO, S. (Ed.). *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006, p. 26-35.
- WALKER, R. B. J. *Inside/outside: International Relations as Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- WALKER, R. B. J. International, Imperial, Exceptional. *Paper prepared for the International Studies Association Meeting*, Honolulu, Hawaii, 2005, p. 1-24.
- WALKER, R. B. J. The Doubled Outsides of the Modern International. *Paper prepared for the 5th International Conference on Diversity in Organizations, Communities and Nations*, Beijing, 2005, pp. 1-10.
- WALKER, R. B. J. *After the Globe, Before the World*. Londres: Routledge, 2010.
- WIGHT, M. Why is there no International Theory? In: BUTTERFIELD, H.; WIGHT, M. (Ed.). *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*. Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1966, p. 17-34.
- WIGHT, M. *International Theory: The Three Traditions*. Londres: Continuum, 2002.

PEDIDO DE REVISÃO NO CASO SOBRE O GENOCÍDIO NA BÓSNIA E HERZEGOVINA

Leonardo Nemer Caldeira Brant
Bruno de Oliveira Biazatti

1. Introdução

A resposta da Corte Internacional de Justiça (“C.I.J.”) tanto à demanda de revisão da sentença de 11 de julho de 1996 no *Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*,¹ quanto à demanda de revisão da sentença de 11 de setembro de 1992 no *Caso da Diferença Fronteiriça Terrestre, Insular e Marítima*² demonstra claramente que a revisão jurisdicional junto à C.I.J. repousa sobre bases frágeis e permanece com caráter excepcional.

De fato, apesar das suas origens antigas³ e seu vasto acolhimento pelo direito internacional,⁴ o procedimento de revisão previsto no artigo 61 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não obteve grande sucesso. Nesse sentido, a demanda de revisão e interpretação da sentença da C.I.J. de 24 de fevereiro de

¹ Sentença de 3 de fevereiro de 2003.

² Sentença de 18 de dezembro de 2003.

³ Ver os casos *Black Tom*, *Recueil des sentences arbitrales*, Nações Unidas, vol. VIII, pp. 188-190, ou da *Fonderie de Trail*, Estados Unidos-Canadá, 1941, *Ann Digest* 1938-1940, nº 104, pp. 315 e s. Ver também J.L. SIMPSON e H. FOX, *International Arbitration, Law and Practice Series*, Londres, 1959, p. 241 e a sentença da Corte Permanente de Arbitragem de 25 de outubro de 1910 no caso da Companhia de Navegação do Orenoque, R.G.D.I.P., 1911, p. 186.

⁴ A primeira referência ao recurso de revisão no ordenamento internacional remonta ao artigo 13 do Tratado de 1898 entre a Itália e a Argentina. D.W. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, 1975, pp. 443-456. No decorrer do século XX, essa faculdade generalizou-se e foi incorporada aos diferentes sistemas jurídicos. Reconhecem-se os mesmos elementos na definição da noção de revisão no artigo 83 da Convenção de Haia de 1907, no artigo XXIV da Convenção de 20 de dezembro relativa à instituição de uma Corte de Justiça da América Central, no artigo 61 do Estatuto da C.I.J., no artigo 54 do Regulamento da Corte Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 41 do Estatuto da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, no artigo 26 do Estatuto do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, no artigo 25 do Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda e no artigo 84 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

1982 no Caso da Plataforma Continental (Tunísia v. Líbia)⁵ correspondeu à primeira vez em que a C.I.J. se pronunciou a este respeito.⁶ Nesta ocasião, por unanimidade, declarou a demanda inadmissível.⁷ Este episódio e suas hesitações em reconhecer e pôr em prática o instituto da revisão testemunham, portanto, certa desconfiança a respeito de seu uso. As razões para tal não são óbvias.

É inegável que o processo de revisão pode ser entendido politicamente como um instrumento para a flexibilização da imutabilidade da decisão jurisdicional. Fundada na descoberta de um fato novo e decisivo, desconhecido por todos no momento do proferimento da sentença, o procedimento de revisão constitui contestação da autoridade da coisa julgada. Isto se dá na medida em que tal procedimento pode, efetivamente, levar à modificação do conteúdo dispositivo da decisão original.⁸ Esta possibilidade significa que a revisão enfraquece a *res judicata* ao relativizar seus aspectos positivos e negativos diante de uma suposta necessidade social de boa administração da justiça.

Compreendem-se, assim, as reticências intencionais da C.I.J.. Esta tem privilegiado a preservação da segurança jurídica para garantir a não continuidade da controvérsia. Como afirma D.W. Bowett, ‘o respeito que os Estados mostram pelas sentenças seria prejudicado se as sentenças não tivessem finalidade, nem força vinculante’ (tradução livre).⁹ Esta consideração fundamental traduz-se pela impossibilidade jurídica e social de se questionar novamente os pontos já decididos

⁵ Sentença de 10 de dezembro de 1985.

⁶ A C.P.J.I. conheceu, no entanto, em uma demanda consultiva, da questão da revisão de decisões tomadas por outro organismo. Ver o caso do *Monastère de Saint-Naoum*, parecer consultivo, 1924, C.P.J.I., Série B nº 9, p. 22. O mesmo fez a C.I.J.: *Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, parecer consultivo, *Rec.* 1954, pp. 55-56.

⁷ C.I.J., *Rec.* 1985, p. 229, par. 69.A. A mesma unanimidade foi atingida nas sentenças de 2003.

⁸ Georges Scelle sustenta, todavia, que esta contestação é apenas aparente. Segundo ele, “la autorité de la chose jugée n’est pas ici en question puisque la révision ne peut intervenir que dans le cas où il y a eu, depuis la sentence, découverte d’un fait nouveau, et ce fait nouveau suppose que la sentence aurait été différente s’il eût été connu des juges”. G. SCELLE, “Rapport sur la procédure arbitrale”, A/CN.4/18, *ACDI*, 1950; vol. II, p. 12.

⁹ ‘The respect which States show for awards would be undermined if the awards lacked finality and binding force’. D.W.BOWETT, “*Res Judicata* and the Limits of rectification of Decisions by International Tribunals”, *Revue africaine de droit international et comparé*, setembro de 1996, T.8, nº 3, p. 577.

de forma definitiva e irrevogável¹⁰ pela Corte. O efeito obrigatório e definitivo da sentença é um princípio, assim, universalmente reconhecido.¹¹

No entanto, a própria existência da possibilidade processual de revisão da sentença nos leva a concluir que ‘um julgamento definitivo não é um julgamento irrevogável’.¹² A necessidade de segurança jurídica deve ser atenuada e equilibrada pelas considerações elementares da administração da boa justiça.¹³ Essas considerações opostas conduzem à dificuldade de identificar a ligação entre o princípio da autoridade da coisa julgada e a necessidade de flexibilidade própria ao processo de revisão da decisão jurisdicional. Em outros termos, diante desta tensão, levanta-se a questão de saber qual é o alcance da revisão jurisdicional face a uma decisão obrigatória e definitiva.

Neste contexto, frente à necessidade de se assegurar um mínimo de segurança jurídica, o instituto da revisão está subordinada a determinadas exigências e critérios. Esta deve, inicialmente, ser fundada na existência de fato novo desconhecido (do tribunal e da parte demandante) no momento da decisão jurisdicional. Exige-se, ainda, que tal fato pudesse ter conduzido a uma sentença materialmente distinta daquela originalmente proferida. Não basta a mera existência do fato novo. É também necessário que este seja relevante o bastante para potencialmente modificar o pronunciamento jurisdicional. Por fim, o fato em questão deve ter ocorrido antes da sentença, mesmo que sua descoberta seja a ela posterior.¹⁴

¹⁰ C.P.J.I., *Série A/B*, nº 78, p.175. Ver também os casos do *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I., *Série A*, nº 1, p.32; da *Usine de Chorzow*, C.P.J.I., *Série A*, nº17, p.29; *Haya de la Torre*, C.P.J.I., *Rec.*1951, p.77; *Barcelona Traction, C.I.J.*, *Rec.* 1964, p.20; da *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février en l'affaire du Plateau Continental (Tunisie-Libye)*, C.I.J., *Rec.* 1985, p.223.

¹¹ L. CONDORELLI, “L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes”, *La Jurisdiction*.

¹² E. ZOLLER, “Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales”, A.F.D.I., 1978, p.331.

¹³ P. LALIVE, “Questions actuelles concernant l'arbitrage international”, I.H.E.I., *Cours 1959-1960*, fasc.II, Paris, p.100.

¹⁴ Evidentemente, exclui-se a negligência por parte do demandante. Essa estrita condição de admissibilidade da demanda foi posta em evidência pela sentença da C.I.J. a respeito da Demanda de revisão e de interpretação da sentença de 24 de fevereiro de 1982 no caso da Plataforma Continental entre a Tunísia e a Líbia. Ver igualmente E. DECAUX, “L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur la *Demande en révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 em l'affaire du Plateau Continental (Tunisie-Libye)*, arrêt du 10 décembre 1985”, A.F.D.I., 1985, pp.331-335.

Ao lado das considerações acerca do que se entende por “fato novo”, o artigo 61 do Estatuto da Corte estabelece condições rígidas de admissibilidade. Enumeradas de maneira cumulativa, estas condições levam a que a revisão de uma sentença só ocorra na medida estrita do alcance do fato novo. Assim, os pontos da sentença que não sejam afetados pelo fato em questão não são susceptíveis de constituir objeto de revisão.

Confrontada com estas questões nos casos da *demanda de revisão da sentença de 11 de julho de 1996 no Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (I)* e no caso da *demanda de revisão da sentença de 11 de setembro de 1992, no Caso da Diferença Fronteiriça Terrestre, Insular e Marítima (II)*, a Corte manteve os princípios estabelecidos em seu Estatuto e Regulamento, fornecendo indicações úteis quanto aos limites de seu poder de revisar suas próprias sentenças.

2. A admissibilidade da demanda de revisão da sentença de 11 de julho de 1996 (República Federal da Iugoslávia vs. Bósnia-Herzegovina)

A sentença de 11 de julho de 1996 no *Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* teve por objeto as exceções preliminares levantadas pela Iugoslávia em oposição a um requerimento da Bósnia-Herzegovina fundamentado no artigo IX da Convenção sobre o Genocídio. Nessa decisão, a Corte concluiu que era competente para apreciar o caso. Sua competência *ratione personae* em relação à Iugoslávia apoiou-se no artigo IX da referida Convenção.¹⁵ Segundo a Corte,

a demanda introduzida perante a Corte opõe dois Estados cujos territórios se situam interior da ex-República Federal Socialista da Iugoslávia. (...) Esta assinou a Convenção sobre Genocídio de 11 de dezembro de 1948 e depositou seu instrumento de ratificação, sem reservas, em 29 de agosto de 1950. Desde a proclamação da República Federal da Iugoslávia, em 27 de abril de 1992, uma declaração formal foi adotada em seu nome (tradução nossa).¹⁶

¹⁵ C.I.J., *Rec.* 1996, p.621.

¹⁶ O texto original é o seguinte: “L’instance introduite devant la Cour oppose deux Etats dont le territoire est situé à l’intérieur de l’ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie. Celle-ci a signé la convention sur le génocide le 11 décembre 1948 et a déposé son instrument de ratification, sans réserves, le 29 août 1950. Lors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie,

Esta argumentação levou a Corte a concluir que “a intenção assim expressa pela Iugoslávia de permanecer vinculada aos tratados internacionais dos quais fazia parte a ex-Iugoslávia foi confirmada numa nota oficial de 27 de abril de 1992 dirigida ao Secretário Geral da missão permanente da Iugoslávia junto às Nações Unidas.”¹⁷ Por outro lado, “não se contestou que a Iugoslávia fizesse parte da Convenção sobre o Genocídio.”¹⁸ Assim, para a Corte, “a Iugoslávia estava vinculada às disposições da Convenção na data da entrega da petição no presente caso, em 20 de março de 1993.”¹⁹

Diante da posição da Corte, a República Federal da Iugoslávia (“R.F.I.”), em 24 de abril de 2001, apresentou uma demanda na qual solicitava à Corte a revisão da sentença proferida em 11 de julho de 1996. Seu argumento residia no fato de a competência da Corte ter repousado sobre o artigo IX da Convenção sobre o Genocídio. Inicialmente, alegou que somente poderia ter-se tornado parte na Convenção por via de sucessão automática ou mediante formalidades de ordem convencional (notificação de sucessão ou notificação de adesão) as quais, no entanto, não tinha efetuado.²⁰ A R.F.I. conclui que a Corte a considerou vinculada

le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom”. Outro relevante excerto do julgamento segue: “A República Federal da Iugoslávia, assegurando a continuidade do estado e da personalidade jurídica e política internacional da República Federal Socialista da Iugoslávia, respeitará estritamente todos os compromissos assumidos pela República Federativa Socialista da Iugoslávia em escala internacional.” (tradução nossa) O texto original é: “La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l’Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l’échelon international.” C.I.J., Rec. 1996, p.610.

¹⁷ *L’intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l’ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies.* C.I.J., Rec.1996, p.610.

¹⁸ *La Cour observe en outre qu’il n’a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide.* *Ibid.*

¹⁹ *Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993.* *Ibid.*

²⁰ Como observa a R.F.I., “a Corte jamais qualificou a declaração ou a nota de instrumentos de sucessão ou de adesão.” Além disso, “nem o texto nem o contexto da declaração ou da nota fortalecem a idéia de que se tratava de uma declaração de sucessão ou de adesão.” “Em segundo lugar, a declaração e a nota, em razão da forma e do caráter das mesmas, não puderam constituir

ao artigo IX da Convenção sobre o Genocídio, em razão de uma nota de 27 de abril de 1992, na qual a Iugoslávia assegurava a continuidade do Estado e da personalidade jurídica e política internacional da República Socialista Federativa da Iugoslávia (“R.S.F.I.”).²¹ Como assinalou M. Varady, Agente da R.F.I., a declaração e a nota repousavam inteiramente sobre um postulado, segundo o qual a R.F.I. permanecia como membro das organizações internacionais (entre elas a O.N.U.) e como Estado-parte de antigos tratados, conservando, portanto, a personalidade jurídica da ex-Iugoslávia.²²

Para contestar essa conclusão, a R.F.I. sustentou que sua admissão na Organização das Nações Unidas, em 1º de novembro de 2000, como novo Estado Membro constituiu fato novo capaz de exercer influência decisiva sobre a competência *ratione personae* da Corte. Alegou ainda que o fato era desconhecido quando do proferimento da sentença em 11 de julho de 1996. Na realidade, a R.F.I. salientou a existência de uma contradição entre a sentença de 11 de julho de 1996, segundo a qual a R.F.I. permanecia vinculada ao artigo IX da Convenção sobre o Genocídio ratificada pela ex-Iugoslávia em 1950, e a admissão da R.F.I. na qualidade de novo membro da Organização das Nações Unidas em 1º de novembro de 2000. Deste modo, essa situação responderia às condições postas no artigo 61 do Estatuto da Corte para a revisão.

Para a R.F.I., sua admissão nas Nações Unidas como novo membro e o depósito, em 8 de março de 2001, do instrumento de adesão à Convenção sobre o Genocídio, acompanhado de uma reserva ao artigo IX, seriam indícios de que esse Estado não assegurava a continuidade da personalidade jurídica da ex-Iugoslávia. Logo, no momento em que a sentença de 11 de julho de 1996 foi proferida, esse

uma formalidade convencional.” Finalmente, “nem a declaração nem a nota foram percebidos como instrumentos de sucessão ou de adesão.” CR 2002/40, p.13. 2ª feira, 4 de novembro de 2002.

²¹ “Estritamente a respeito da continuidade da personalidade internacional da Iugoslávia, a República Federal da Iugoslávia continuará a exercer todos os direitos conferidos à República Federal da Iugoslávia e a cumprir todas as obrigações assumidas por esta última nas relações internacionais, inclusive no que diz respeito a sua presença em todas as organizações internacionais e sua participação em todos os tratados internacionais que a Iugoslávia ratificou ou aos quais ela aderiu.” Declaração adotada em 27 de abril de 1992, na ocasião de uma sessão comum reunindo a Assembleia da R.S.F.I. (República Socialista Federativa da Iugoslávia), a Assembleia Nacional da República da Sérvia e a Assembleia de Montenegro. Ver também a nota enviada em 27 de abril de 1992 ao Secretário Geral pela missão permanente da Iugoslávia junto à Organização das Nações Unidas, doc. A/46/915.

²² CR 2002/40, pp.10-12 (4 de novembro de 2002).

Estado não fazia parte do Estatuto e, portanto, não estava submetido ao artigo IX da Convenção.²³

Desta forma, são três os principais motivos invocados pela R.F.I. para justificar sua demanda:

- Em primeiro lugar, o demandante sustentou que “a R.F.I. não era membro da Organização das Nações Unidas em 20 de março de 1993, quando o requerimento da República da Bósnia-Herzegovina foi apresentado, e não o tinha sido antes de 11 de julho de 1996, quando a sentença foi proferida”;

- Em segundo lugar, segundo a R.F.I., este “não era um Estado parte do Estatuto da Corte em 20 de março de 1993 e nunca o fora antes de 11 de julho de 1996, quando a sentença foi proferida”;

- Finalmente, o demandante considera que “a R.F.I. não era parte contratante na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio em 20 de março de 1993 e não o fora antes de 11 de março de 1996, quando a sentença foi proferida.”²⁴

Evidentemente, esses “fatos novos” invocados pela R.F.I. foram contestados pela Bósnia-Herzegovina. Esta considerou não haver fato novo suscetível de dar lugar à revisão.²⁵ Nesse sentido, contestou que o que a R.F.I. chamou de fatos novos seriam, na realidade, consequências (suposições ou discussões) de um fato que não poderia ser a admissão da Iugoslávia nas Nações Unidas em 2000.²⁶ Alain Pellet, Agente da Bósnia-Herzegovina, prosseguiu arguindo que essas consequências deste fato não tiveram incidência sobre a situação anterior que a Parte adversa descreveu como “incerta”, “confusa”, “complexa”, ou

²³ *Ibid.*, p.8.

²⁴ Requerimento inicial no caso da Demanda de Revisão da Sentença de 11 de julho de 1996 no Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia-Herzegovina vs. Iugoslávia), p.9.

²⁵ Partindo simplesmente de uma definição sustentada por todos os dicionários, notadamente os de direito internacional público, um fato é um acontecimento que se produziu, que teve lugar em um dado momento; esta definição de base e de bom-senso valoriza um elemento essencial, aquele da existência ou da realidade objetiva deste fato e, portanto, da verificação ou da constatação pela Corte de que ele se produziu ou que ele teve lugar no momento adequado para poder prevalecer. (opinião individual do juiz *ad hoc* MAHIOU, junto à sentença de 3 de fevereiro de 2003, *Rec.2003*, p.70. par.2).

²⁶ CR, 2002/41, p.32 (5 de novembro de 2002).

“controvertida”.²⁷ Além disso, para a Bósnia-Herzegovina, este “esclarecimento concludente do status da R.F.I. em relação às Nações Unidas e aos tratados internacionais”²⁸ produziu seus efeitos para o futuro, a contar daquela data, e não retroativamente.²⁹

A fim de examinar se os fatos alegados pela R.F.I. correspondem aos termos do artigo 61 do Estatuto, a Corte ressaltou, antes de tudo, que nos termos do parágrafo 1º do artigo 61 do Estatuto, a revisão de uma sentença só pode ser requerida em razão da descoberta de um fato que, “antes do proferimento da sentença, era desconhecido.”³⁰ No caso em questão, a Corte constatou que as pretensões da R.F.I. fizeram referência a um fato supostamente preexistente ao proferimento da sentença e descoberto posteriormente. No entanto, considerou que um fato que se produz muitos anos após a sentença não é um fato novo no sentido do artigo 61. Neste caso, a sentença deve permanecer intocada quaisquer que sejam as consequências jurídicas que este fato possa vir a ter.³¹ Essa concepção parece dar razão à Bósnia-Herzegovina, e a Corte ressaltou, ainda, que “a admissão da R.F.I. na Organização das Nações Unidas teve lugar em 1º de novembro de

²⁷ *Ibid.*, p.33. Como observa o Professor Varady, “a dissolução da ex-Iugoslávia não seguiu os esquemas estabelecidos e os abortou. Questões como as de identidade do Estado, de sua continuidade ou solução de continuidade então causaram problema, como o de participação nas organizações internacionais e o de adesão aos tratados”, CR, 2002/40, p.7 (4 de novembro de 2002).

²⁸ *The Applicant believes that it is fair to say that given the quite unprecedented complexities and controversies regarding the issue of the membership of the FRY in international organizations and to international treaties, the Court was not in a position to conclude in its Order whether the membership (or the lack of membership) of the FRY in the United Nations and in relevant treaties, was an established fact.* Requerimento inicial no caso da Demanda de Revisão da Sentença de 11 de julho de 1996 no Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia-Herzegovina vs. Iugoslávia), p.26.

²⁹ A Bósnia afirma ainda que a condição relativa ao prazo de seis meses enunciado no parágrafo 4 do artigo 61 não é preenchida. Como sustenta M. VAN DEN BIESEN, Agente adjunto da Bósnia-Herzegovina, “se o fato novo parece repousar sobre o fato de que a Iugoslávia não era membro das Nações Unidas entre 27 de abril de 1992 e 1º de novembro de 2000, surge uma primeira questão: a quando remonta a descoberta deste fato? Para ser admissível, a demanda de revisão deve ser apresentada, no máximo, dentro de um prazo de seis meses após a descoberta do fato novo. Consequentemente, seria suficiente que esta descoberta fosse feita antes de 23 de outubro de 2000 (a demanda tendo sido submetida em 23 de abril de 2001) para que a demanda fosse inadmissível.” (CR/2002/41, p.24).

³⁰ Sentença de 3 de fevereiro de 2003, *Rec.2003*, par. 67.

³¹ *Ibid.*

2000, bem depois da sentença de 1996.”³² A conclusão da Corte foi, portanto, no sentido de que “essa admissão não pode ser considerada como um fato novo, segundo o artigo 61, suscetível de fundamentar uma demanda de revisão da referida sentença.”³³ Para a Corte, a R.F.I. não se serviu de fatos existentes em 1996: ela fundamentou sua demanda de revisão nas consequências jurídicas de fatos posteriores à sentença cuja revisão foi demandada.³⁴

Essa conclusão não foi, no entanto, evidente. Com efeito, segundo o Juiz Koroma, “é abusivo e muito superficial rejeitar a adesão da R.F.I. à Organização das Nações Unidas em novembro de 2000 e suas consequências jurídicas considerando-a um simples fato ocorrido muitos anos após o proferimento da sentença”³⁵. E o referido magistrado continuou argumentando que, “a resolução 55/12 adotada em 1º de novembro de 2000 pela Assembleia Geral levando à adesão da R.F.I. à Organização das Nações Unidas em novembro de 2000 não constitui um simples fato ou acontecimento, mas um fato ou acontecimento que teve certas consequências”³⁶. Do mesmo modo, o juiz Vereshchetin, em sua opinião dissidente, declarou que: “A questão de saber se um Estado é ou não Membro da Organização das Nações Unidas parece ser uma questão de fato, levando-se em conta a quantidade de definições que dão deste último termo os principais textos jurídicos e dicionários especializados”.³⁷ Segundo ele, “o fato é que a Iugoslávia não era membro da Organização das Nações Unidas em 1996 – e tal é “fato novo” no sentido do artigo 61 do Estatuto”.³⁸ Finalmente, o Juiz Rezek insistiu que “a Corte

³² *Dans la présente espèce, l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies a eu lieu le 1ernovembre 2000, bien apres l'arrêt de 1996. Ibid., par.68.*

³³ *La Cour em conclut que cette admission ne saurait être considérée comme um fait nouveau, au sens de l'article 61, susceptible de fonder une demande em revision dudit arrêt. Ibid.*

³⁴ Sentença de 3 de fevereiro de 2003, *Rec. 2003*, pp. 30-31, par. 69.

³⁵ *Dans ces conditions, Il est abusif ET par trop de superficiel de rejeter l'adhésion de La RFY à l'Organisation de Nations Unies em novembre 2000 et sés conséquences juridiques comme um simple fait intervenu plusieurs années apres le prononce de l'arrêt.* Opinião individual do Juiz KOROMA, *ibid.*, p. 36, par. 9.

³⁶ *La résolution 55/12 adoptée le 1er novembre 2000 par l'Assemblée générale ait entraîné l'adhésion de la RFY à l'Organisation des Nations Unies NE constitue pas um simple fait ou événement, mais um fait ou événement qui a eu certaines conséquences. Ibid.*

³⁷ *La question de savoir si un Etat est ou n'est pas Membre de l'Organisation des Nations Unies semble être une question de fait, à en croire nombre de définitions spécialisés.* Opinião dissidente do juiz VERESHCHETIN, *ibid.*, p. 43, par. 10.

³⁸ *Ibid.*, p. 50, par. 28. O juiz Dimitrijevic formula, por seu lado, uma teoria da noção de fato. Assim, “um fato jurídico, um fato de direito é algo que existe juridicamente, que pertence à realidade

poderia ter considerado como fato novo a definição pelas Nações Unidas, em novembro de 2000, daquilo que se encontrava numa zona cinzenta depois de 1992, e que poderia, assim, parecer incerto em 1996: a antiga República Socialista da Iugoslávia deixara de existir, a administração de M. Milosevic não tinha assegurado a continuidade do Estado desintegrado”.³⁹ Por consequência, segundo o juiz, “a afirmação da competência da Corte na sentença de 11 de julho de 1996, teria sido o resultado de uma apreciação inexata dos fatos, e deveria ter sido objeto de uma revisão”.⁴⁰

Convém notar que, segundo as previsões do Estatuto, o fato invocado por uma das partes deve ter sido desconhecido da Corte e da parte que demanda a revisão. A partir dessas premissas, a Bósnia-Herzegovina discordou que os fatos novos evocados pela R.F.I. eram desconhecidos. Nesse sentido, salientou⁴¹ que a Corte estava perfeitamente a par não somente do debate que se desenrolava a respeito da continuação, do desmembramento e da sucessão, como também do debate a respeito da qualidade da Iugoslávia como membro da ONU. Estes fatos seriam conhecidos de todos, inclusive da própria R.F.I.⁴² A R.F.I. não negou o fato de que a discussão era conhecida da Corte e dela mesma. Entretanto, a seus olhos, “o que não era conhecido, em 1996 ou mesmo posteriormente, era o resultado que

jurídica já que produz regras jurídicas. Sendo assim, no que diz respeito à revisão: “o artigo 61 do Estatuto não produz qualquer distinção entre os tipos de sentenças. Por esta simples razão, a noção de “fato” sobre a qual repousa o artigo 61 deveria ser bastante ampla para englobar os diferentes tipos de fatos sobre os quais se apoiam todas as conclusões jurídicas. Manifestamente, os fatos precisos sobre os quais o acesso à Corte e a competência desta podem se fundamentar pertencem igualmente à vasta categoria de fatos no sentido do artigo 61”. Este raciocínio lhe permite concluir que: “Declarando inadmissível a demanda de revisão sob o fundamento do sentido literal do termo “fato”, a Corte Internacional de Justiça deixou escapar a oportunidade de esclarecer importantes questões relativas à sua competência”. Opinião dissidente do juiz DIMITRIJEVIC, Rec. 2003, p. 53 e ss.

³⁹ *La Cour aurait pu considérer comme fait nouveau la définition par les Nations Unies, em novembre 2000, de ce qui se trouvait dans une zone grise depuis 1992, de ce qui aurait pu ainsi paraître incertain em 1996 l'ancienne République socialiste de Yugoslavie avait cessé d'exister, l'administration de M. Milosevic n'avait pas assuré la continuité de l'Etat désintégré.* Declaração do juiz REZEK, *ibid*, p. 52, par. 5.

⁴⁰ *L'affirmation de la compétence de la Cour à l'encontre Du défendeur par l'arrêt Du 11 juillet 1996, qui est le résultat d'une appréhension inexacte de la situation de fait, mériterait à présent de faire l'objet d'une révision. Ibid.*

⁴¹ Observações escritas de 3 de dezembro de 2001, par. 3.7.

⁴² CR 2002/40, p. 39.

teria esse debate”. Segundo a demandante, “o que não se sabia é que a R.F.I. não assegurava a continuidade do Estado e da personalidade jurídica e política internacional da ex-Iugoslávia”.⁴³ Nesse contexto, sustentou, ainda, que “a hipótese segundo a qual a R.F.I. assegurava a continuidade da personalidade da ex-Iugoslávia era de todo modo plausível”,⁴⁴ já que este assunto era o objeto de um debate difícil que não terminou em nenhuma conclusão antes do proferimento da sentença. Com efeito, a R.F.I. chamou a atenção para o fato de que já havia indicações das consequências pelas ações das autoridades competentes, mas que estas posições eram na verdade contraditórias. De fato, “desde o proferimento da sentença, nem a Corte nem a R.F.I. sabiam ou poderiam considerar como evidente que a R.F.I. não fazia parte do Estatuto e que ela não permanecia vinculada à Convenção sobre o Genocídio como sucessora da ex-Iugoslávia”.⁴⁵

Em resposta a essa discussão, a Corte considera que “todos estes elementos eram conhecidos dela e da R.F.I. no dia do proferimento da sentença”⁴⁶. Para a Corte, “o que permanecia desconhecido em julho de 1996 era se e quando a R.F.I. apresentaria um pedido de admissão à Organização das Nações Unidas e, se e quando este pedido seria acolhido, colocando um termo à situação criada pela resolução 47/1 da Assembleia Geral”.⁴⁷ A Corte assinalou igualmente que “a carta

⁴³ *The only real issue that gave rise to uncertainties and conflicting interpretations was whether the FRY (which came into being in April 1992) did or did not continue the membership of the former Yugoslavia. Ibid., p. 40.*

⁴⁴ Como afirma o Professor Varady, “a Iugoslávia era citada nos documentos da Organização das Nações Unidas e da Corte como um Membro fundador da ONU e um signatário originário do Estatuto. Assim sendo, segundo a R.F.I., a partir da “resolução 777 do Conselho de Segurança, indicando que a ex-Iugoslávia havia cessado sua existência, compreendeu-se penosamente que a Iugoslávia continuava a figurar dentre os Membros fundadores, podendo-se supor que a R.F.I. assegurava a continuidade da personalidade da ex-Iugoslávia. Além disso, a ONU demandava à R.F.I. que quitasse suas contribuições de Membro, e a R.F.I. continuava depositando-as. Assim, a R.F.I. era considerada como um Estado Membro nos termos do artigo 17 da Carta”. (*ibid.*, p. 39).

⁴⁵ *It cannot be contested that one of the possible inferences from this contention was to perceive as a fact that the FRY was not a party to the Statute, and that the FRY did not continue the personality of the former Yugoslavia. CR 2002/40, p. 41-42.*

⁴⁶ *Tous ces éléments étaient connus de la Cour et de la RFY au jour du prononcé de l'arrêt. Sentença de 3 de fevereiro de 2003, Rec. 2003, p. 31, par. 70.*

⁴⁷ *Ce qui toutefois demeurerait inconnu en juillet 1996 était la réponse à la question de savoir si et quand la RFY présenterait une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies et si et quand cette demande serait accueillie, mettant ainsi un terme à la situation créée par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale. Ibid., par. 70. Em 22 de setembro de 1992, a Assembleia Geral adotou sua resolução 47/1, na qual, seguindo a recomendação feita pelo Conselho de Segurança em sua*

do conselheiro jurídico da Organização das Nações Unidas com data de 8 de dezembro de 2000 não pode ter modificado o status da R.F.I. a respeito dos tratados”,⁴⁸ e que, “em todo caso, esta carta não correspondia a um convite à R.F.I. para aderir às convenções pertinentes, mas sim para cumprir as formalidades convencionais, quando fosse o caso, (...) na qualidade de Estado sucessor”.⁴⁹

Como vemos, a Corte concluiu que nenhum fato havia sido descoberto depois de 1996 que preenchesse as determinações do artigo 61 do Estatuto. Uma das condições de admissibilidade da demanda de revisão prescritas no parágrafo 1º do artigo 61 do Estatuto não foi satisfeita por não se estabelecer que o requerimento da R.F.I. fundamentou-se na descoberta de um fato desconhecido das partes antes do proferimento da sentença. A Corte, assim, se limitou a lembrar que a demanda de revisão não preencheu uma das condições de admissibilidade previstas, e concluiu não ter como, e nem ser necessário, prosseguir com a análise das demais condições para a admissibilidade da revisão.⁵⁰

Assim sendo, a Corte se absteve de responder a certos aspectos das argumentações das partes. Notadamente, não se posicionou a respeito da questão de saber se houve da parte do demandante um desconhecimento culposo ou negligente.⁵¹ De fato, se a Corte discutiu esta questão por ocasião do caso da demanda de revisão e interpretação da sentença de 24 de fevereiro de 1982 no *Caso da Plataforma Continental*,⁵² no caso em tela, não achou necessário insistir

resolução 777 de 19 de setembro de 1992, ela considerou que a República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) não podia assumir automaticamente a continuidade da qualidade de Membro da Organização das Nações Unidas no lugar da antiga República Federativa Socialista da Iugoslávia e, em consequência, decidiu que a R.F.I. devia apresentar uma demanda de admissão à Organização, e não participaria dos trabalhos da Assembleia Geral.

⁴⁸ *La lettre Du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies en date du 8 décembre 2000 ne peut avoir modifié le statut de la RFY à l'égard des traités. Ibid.*, par. 71.

⁴⁹ *En tout état de cause, cette lettre ne comportait pas, à l'intention de la RFY, d'invitation à adhérer aux conventions pertinentes, mais plutôt à « accomplir les formalités conventionnelles, s'il y a lieu, en qualité d'Etat successeur ».* *Ibid.*

⁵⁰ Opinião já expressa na ocasião da Demanda de Revisão e Interpretação da Sentença de 24 de fevereiro no caso da Plataforma Continental, C.I.J., *Rec.*1985, p. 207.

⁵¹ O texto francês do artigo 61 do Estatuto fala de “culpa/erro/falta”, enquanto a versão inglesa usa o termo “negligência”.

⁵² Nesse caso, tratando da questão de saber se a ignorância dos fatos pertinentes havia sido ou não negligente, a Corte releva: “o fato de que a Tunísia podia obter as coordenadas exatas dos limites de concessão e que era de seu interesse assegurá-lo significa que uma das condições essenciais de admissibilidade de uma demanda de revisão, colocada no artigo 61, parágrafo 1º do Estatuto, aquela

no assunto. No entanto, a questão não é desprovida de interesse. A R.F.I. estimou que a negligência só poderia ser estabelecida se dois fatores concorrem para este resultado:⁵³ que os fatos novos descobertos pudessem ter sido conhecidos antes do proferimento da sentença; e que tivesse sido do interesse do próprio requerente assegurar o conhecimento desses fatos. Desta maneira, para a R.F.I., esta complementaridade deveria sempre existir. No caso em questão, nenhuma destas duas condições foi satisfeita, já que a realidade era complexa e a origem dos problemas não se resumia à simples obstinação da Iugoslávia.⁵⁴

A Bósnia-Herzegovina vê a questão de outro modo. Segundo a argumentação desenvolvida por esse Estado, houve, incontestavelmente, erro da R.F.I. em efetuar o pedido de sua admissão no seio da Organização das Nações Unidas somente em outubro de 2000 e não oito anos antes. Desde setembro de 1992, todas as outras antigas repúblicas da Iugoslávia (que acabavam de tornar-se independentes) o fizeram. Do mesmo modo, o Conselho de Segurança⁵⁵ e a Assembleia Geral⁵⁶ aconselharam resolutamente à Iugoslávia, em termos desprovidos de qualquer ambiguidade, solicitar pura e simplesmente sua admissão no seio da ONU.⁵⁷ Em outros termos, a Bósnia-Herzegovina não hesitou em qualificar de negligência, e mesmo de negligência culposa, a obstinação da

da ignorância não negligente de um fato novo, não é satisfeita”. C.I.J. *Rec.* 1985, pp. 206-207, par. 28.

⁵³ É verdade que o artigo 61 do Estatuto fixa critérios bem precisos, e indica que o fato novo descoberto susceptível de exercer uma influência decisiva sobre a decisão deve ter sido desconhecido (da Corte e da parte que demanda a revisão) antes do proferimento da sentença, sem que tenha tido, pelo demandante negligência em ignorá-lo.

⁵⁴ De fato, a R.F.I. desejava ter tomado as medidas para esclarecer a situação, e se esforçava para confirmar uma das interpretações plausíveis de seu novo estatuto, procurando nele esclarecimentos sobre os argumentos presentes em sua declaração de 1992. Na realidade, para a R.F.I., “os fatos pertinentes só apareceram depois que o Conselho de Segurança optou pelo procedimento de admissão de novos Membros – e depois que a R.F.I. foi admitida na Organização das Nações Unidas na qualidade de novo Membro. Somente quando o conselheiro jurídico convidou a R.F.I. a decidir se ela queria ou não aderir aos tratados ratificados pela antiga Iugoslávia é que se tornou evidente que antes, a R.F.I. não era parte desses tratados e não permanecia vinculada ao artigo IX da Convenção sobre o Genocídio” (M. VARADY, representante da República Federal da Iugoslávia, CR 2002/42, p. 23).

⁵⁵ Resolução 777 do Conselho de Segurança, Nações Unidas, doc A/55/528 – S/2000/1043.

⁵⁶ Resolução 47/1 da Assembleia Geral, Nações Unidas, doc A/RES/47/1.

⁵⁷ CR 2002, p.26

Iugoslávia em não tomar conhecimento dos pedidos insistentes dessas altas instâncias.

A sentença de 3 de fevereiro de 2003 considera perfeitamente o fato de que o princípio da autoridade da coisa julgada constitui o traço específico do ato jurisdicional.⁵⁸ A Corte pareceu prender-se à idéia de que, se os Estados procuram regular suas controvérsias pela intermediação de uma sentença dotada de caráter obrigatório e definitivo, eles o fazem porque estão interessados na preservação da segurança jurídica e na manutenção da paz.⁵⁹ É a partir desta regra fundamental que se compreende a posição restritiva da Corte no que tange à revisão de suas sentenças.⁶⁰

3. A admissibilidade da demanda de revisão da sentença de 11 de setembro de 1992 no Caso da Diferença Fronteiriça Terrestre, Insular e Marítima (El Salvador vs. Honduras: intervenção da Nicarágua)

Em 10 de setembro de 2002, a República de El Salvador⁶¹ apresentou à Corte demanda de revisão da sentença proferida em 11 de setembro de 1992 pela Câmara da Corte encarregada de conhecer do caso da *Diferença Fronteiriça Terrestre, Insular e Marítima* (El Salvador vs. Honduras; intervenção da Nicarágua).⁶² Esta demanda apresentou uma característica singular face às duas primeiras demandas de revisão,⁶³ sendo a primeira vez que uma demanda desse tipo foi submetida a uma Câmara da Corte.⁶⁴ As consequências desse fato não

⁵⁸ V.C. de VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1996, p.177.

⁵⁹ L.N.C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, P.265.

⁶⁰ v. a declaração de M. DUPUY, CR 2003/3, pp. 16-18 (9 de setembro de 2003).

⁶¹ Denominado, adiante, 'El Salvador'.

⁶² C.I.J. *Rec.1992*, p.351.

⁶³ Demanda de revisão e interpretação da sentença de 24 de fevereiro de 1982 no Caso da Delimitação da Plataforma Continental entre a Tunísia e a Líbia, e demanda de revisão da sentença de 11 de julho de 1996 no Caso da Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio entre a Bósnia-Herzegovina e a Sérvia e Montenegro.

⁶⁴ Em seu requerimento, El Salvador, referindo-se ao parágrafo 1º do artigo 100 do Regulamento da C.I.J., solicitou à Corte "constituir uma Câmara para conhecer da Demanda de Revisão da Sentença, tendo em conta disposições elaboradas de comum acordo por El Salvador e Honduras no compromisso de 24 de maio de 1986". Por disposição de 27 de novembro de 2002, a Corte, em virtude do artigo 26, parágrafo 2º, de seu Estatuto, e do artigo 17 de seu Regulamento, aceitou a

devem ser desprezadas e, para melhor compreendê-las, é necessário conhecer as circunstâncias que permeiam o caso de 1992.

O litígio entre Honduras e El Salvador, sobre o qual a Câmara da Corte Internacional de Justiça proferiu sentença final em 11 de setembro de 1992, estendeu seus efeitos sobre três questões que embora distintas, eram vinculadas.⁶⁵

Na sentença de 11 de setembro de 1992, a Câmara da Corte decidiu estabelecer a fronteira terrestre entre El Salvador e Honduras nos seis setores questionados pelas partes. Na mesma sentença, a Câmara solucionou as divergências existentes entre as Partes no que diz respeito à situação jurídica de diversas ilhas no *Golfo de La Fonseca* e das águas situadas tanto no golfo quanto em suas proximidades. Em relação ao sexto setor, no decorrer da demanda original, Honduras havia sustentado que a fronteira seguia o curso atual do rio *Goascorán*, que deságua no golfo ao noroeste das *Ilhas Ramaditas*, na baía de *La Unión*. Por sua vez, El Salvador reconhecia que o rio havia sido adotado como limite da Província na época da colonização espanhola, mas que a fronteira entre os dois Estados devia ser fixada não sobre o curso atual do rio, que desemboca na baía de *La Unión*, mas sobre o antigo curso, que tinha sua desembocadura no *Estero La Cutu* e foi abandonado posteriormente, provavelmente ao longo do século XVII.⁶⁶

A Câmara da Corte, na sentença de 1992, declarou que ela não tinha sido informada da existência de documentos que evidenciassem uma mudança tão brusca do curso do rio.⁶⁷ A Câmara considerou igualmente que “se tivesse sido demonstrado que o curso do rio era antes tão radicalmente diferente do que é atualmente, poder-se-ia razoavelmente deduzir que ocorrera uma avulsão”.⁶⁸ Para

demanda das Partes no sentido de que uma Câmara especial fosse constituída para conhecer do caso.

⁶⁵ L. LUCCHINI, “Le différend entre le Honduras et El Salvador devant la C.I.J., Aspects insulaires et maritimes”, A.F.D.I., 1992, p. 421.

⁶⁶ Assim, segundo El Salvador, a partir de certo momento, o Goascorán tinha bruscamente mudado de curso para correr no lugar em que se situa seu curso atual. “A partir de então, o argumento de direito de El Salvador (era) de que, quando uma fronteira é constituída pelo curso de um rio e o curso deste deixa subitamente o antigo leito por um outro, este fenômeno de avulsão não modifica o traçado da fronteira, que continua a seguir o antigo curso” (Sentença de 11 de setembro de 1992, *Rec. 1992*, p. 546, par. 308).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *S'il était démontré à la Chambre que le cours du fleuve était auparavant aussi radicalement différent de ce qu'il est actuellement, on pourrait alors raisonnablement en déduire qu'il y a eu avulsion. Ibid.*

a Câmara “não havia elemento científico que provasse que o curso anterior do *Goascorán* era tal que desembocasse no *Estero La Cutu* ou em outro braço de mar vizinho”.⁶⁹ Sendo assim, a Câmara decidiu rejeitar toda a alegação de El Salvador segundo a qual a fronteira segue um antigo curso que o rio havia abandonado num momento qualquer anterior a 1821. Tratava-se, para ela, de uma pretensão nova e incompatível com o histórico da controvérsia.⁷⁰ Nesta perspectiva, a Câmara assinalou várias vezes, particularmente desde as “negociações de Saco” entre os dois Estados em 1880, que El Salvador tinha adotado um comportamento excludente de qualquer “reivindicação... segundo a qual a fronteira de 1821 não estava vinculada ao curso do rio naquela data, mas a um curso mais antigo, conservado como limite da província por uma disposição do direito colonial”.⁷¹ No que diz respeito aos elementos de prova relativos ao curso do rio *Goascorán* em 1821,⁷² a Câmara concluiu que, de acordo com os registros da expedição de 1794 e da Carta Esférica, não se podia mais duvidar de que naquela data o *Goascorán* já corria onde se encontra o seu curso atual.⁷³ Finalmente, após ter examinado diversos outros argumentos de El Salvador, o dispositivo da sentença de 1992 descrevia a fronteira ao longo do curso atual do *Goascorán*.⁷⁴

Nesse sentido, o fato novo invocado por El Salvador no caso atual pode decompor-se em dois elementos.

O primeiro diz respeito à descoberta recente de provas científicas, técnicas e históricas do trajeto do antigo curso do *Goascorán*, assim como da mudança brusca do curso do rio que aconteceu por volta de 1762. A título de provas científicas, El Salvador apresentou um relatório elaborado pela *Coastal Environments Inc.* O estudo intitula-se *Geologic, Hydrologic and Historic*

⁶⁹ *Il n'existe aucun élément scientifique prouvant que le cours antérieur du Goascoran était tel qu'il débouchait dans l'Estero La Cutu et non dans l'un quelconque des autres bras de mer avoisinants de la côte. Ibid., par. 309.*

⁷⁰ *Ibid., p. 547, par. 312.*

⁷¹ *Il apparaît a l'évidence que ces délégués n'avaient connaissance d'aucune revendication d'El Salvador selon laquelle la frontière de 1821 n'était pas le cours suivi en 1821 par la rivière, mais un cours plus ancien, conservé comme limite provinciale par une disposition du droit colonial. Ibid., p. 548, par. 312.*

⁷² *Ibid., pp. 548-549, p. 313.*

⁷³ *Ibid., p. 550, par. 316.*

⁷⁴ *Ibid., pp. 551-552, par. 319.*

*Aspects of the Goascorán Delta – A Basis for Boundary Determination.*⁷⁵ Como prova técnica, El Salvador invocou o estudo realizado em julho de 2002 sobre o solo na zona do delta do *Goascorán*, que permitiu reencontrar os vestígios do leito inicial do rio e recolher indícios suplementares do comportamento hidrográfico do rio. Além disso, como provas históricas, El Salvador apresentou a monografia redigida pela *Sociedad Pedagógica de Departamento de Valle* sob a direção de Galindo y Galindo de 1930 e publicada pela Sociedade de Geografia e de História de Honduras em 1933. El Salvador se fundamentou igualmente na obra intitulada *Geografía de Honduras*, de Ulises Meza Cálix, que, segundo ele, confirma que o antigo curso do rio Goascorán desembocava no *Estero La Cutú*.⁷⁶ Reforçado por esse conjunto de documentos, El Salvador sustentava que, no momento da demanda de revisão, dispunha de novas provas, e que, quando da demanda inicial, não havia ainda acesso às fontes pretendidas, e certos meios técnicos disponíveis atualmente não tinham ainda sido colocados à disposição.

O segundo aspecto dos fatos novos evocados por El Salvador concerne aos elementos de prova cartográficos e documentais. Segundo El Salvador, uma nova carta marítima e um novo registro da expedição da brigada *El Activo* foram descobertos na *Newberry Library* de Chicago. Assim, para El Salvador, as cópias desses documentos que se encontram nos arquivos do Museu Naval de Madri, trazidos por Honduras, haviam constituído o fundamento primordial da Câmara para definir, em 1922, a fronteira no setor do Goascorán.⁷⁷ El Salvador considera que “os documentos originais descobertos na *Newberry Library* provocaram uma indagação crítica sobre a confiabilidade e a solidez dos documentos trazidos por

⁷⁵ Aspectos geológicos, hidrológicos e históricos do delta do Goascorán – Elementos de base para a determinação de uma fronteira.

⁷⁶ “Ambas as partes concordam que o rio *Goascorán* constituía originariamente a fronteira que separava, na época colonial, as entidades às quais elas sucederam.” Para El Salvador, “a questão que se põe é a de saber que curso esse rio seguia ao longo do referido período, e, em seguida, saber se e de que maneira o curso desse rio mudou posteriormente. É disso que tratam as provas técnicas e trata-se de um ponto manifestamente pertinente no quadro da presente demanda.” Segundo El Salvador, “essas provas mostram que o rio seguia o braço *Cutú* antes de seu curso mudar.” M. MENDELSON, CR 2003/2, p.42, (8 de setembro de 2003).

⁷⁷ A Câmara considerou, naquela ocasião, que esses documentos provavam um fato geográfico preciso, o ponto no qual o *Goascorán* desembocava no Golfo. E sobre esta base ela fixou a fronteira. Sentença de 11 de setembro de 1992, *Rec. 1992*, pp. 549-550, pars. 314-316.

Honduras e aceitos pela Câmara”.⁷⁸ O demandante faz igualmente alusão à erupção do vulcão Cosiguina e à data da avulsão.⁷⁹

Em outras palavras, para El Salvador, as “negociações de Saco” deveriam ser consideradas, visto que a Câmara reconheceu as conclusões formuladas na Carta marítima e nas declarações do *El Activo*. Nesse sentido, El Salvador sustentou que “não existe, desde então, prova de que a linha que se tornou objeto de um acordo entre 1880 e 1884 representa o ‘uti possidetis juris’ de 1821.”⁸⁰ Ademais, para El Salvador: “o *Goascorán* teve e ainda tem hoje muitas embocaduras diferentes e (...), na época das “negociações de Saco” (1880-1884), a embocadura do Goascorán não podia absolutamente estar no lugar que determina a sentença.”⁸¹ Isso permitiu a esse país concluir que as considerações que a Câmara enunciou a respeito das “negociações de Saco” não são exatas.⁸² Em apoio à sua demanda, El Salvador afirmou, finalmente, que as Partes aceitaram o caráter instável do delta do *Goascorán*, resultado de uma manifestação da natureza, e que não era prudente deixar esta característica ameaçar a estabilidade e a permanência que devem presidir a definição de uma fronteira.

Por seu lado, apoiando-se na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional - C.P.J.I., Honduras empenhou-se em demonstrar que a demanda de revisão deve estar fundada na descoberta de um fato novo e não em simples alegações, ainda menos sobre eventuais provas novas mais ou menos documentadas.⁸³ De fato, Honduras destacou a natureza particular do artigo 61 e sublinhou que o mesmo não faz referência à descoberta de novos “elementos de prova” ou “evidências”. E concluiu, dessa forma, que se os redatores do Estatuto quisessem incluir também novos elementos de prova, poderiam tê-lo feito expressamente, como o fizeram no artigo 52 do Estatuto.⁸⁴ Na realidade, Honduras insistiu na necessidade de aliar o critério de prova à natureza particular do procedimento de revisão, que é ao mesmo tempo excepcional (considerando-se

⁷⁸ R. BROTÓNS, CR 2003/2 (8 de setembro de 2003).

⁷⁹ M. MENDELSON, CR 2003/2, p.42 (8 de setembro de 2003).

⁸⁰ Requerimento inicial da demanda, pp. 71-77.

⁸¹ *Ibid*, pp. 71-77.

⁸² *Ibid*, pp. 71-77.

⁸³ Em seu parecer consultivo relativo ao Mosteiro de São Naoum, a Corte Permanente de Justiça Internacional declarou que “na opinião da Corte, documentos novamente produzidos não constituem por eles mesmos fatos novos.” C.P.J.I., *Série B nº 9*, p.22.

⁸⁴ O artigo 52 do Estatuto da C.I.J. utiliza o termo “evidência” (“testemunhos” no texto francês) CR 2003/5, p. 7 (12 de setembro de 2003).

suas implicações no que concerne à autoridade da coisa julgada) e subordinado ao estrito respeito das condições fixadas no artigo 61. Isso implica um critério evidentemente mais rigoroso do que o proposto por El Salvador.⁸⁵

Interrogando-se sobre as condições de admissibilidade da demanda, Honduras afirmou que um fato novo é um fato no qual a Corte pode reconhecer características que dão ensejo à revisão. No entanto, isso quer dizer que o que deve ser verdadeiramente novo não é o fato mas o conhecimento que se tem dele. O fato deve existir tanto antes quanto após o proferimento da sentença final, mas deve ser desconhecido da Corte e das Partes. A partir dessas premissas, M. Dupuy, agente de Honduras, argumentou que, no caso em questão, não se encontrava fato novo nem antes nem depois do julgamento de 1992. Segundo ele, El Salvador se prevaleceu de argumentos já apresentados desde o procedimento que conduziu àquela sentença (i.e., o argumento de avulsão do rio *Goascorán*).⁸⁶ Além disso, esse país apresentou documentos já conhecidos da Câmara, uma vez que foram publicados por Honduras. Finalmente, argumentou que as provas produzidas estavam acessíveis a todo momento ao pesquisador normalmente diligente, e não contradizem em nada os documentos produzidos por Honduras.⁸⁷ Sendo assim, Honduras sustentou que a Câmara já conhecia em 1992 a pretensão de El Salvador visando a fazer chegar até o mar o rio *Goascorán* em *Cutu*.⁸⁸

Nesse sentido, os representantes de Honduras acusaram El Salvador de procurar, sob o pretexto de uma demanda de revisão, apelar da decisão inicial ou obter a cassação da mesma. Assim, o que estaria em jogo era uma verdadeira reforma da decisão inicial sob a roupagem de uma demanda de revisão. Isto teria levado o demandante a criticar várias vezes e em termos mais ou menos velados, os

⁸⁵ Com efeito, para Honduras, “é absolutamente necessário que só pudessem ser abertos à revisão raríssimos casos nos quais o recurso a esse procedimento se justifica para impedir um verdadeiro risco de injustiça.” (M. SANDS, CR 2003/5, p. 11 - 12 de setembro de 2003). Em sua opinião individual juntada à sentença de 1985, Mme. BASTID fez referência à gravidade de uma demanda de revisão no que concerne à importância de suas consequências, acrescentando: “parece indispensável garantir, desde o requerimento, que cada uma dessas condições se encontrem satisfeitas”. C.I.J. *Rec.* 1985, p. 248, par. 3.

⁸⁶ Honduras ressalta que “novos estudos técnicos ou científicos propostos como provas da avulsão do curso inferior do rio não poderiam aparecer como fatos de caráter objetivo. Eles são o produto muito contestável de uma iniciativa tardia de El Salvador, tomada somente na véspera do término do prazo de revisão”. (M. DUPUY, CR 2003/3, p. 22, 9 de setembro de 2003).

⁸⁷ CR 2003/3, p. 21.

⁸⁸ CR 2003/3, p. 24.

passos seguidos pela Câmara para chegar à decisão de 11 de setembro de 1992.⁸⁹ Não sendo os fatos sobre os quais se fundamenta El Salvador totalmente novos no sentido estabelecido pelo Estatuto, Honduras sustentou que a discussão real girava em torno da permanência da coisa julgada da sentença de 1992. O argumento para tal era a contestação das razões estabelecidas pela Câmara para discutir os elementos de direito e de fato levantados por cada uma das partes.⁹⁰ Honduras tentou demonstrar que não foi simplesmente de um erro de direito que El Salvador acusava a Corte, mas que, de forma mais ampla, esse país questionou a própria coerência interna do julgamento daquele Tribunal.⁹¹ Em suma, para Honduras, El Salvador convidou a Câmara de 2003 a corrigir as faltas ou imperícias de 1992.

Em oposição à argumentação de Honduras,⁹² os representantes de El Salvador procuraram demonstrar que aquele país confundiu a noção de “descoberta” com a condição evidente de que não haja, da parte do demandante, negligência ao ignorar a existência do fato em causa.⁹³ A esse respeito, El Salvador declarou que o seu pedido de revisão repousou sobre novas descobertas referentes a fatos passados.⁹⁴ Além disso, para bem compreender os fatos novos citados, é preciso considerar outros fatos cuja importância a Câmara já havia avaliado, mas que deveriam ser, de hoje em diante, analisados à luz dos fatos novos invocados. Assim, argumentou El Salvador, ainda que eles não constituíssem fatos novos, outros elementos e outras provas existiam e não foram levadas em consideração no decorrer da instância, mesmo sendo úteis e essenciais para completar e confirmar os fatos apresentados como novos. Concluindo sua argumentação, El Salvador sustentou que outros fatos, embora não sendo novos, foram efetivamente apresentados e ganharam importância com a descoberta dos fatos “realmente” novos.⁹⁵ Assim, sua demanda se baseou em fatos novos e em outros que, embora não sendo novos, seriam necessários para compreendê-los.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁰ Para amparar sua contestação, Honduras reproduziu o parágrafo 147 do requerimento de El Salvador, em que o demandante afirma que a Corte não seguiu sua própria lógica quando concluiu que o curso atual e o de 1821 eram praticamente idênticos (CR 2003/3, pp. 19-20).

⁹¹ M. DUPUY, CR 2003/3, p. 20.

⁹² Segundo Honduras os elementos sobre os quais se fundamenta El Salvador não são realmente “descobertas de fatos novos”, porque já eram conhecidos ou o teriam podido ser antes. Observações escritas de Honduras, par. 2.17.

⁹³ M. MENDELSON, CR 2003/3, p. 34.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁵ CR 2003/2, p. 14.

A argumentação de El Salvador se apoiou, ainda, na distinção entre *factum probandum* e *factum probans*.⁹⁶ O primeiro constitui um fato que deve ser provado. O segundo, um fato pelo qual o *factum probandum* pode ser provado. No caso em questão, El Salvador considera que um *factum probandum* – ou talvez o *probandum* decisivo – seria a avulsão. Um *factum probans*, da decisão da Câmara em 1992, seria que o curso inicial do *Goascorán* receberia o braço *Cutu* ou outro situado na proximidade. O probans do leito anterior só pode ser fixado por outros fatos – tais como o relatório científico ou elementos de prova fotográfica ou documentar.⁹⁷ Assim, segundo El Salvador, não seria possível excluir os elementos de prova científica, em razão de se tratarem de “construção intelectual”, um tipo de prova que não foi excluída nem pelo Estatuto nem pela lógica. Em conclusão, El Salvador lembrou que o próprio instituto da revisão diz respeito a sentenças definitivas, e apenas a essas sentenças. Desse modo, a sua demanda, por si só, não poderia ser encarada como contestação da coisa julgada de 1992, nem como apelação daquela sentença definitiva.⁹⁸

Seguindo em sua argumentação, El Salvador analisou o termo “decisivo”, presente no artigo 61 do Estatuto da Corte. Para esse país, “decisivo” é o fato que, se tivesse sido levantado quando da sentença original, poderia ter ocasionado uma modificação dos rumos do caso.⁹⁹ El Salvador considerou que não caberia provar,

⁹⁶ CR 2003/2, p. 35.

⁹⁷ Para El Salvador, Honduras afirma sem razão que um documento não poderia ser um fato novo no sentido do artigo 61. Para amparar essa constatação, El Salvador demonstra que quando a subcomissão da terceira comissão da Sociedade das Nações procedeu ao exame do relatório do comitê consultivo de juristas sobre o projeto de estatuto da C.P.J.I., a Itália sugeriu substituir a expressão “um fato novo” no parágrafo 1 (do artigo 59), pela expressão “um fato ou um documento novo”. A Itália só retirou sua proposta de emenda depois que M. Politis declarou expressamente que a descoberta de um documento está incluída na de um fato”.

⁹⁸ A distinção operacional entre a revisão e o apelo se justifica pois pela impossibilidade da Corte se pronunciar sobre o bom fundamento de uma sentença internacional. Quando a Corte associa a demanda de revisão a uma demanda que conduz a um bom julgamento, ela encontra uma base jurídica para declarar a inadmissibilidade da demanda. A C.I.J. não existe como uma corte de apelação. Esta conclusão constitui a própria aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada: *res judicata pro veritate accipitur*.

⁹⁹ CR 2003/2, p. 30. Como o declara o Tribunal arbitral misto franco-alemão no caso Barão de Neufelize: “a única tarefa a que deve se sujeitar o julgamento da revisão é a que consiste em determinar se um elemento novo de fato, posteriormente descoberto, tomando lugar no conjunto da construção dos fatos, anteriormente examinado, pode modificar seriamente sua estrutura e,

na fase que versa sobre a admissibilidade da demanda, que o fato recentemente descoberto teria seguramente modificado o conteúdo da sentença. Bastaria que fosse estabelecido de maneira plausível ou razoável que esse fato poderia ter exercido influência sobre a sentença.¹⁰⁰ A decisão definitiva sobre o caráter decisivo do fato invocado deveria ser tomada somente na fase do exame de mérito. Somente após a demanda ser julgada admissível competiria à Corte determinar a incidência precisa da descoberta sobre a decisão inicial e a maneira exata como deve ser revisada.¹⁰¹ De qualquer forma, segundo El Salvador, desde que dados científicos ou outros meios de prova aceitáveis fossem produzidos a respeito do antigo leito do rio, segue-se inevitavelmente que a decisão referente à localização da fronteira teria sido radicalmente diferente,¹⁰² já que a sentença de 1992 fundamenta suas considerações e conclusões na exclusão de uma avulsão que não foi provada.¹⁰³

A Câmara da Corte, por seu turno, não se interrogou sobre o sentido da distinção entre a revisão e a apelação. Ela se limitou a reconhecer, como El Salvador, que para avaliar se os fatos novos alegados preenchem as determinações do artigo 61 do Estatuto, conviria recolocá-los no seu contexto.¹⁰⁴ Assim, a Câmara conclui que não poderia declarar admissível uma demanda de revisão com base em fatos que o próprio El Salvador alegou não constituírem fatos novos do ponto de vista do artigo 61.¹⁰⁵ Para justificar seu argumento, a Câmara lembrou que

portanto, conclusões que dela primitivamente haviam sido tiradas”. *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. VII, p. 629-633, 1927.

¹⁰⁰ Segundo El Salvador, é o que resulta dos termos “de modo a exercer uma influência decisiva”, e talvez mais ainda na versão francesa que no texto inglês (“of such a nature as to be a decisive factor”). Não “que teria exercido”, como no inglês, mas “de modo a exercer”. CR 2003/2, p. 31.

¹⁰¹ CR 2003/2, p. 31. Segundo El Salvador, esse método é mais equitativo para o demandante, cujo requerimento, por hipótese séria e formulada *fumus boni iuris*, pode receber toda a atenção que merece; e ela é mais equitativa para o demandado, cujas objeções podem então ser examinadas de maneira mais aprofundada. Esse método é apoiado por escritos jurídicos, por exemplo de autores como Geiss e Rosenne, que declara: “A admissibilidade de uma demanda de revisão implica que o Estado que apresenta a demanda estabeleça a existência de um fato novo que constitui o bom fundamento *prima facie* da revisão da sentença e que justifica o prosseguimento do processo”. S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, La Haye, 1997, III, p. 1671. (tradução do Greffe, CR 2003/2, p. 31-32).

¹⁰² M. MENDELSON, CR 2003/2, p. 32-33 (8 de setembro de 2003).

¹⁰³ M. REMIRO BROTONS, CR 2003/4, p. 26 (10 de setembro de 2003).

¹⁰⁴ Sentença de 18 de dezembro de 2003, par. 56.

¹⁰⁵ *Ibid*, par. 58.

conforme esse dispositivo “a descoberta de um fato novo a exercer uma influência decisiva e que, antes do pronunciamento da sentença, era desconhecido pela Corte e pela parte que demanda a revisão, sem que ela tivesse, de sua parte, negligência em ignorá-lo”¹⁰⁶ abre sozinho o caminho para a revisão.

A Corte, igualmente, sempre reconheceu que o fato descoberto deve ser determinante.¹⁰⁷ Do mesmo modo, referindo-se à decisão da Câmara de 1992 no que se refere à avulsão, a Câmara da Corte acentuou que se a Câmara afastou, em 1992, as pretensões de El Salvador segundo as quais a fronteira de 1821 não seguia o curso do rio nessa última data, ela o fez fundamentando-se no comportamento desse Estado no século XIX. Em outras palavras, a Câmara, aplicando a regra geral expressa no parágrafo 67 de sua sentença inicial, procedeu ao parágrafo 312 no que se refere ao sexto setor da fronteira terrestre usando argumento análogo ao que adotava no parágrafo 80 para o primeiro setor. Assim, pouco importa que tenha havido ou não avulsão do *Goascorán*. Mesmo se essa avulsão fosse provada, e mesmo se pudéssemos tirar dela as consequências de direito alegadas por El Salvador, tais constatações não permitiriam colocar em causa a decisão tomada pela Câmara em 1992. A Câmara constatou, dessa forma, que os fatos apresentados a esse respeito por El Salvador não tinham “influência decisiva” sobre a sentença.¹⁰⁸

A Câmara investigou, em seguida, se os fatos alegados na *Carta Esférica* e no relatório da expedição *El Activo* seriam capazes de exercer uma influência decisiva sobre a sentença de 1992. A Câmara ressaltou, a esse respeito, que a sentença proferida pela Câmara de 1992 repousou sobre certos dados fornecidos pelos documentos nas suas versões conservadas em Madri. Convém, deste modo, investigar se a Câmara teria chegado, em 1992, a conclusões diferentes se ela tivesse ciente das versões dos documentos provenientes de Chicago.¹⁰⁹ A Câmara observou “que as duas cópias da *Carta Esférica* conservadas em Madri e a cópia proveniente de Chicago diferem apenas em detalhes referentes ao local dos títulos, às legendas e à caligrafia. Essas diferenças traduzem as condições nas quais esse

¹⁰⁶ « *La découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer* ». *Ibid*, par. 58.

¹⁰⁷ A Corte teve a oportunidade de afirmar claramente em sua sentença de 1985: “para que uma demanda de revisão seja admissível, não basta que o fato novo invocado tivesse permitido à Corte, caso ela tivesse conhecimento dele, se mostrar mais específica em sua decisão; é necessário ainda que este fato tenha sido capaz de exercer uma influência decisiva”. C.I.J., *Rec* 1985, pp. 213-214.

¹⁰⁸ Sentença de 18 de dezembro de 2003, par. 40.

¹⁰⁹ Sentença de 18 de dezembro de 2003, par. 51.

tipo de documento era formalizado, no final do século XVIII, não permitindo colocar em causa a fidelidade das cartas apresentadas perante a Câmara em 1992”.¹¹⁰ A Câmara destacou, por outro lado, que tanto o exemplar de Chicago, como o de Madri, situam o *Estero La Cutu* e a foz do rio *Goascorán* em seu atual curso. A nova carta apresentada por El Salvador não revogava, portanto, as conclusões da Câmara em 1992. Pelo contrário, ela as confirmava.¹¹¹ “Quanto à nova versão do relatório da expedição do *El Activo* proveniente de Chicago, ela difere da de Madri apenas em certos detalhes como as citações iniciais e finais, a ortografia ou a acentuação. O corpo do texto permanece o mesmo, em particular na identificação da foz do *Goascorán*. Também aí o novo documento produzido por El Salvador confirma as conclusões às quais a Câmara tinha chegado em 1992.”¹¹²

A Câmara concluiu desse precedente que os fatos novos alegados por El Salvador no que se refere à *Carta Esférica* e ao relatório da expedição do *El Activo* não tiveram influência decisiva sobre a sentença cuja revisão ele solicitou.¹¹³

4. Conclusão

A posição jurisprudencial da Corte nestes casos demonstra claramente sua postura restritiva em aceitar medidas que permitam a flexibilização da autoridade da coisa julgada de suas decisões judiciais. Ao rejeitar, mais de uma vez, a admissibilidade de uma demanda de revisão, ela não esclarece precisamente qual é o caráter preciso de uma demanda de revisão, nem quais os elementos necessários em uma demanda de revisão que possa ser julgada admissível.

¹¹⁰ *La chambre observera à cet égard que les deux copies de la « Carta Esférica » conservées à Madrid et la copie provenant de Chicago ne diffèrent que sur des points de détail concernant par exemple l'emplacement des titres, les légendes ou la calligraphie. Ces différences traduisent les conditions dans lesquelles ce type de document était établi à la fin du XVIIIe siècle et ne permettent pas de remettre en cause la fiabilité des cartes produites devant la Chambre en 1992. Ibid., par. 52.*

¹¹¹ *Ibid., par. 53.*

¹¹² *Quant à la nouvelle version du compte rendu de l'expédition d'El Activo provenant de Chicago, elle ne diffère de celle de Madrid qu'en ce qui concerne certains détails, telles les mentions initiales et finales, l'orthographe ou l'accentuation. Le corps du texte demeure le même, en particulier dans l'identification de l'embouchure du Goascorán. Là encore, le nouveau document produit par El Salvador confirme les conclusions auxquelles la Chambre était parvenue en 1992. Ibid., par. 54.*

¹¹³ *Ibid., par. 55.*

Ela não forneceu, ainda, pistas sobre o significado da retomada minuciosa de um caso ou sobre a medida na qual a totalidade do caso seria (re)examinada. Em outras palavras, a atividade jurisdicional da Corte não deixa claro o alcance do instituto da revisão de uma sentença definitiva. Na verdade, a jurisprudência da Corte parece sugerir que, diante da tensão entre a segurança jurídica (refletida na imutabilidade da sentença) e a boa administração da justiça (refletida na flexibilização da coisa julgada), sua preferência se dá em torno do pólo da segurança jurídica.

Esta opção em torno de uma vinculação ao princípio da *res judicata* justificada pelo caráter quase imutável da decisão jurisdicional e a necessidade de segurança e previsibilidade jurídicas parece ser explicada não apenas pela compreensão da Corte de seu papel como organismo voltado para manter a paz e a segurança internacionais por meio de uma sentença definitiva e obrigatória, como também pelas incertezas diante do uso político do instituto da revisão jurisdicional como instrumento estatal de flexibilização do aspecto negativo da coisa julgada.

5. Referências Bibliográficas

C.I.J., Rec.1985.

C.I.J., Rec. 1992.

C.I.J., Rec. 1996.

C.P.J.I., *Série A/B*, nº 78.

C.P.J.I., *Série B*, nº 9.

Caso da Diferença Fronteiriça Terrestre, Insular e Marítima. Sentença de 18 de dezembro de 2003.

Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia-Herzegovina vs. Iugoslávia), p.9.

Caso Relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Sentença de 3 de fevereiro de 2003.

D.W. BOWETT, “*Res Judicata* and the Limits of rectification of Decisions by International Tribunals”, *Revue africaine de droit international et comparé*, setembro de 1996, T.8, nº 3.

D.W. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, 1975.

E. ZOLLER, “*Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales*”, A.F.D.I., 1978.

G. SCALLE, “*Rapport sur la procédure arbitrale*”, A/CN.4/18, *ACDI*, 1950; vol. II.

L. CONDORELLI, “L’autorité de la décision des juridictions internationales permanentes”, *La Juridiction*.

L. LUCCHINI, “*Le différend entre le Honduras et El Salvador devant la C.I.J., Aspects insulaires et maritimes*”, A.F.D.I., 1992.

L.N.C. BRANT, *L’autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003.

P. LALIVE, “Questions actuelles concernant l’arbitrage international”, I.H.E.I., *Cours 1959-1960*, fasc.II, Paris.

Resolução 47/1 da Assembleia Geral, Nações Unidas, doc. A/RES/47/1.

Resolução 777 do Conselho de Segurança, Nações Unidas, doc. A/55/528 – S/2000/1043.

V.C. de VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1996.

*IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO (ALEMANHA VS. ITÁLIA; INTERVENÇÃO DA GRÉCIA) (3 DE FEVEREIRO DE 2012)*¹

Paula Wojcikiewicz Almeida

1. Introdução

Durante a Segunda Guerra Mundial, forças alemãs ocuparam grande parte do território italiano tendo cometido sérias violações do direito internacional humanitário.² Dentre tais violações figuram os massacres de civis e a deportação de civis e militares para a realização de trabalhos forçados na Alemanha e em seus territórios sob ocupação. Em fevereiro de 1947, os Aliados concluíram um tratado de paz com a Itália que buscou regular as consequências jurídicas e econômicas da guerra e, em 1953, a República Federal da Alemanha adotou uma lei federal outorgando compensação às vítimas nacional-socialistas perseguidas pelo regime nazista.³ Entretanto, diversas demandas de nacionais italianos com base na referida lei restaram infrutíferas em função de seu escopo limitado, cujas brechas eram exploradas de forma a evitar qualquer tipo de compensação.⁴

Posteriormente, em 1965, tal lei sofreu emendas para ampliar seu campo de aplicação, mas permanecia restritiva no sentido de permitir compensações apenas para requerentes que obtiveram status de refugiado em 1º de outubro de 1953. Por esse motivo, os tribunais alemães costumavam denegar requerimentos buscando compensação com base na referida lei por cidadãos italianos. Dois acordos foram concluídos entre a Alemanha e a Itália em 1961 por meio dos quais a Alemanha acordou pagar compensação à Itália e aos cidadãos italianos perseguidos e

¹ Trata-se de uma versão resumida e modificada do artigo da autora originalmente publicado na Revista Direito GV, vol. 12 n. 2, mai-ago 2016, intitulado “Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha c. Itália”.

² Para mais detalhes, vide TOMUSCHAT C. The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 44, número 4, 2011, p. 1107.

³ *Bundesentschädigungsgesetz* (BEG).

⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 23.

diretamente afetados pelas medidas adotadas pelo país durante a guerra. Mais recentemente, em agosto de 2000, foi aprovada uma lei federal prevendo indenização indiretamente para indivíduos submetidos, dentre outros, a trabalhos forçados, com a condição de não serem considerados prisioneiros de guerra. Tal restrição fez com que tribunais alemães excluíssem do benefício cidadãos italianos que teriam sido prisioneiros de guerra, mesmo que tal status não tivesse sido reconhecido pelo Reich alemão.

Tendo em vista tal contexto, Luigi Ferrini, um nacional italiano que foi preso em agosto de 1944 e deportado para a Alemanha, onde ficou detido e foi forçado a trabalhar na indústria de munições até o final da guerra, processou a Alemanha no território italiano, especificamente no Tribunal de *Arezzo*. O caso *Ferrini* representa a primeira vez em que os tribunais italianos abordaram a relação entre a imunidade de um Estado estrangeiro e as normas relativas aos direitos fundamentais.⁵ Após ter julgado pela inadmissibilidade do caso em função da imunidade de jurisdição alemã, a demanda de Ferrini alcançou a jurisdição suprema italiana, a *Corte di Cassazione*. Em julgamento de 11 de março de 2004, tal Corte reconheceu a jurisdição dos tribunais italianos com relação às demandas de indenização ajuizadas contra a Alemanha por Ferrini sob o seguinte fundamento: a imunidade estatal não se aplica caso estejam em jogo atos que constituem um crime internacional.⁶ De fato, dentre os atos perpetrados pelas forças armadas alemãs e outros órgãos do Reich figuram os massacres cometidos contra a população civil e a deportação de civis ou prisioneiros de guerra para a Alemanha com a finalidade de exercer trabalho forçado na indústria de armamentos.

O mesmo fundamento foi utilizado pela Corte de Florença em seu julgamento de fevereiro de 2011, no qual determinou que a Alemanha deveria indenizar Ferrini, pois as regras relativas à imunidade de jurisdição não seriam absolutas e não poderiam ser invocadas por um Estado em caso de atos que constituem crimes perante o direito internacional. O caso *Ferrini* permitiu que uma série de demandas de indenização fossem ajuizadas na Itália por indivíduos em situações similares ou não, abrindo as portas para condenações da Alemanha por violações cometidas durante a guerra contra cidadãos italianos e gregos.

⁵ DE SENA P., DE VITTOR F. State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2005, p. 90.

⁶ *Ferrini c. República Federal da Alemanha*, decisão nº 5044/2004 (*Rivista di diritto internazionale*, Vol. 87, 2004, p. 539; *International Law Reports (ILR)*, Vol. 128, p. 658).

2. A demanda perante a Corte Internacional de Justiça

Com o objetivo de assegurar sua imunidade de jurisdição e evitar a execução das referidas sentenças condenatórias, a Alemanha provocou a Corte Internacional de Justiça (“CIJ”), em 23 de dezembro de 2008. O país argumentou que a Itália não teria respeitado sua imunidade conferida pelo direito internacional por ter julgado pela admissibilidade das demandas civis perante seus tribunais que buscavam reparação pelos danos causados por violações do direito internacional humanitário cometidas pelo Reich alemão durante a Segunda Guerra Mundial, bem como por ter tomado medidas constritivas relacionadas aos bens de propriedade alemã situados no território italiano (*Villa Vigoni*). A Alemanha afirmava igualmente que sua imunidade teria sido desrespeitada pela Itália ao permitir a execução de decisões de cortes civis gregas em situações similares. Por conta de tais medidas, a Itália seria responsável internacionalmente e deveria reparar o prejuízo causado.

Após ter autorizado a intervenção da Grécia na qualidade de Estado não parte e ter reconhecido sua competência com base na cláusula compromissória invocada pela Alemanha, qual seja, o artigo 1º da Convenção Europeia para Solução Pacífica de Controvérsias, a Corte decidiu, por maioria, que a Itália violou imunidade alemã nos termos do direito internacional ao autorizar ações civis perante seus tribunais, ao adotar medidas constritivas com relação aos bens de propriedade da Alemanha e ao executar decisões dos tribunais gregos na Itália com base nos mesmos argumentos. Por meio de tal posicionamento, que causou desapontamento em boa parte da doutrina,⁷ a Corte evitou enfrentar frontalmente

⁷ BORNKAMM C. State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State, *German Law Journal*, v. 13, n. 6, p. 773-782, 2012; WATT H. M. Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice, *Immunités Juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant), du 3 février 2012. Revue critique de droit international privé*, v. 101, n. 3, p. 539-552, 2012; TRAPP K. N.; MILLS A. Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, volume 1, número 1, p. 153-168, 2012.; De Sena P., De Vittor F., op. cit., pp. 89-112; CONFORTI B. The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a missed opportunity, *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI Número?, p. 135-142, 2012; PAVONI R. An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of

o espinhoso conflito envolvendo a imunidade estatal e a violação de normas de *jus cogens*,⁸ rejeitando a ideia de uma exceção emergente à imunidade estatal. Contrariamente, optou por uma postura conservadora e formalista, sem levar em consideração as consequências de sua decisão no que tange ao interesse dos indivíduos prejudicados e, sobretudo, ignorando a erosão progressiva da imunidade que caminha *pari passu* com a limitação da soberania estatal (exigências do acesso à justiça) e a emergência do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional.⁹

Não restam dúvidas de que os crimes cometidos constituem sérias violações do direito internacional humanitário ou do direito internacional aplicável aos conflitos armados à época, tendo ingressado no domínio do *jus cogens*¹⁰. A discussão aqui se refere à extensão da imunidade estatal em casos envolvendo o cometimento de crimes internacionais caracterizados como normas imperativas do direito internacional. A CIJ rejeitou a demanda italiana e grega e afirmou que a imunidade estatal não poderia ser invocada em casos envolvendo a violação de uma norma imperativa do direito internacional ou *jus cogens*. Ambos os Estados consideravam que uma norma imperativa automaticamente afastaria qualquer norma de direito costumeiro hierarquicamente inferior que pudesse prejudicar sua

the State. *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI, número 143, p. 143-159, 2012; ESPÓSITO C. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'a conflict does exist'. *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI, p. 161-174, 2012.

⁸ O conceito de *jus cogens* foi consagrado pela primeira vez em três artigos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (Art. 53, 64 e 71). Uma norma imperativa ou *jus cogens* é definida pela convenção como sendo “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. A jurisprudência internacional estendeu a noção de *jus cogens* que evoluiu de um reconhecimento *a priori* implícito a uma consagração explícita, aplicando-se ao Direito Internacional em geral e não apenas ao domínio restrito do Direito dos Tratados.

⁹ Nesse sentido, vide Bornkamm P. C., op. cit., p. 778.

¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 52. A CIJ pronunciou-se explicitamente com relação à expressão *jus cogens* no caso das Atividades armadas no território do Congo, julgado em 2006 (Corte Internacional de Justiça, *Atividades Armadas no território do Congo* (2002) (República Democrática do Congo c. Rwanda), competência da Corte e admissibilidade do pedido, acórdão de 3 de fevereiro de 2006).

aplicação.¹¹ Haveria conflito entre as normas de *jus cogens*, consubstanciadas nas sérias violações do direito internacional humanitário, e a norma costumeira que conferiria imunidade à Alemanha.

Entretanto, na opinião da Corte, tal conflito não existe, pois as regras acerca da imunidade estatal são de caráter procedimental, relacionando-se ao exercício da jurisdição, enquanto as normas de direito internacional humanitário violadas (proibição de assassinato, deportação e trabalho escravo), que possuem um status de *jus cogens*, são de caráter substantivo.¹² Para sustentar tal argumento, a Corte recorreu ao caso *Atividades armadas*¹³ e ao caso *Mandado de prisão*¹⁴, nos quais considerou que o caráter de *jus cogens* presente nas violações de direito internacional relatadas não possui o condão de conceder jurisdição à Corte ou de afastar a imunidade da qual beneficia um Ministro de Relações Exteriores em função do direito costumeiro internacional.¹⁵ Foram citados ainda precedentes de cortes nacionais e da Corte Europeia de Direitos Humanos, como os casos *Al-Adsani vs. Reino Unido* e *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*.¹⁶

Mesmo que se considerasse a existência de um conflito entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens*, a própria evolução da noção de imunidade em casos como o presente conduz a questionar a decisão da Corte tendo em vista o

¹¹ Conforme prevê o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, qualquer tratado que entrar em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional geral será considerado nulo.

¹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 93.

¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Atividades Armadas no território do Congo* (2002) (República Democrática do Congo vs. Rwanda), competência da Corte e admissibilidade do pedido. Acórdão de 3 de fevereiro de 2006. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 64 e 125.

¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo vs. Bélgica). Acórdão de 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 58 e 78.

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 95.

¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 90-96.

direito internacional contemporâneo. Com efeito, é imperioso ressaltar a necessidade de relativização da imunidade estatal em situações envolvendo violações graves de direitos humanos e de direito humanitário, contrariamente à decisão da maioria. A relativização da imunidade alemã conduziria à admissibilidade das demandas das vítimas buscando compensação perante os tribunais italianos. No entanto, a Corte considerou que não há, atualmente, costume internacional que permite antecipar uma evolução na prática estatal no que tange à imunidade, mesmo em caso de violações graves dos direitos humanos e do direito dos conflitos armados internacionais.¹⁷

Para atingir tal conclusão, e tendo em vista que as regras sobre imunidade estatal decorrem de direito costumeiro, a Corte avaliou a existência de uma prática bem estabelecida e de uma *opinio juris*, elementos constitutivos do costume internacional.¹⁸ Sustenta-se que a análise empreendida pela maioria falha ao desconsiderar a evolução do direito internacional em matéria de imunidade, bem como a inadequação da distinção entre atos de império e de gestão para efeitos de atribuição da imunidade, que caminham paralelamente com a erosão progressiva da soberania estatal em prol dos direitos humanos.

3. O caráter relativo e evolutivo da imunidade estatal

A formação, o desenvolvimento, a interpretação e a aplicação do direito internacional não podem ser dissociados da dimensão intertemporal.¹⁹ A dimensão intertemporal também perpassa a imunidade estatal. A própria evolução de uma

¹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 91.

¹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Plataforma continental do Mar do Norte* (República Federal da Alemanha vs. Dinamarca; República Federal da Alemanha vs. Países Baixos). Acórdão de 20 de fevereiro de 1969. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 77; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Plataforma Continental* (Líbia Árabe Jamahiriya vs. Malta). Acórdão de 21 de março de 1984. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 27.

¹⁹ Opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 5.

abordagem absoluta a uma visão restrita é testemunha da passagem do tempo e das necessidades da sociedade contemporânea.²⁰ De fato, originalmente, o termo “imunidade”²¹ surgiu no final do século XIII, aplicando-se às pessoas da nobreza ou do clero ou proprietários ou estabelecimentos eclesiásticos pelo rei e, posteriormente, pela lei.²² O objetivo era impedir a interferência de um Estado nas atividades de outro Estado e de seus representantes, através de seus tribunais, tendo em vista a soberania dos Estados (*par in parem non habet imperium*).²³ A ideia primordial assentava na cortesia, na dignidade e nas boas relações entre os Estados.²⁴ A imunidade emerge, portanto, da soberania do Estado do foro e não constitui um direito atribuído ao Estado estrangeiro.²⁵ É o Estado territorial que pode renunciar, expressa ou implicitamente, ao exercício de sua jurisdição, sendo que qualquer afirmação em sentido contrário implicaria numa interferência ilegítima na soberania desse Estado.²⁶ Trata-se, portanto, de uma exceção à jurisdição que um Estado normalmente exerceria em seu território.²⁷

Não é um conceito estático, mas ajustável à evolução da sociedade contemporânea, cuja proporcionalidade deverá ser sempre avaliada tendo em vista

²⁰ Como bem aponta McGregor L., "the depiction of immunity as static contradicts the progressively contracting coverage of immunity, precipitated by the evolution of sovereignty" (op. cit., p. 913).

²¹ De acordo com G. Cornu, imunidade decorre do latim *immunitas*, de *munus* "onus" e significa "isenção de encargos" (G. CORNU, Association Henri Capitant (dir.), Vocabulaire Juridique, 8ª edição, 2007, Coll. Quadrige, PUF).

²² KESSEDIAN C. Immunités. *Répertoire Dalloz de droit international*, par. 1, p. 5, junho 2012.

²³ Ibid, par. 2, p. 5

²⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Fogarty vs. Reino Unido*, petição nº 37112/97. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 34. Vide LAUTERPACHT H. The problem of jurisdictional immunities of foreign States. *British Yearbook of International Law*, n. 28, p. 221 e 230, 1951; CASSESE, A. *International Law*. 2ª ed., Oxford:Oxford, 2005, p. 99-100.

²⁵ McGregor L., op. cit., p. 913.

²⁶ Lauterpacht (H.), op. cit., p. 229. Em sentido contrário, vide DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*. 8ª ed., Paris: LGDJ, 2009, p. 495.

²⁷ Opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo vs. Bélgica). Acórdão de 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 71. Vide igualmente opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 166.

o interesse protegido pela norma afetada pela imunidade e os interesses do Estado ao qual a imunidade seria reconhecida.²⁸ Tanto é assim que a regra atualmente consiste na relativização da referida imunidade como um reflexo da evolução das atividades tradicionalmente atribuídas aos Estados a partir do final do século XIX. A prática estatal, sobretudo das cortes italianas e belgas, cunhou a distinção entre atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (*acta jure gestionis* ou *jure privatorum*), atribuindo imunidade apenas aos primeiros.²⁹ Apesar de criticada em função de sua imprecisão,³⁰ tal tendência adquiriu importância crescente após a Primeira Guerra Mundial com o aumento da participação dos Estados em transações comerciais ou privadas. O objetivo à época não era coibir crimes internacionais, mas sim evitar a incidência da imunidade caso o Estado agisse enquanto ente privado.³¹ Nessa linha, convenções e projetos internacionais concretizaram a noção de imunidade relativa.³²

Posteriormente, no início dos anos 1980, notou-se uma reversão da intervenção estatal na economia, havendo a privatização de diversas atividades anteriormente consideradas como tipicamente estatais.³³ Esse processo causou influência direta nas imunidades estatais, havendo um movimento contrário àquele identificado a partir da atuação do Estado no comércio privado. Isso demonstra que a distinção entre atos de império e gestão está sujeita a uma interpretação continuamente mutável que varia de acordo com o momento e reflete as novas prioridades da sociedade.³⁴ Tendo em vista tal realidade, questionou-se se as entidades privadas, que realizam atividades tipicamente estatais, poderiam beneficiar das imunidades reconhecidas aos Estados caso estes

²⁸ Opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 71; Kessedjian C., op. cit., par. 8, p. 6.

²⁹ Vide jurisprudência belga: *Rau, Vanden Abel c. Duruty*, 1879, par. 175 e *Chemin de fer Liégeois-Luxembourg c. Etat néerlandais*, 1903, par. 301-303; e jurisprudência italiana: *Typaldos c. Manicomio di Aversa*, 1886, par. 1492-1493 e *Bey di Tunisi rappresentato da Guttieres c. Elmilik*, 1886, par. 1544-1545.

³⁰ Há dificuldade em definir atos realizados pelo Estado estrangeiro na esfera privada para efeitos de denegação da imunidade. Nesse sentido, vide Cassese A., op. cit., p. 101.

³¹ Opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 168.

³² Vide, por exemplo, a Convenção Europeia sobre a Imunidade Estatal de 1972 e o Projeto de Convenção interamericana sobre as Imunidades jurisdicionais dos Estados de 1983.

³³ Kessedjian C., op. cit., par. 7, p. 6.

³⁴ Opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 72.

exercessem tais funções.³⁵ Ademais, o desenvolvimento da arbitragem internacional nas relações envolvendo os Estados na qualidade de comerciantes contribuiu para a erosão da imunidade de jurisdição.³⁶

Tanto no âmbito público quanto privado, as imunidades estatais tornaram-se cada vez mais flexíveis, ajustando-se à evolução de uma sociedade internacional na qual há maior preocupação com a proteção dos direitos individuais em detrimento do Estado, seja em função do envolvimento do indivíduo em transações comerciais com o Estado, seja na qualidade de vítima de delitos cometidos pelo referido Estado.³⁷ Em 1951, já afirmava Lauterpacht que havia uma tendência crescente desde o final da Primeira Guerra Mundial de se afastar a imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros.³⁸ Isso porque tal doutrina teria se tornado obsoleta e potencial geradora de injustiça no que tange aos direitos individuais.

O direito penal internacional é testemunha de tal evolução, que é marcada pelo exercício da jurisdição extraterritorial do Estado no caso de graves crimes internacionais (competência universal) e pela erosão da imunidade dos representantes estatais quando do cometimento de crimes internacionais de forma a combater a impunidade e assegurar uma maior *accountability*.³⁹ A *raison d'État* cede lugar ao interesse da humanidade de garantir que perpetradores de graves crimes internacionais não permaneçam impunes, moldando assim continuamente

³⁵ Kessedjian C., op. cit., par. 7, p. 6.

³⁶ WATT H. M. Une perspective 'internationaliste-privatiste'. In : VERHOEVEN, J. (dir.). *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation ?*. Paris/Bruxelles: LGDJ/Larcier, 2004, p. 265, nota 4.

³⁷ Opinião dissidente do juiz Yusuf, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 35.

³⁸ Lauterpacht (H.), op. cit., p. 220.

³⁹ Nessa linha, vide opinião separada dos juizes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 73-74 e opinião dissidente do juiz Van Den Wyngaert, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo vs. Bélgica). Acórdão de 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 27-28 e 23. Segundo o juiz, a Corte não leva em conta o desenvolvimento moderno do direito penal internacional no sentido de limitar a imunidade estatal em virtude de maior *accountability*.

a prática da imunidade estatal.⁴⁰ Consequentemente, a imunidade, enquanto exceção no direito internacional costumeiro, não pode ter o mesmo tratamento conferido no passado e afigura-se totalmente inadequada à realidade atual.

Corroborando o argumento a inadequação da distinção entre atos de império e gestão, que foi contingente da necessidade de atuação do Estado enquanto ente privado. Tal distinção nunca foi apropriada para dar conta do problema das imunidades.⁴¹ Isso porque é difícil definir se os atos realizados pelo Estado estrangeiro incluem-se na esfera pública ou privada para efeitos de concessão ou denegação de imunidade. Atualmente, dois critérios são frequentemente utilizados para avaliar se uma conduta constitui *jure imperii*: a natureza do ato em questão e a função que o ato pretende atingir.⁴² No caso presente, ocorreram massacres de civis e deportação de civis e militares para a realização de trabalhos forçados na Alemanha e em seus territórios sob ocupação. Como visto anteriormente, tais atos constituem violações graves do direito internacional humanitário, repercutindo em crime internacional. Tanto a natureza do ato – crimes internacionais – quanto a função ou o objetivo que se pretende atingir não configuram critérios adequados para a qualificação de um ato como sendo tipicamente estatal e, portanto, passível de imunidade.

A inadequação dos referidos critérios leva a questionar se atrocidades militares, cometidas segundo uma política de Estado, entrariam na categoria de atos de império, ou seja, se seriam enquadradas em funções tipicamente estatais. Seriam atos de soberania pelos quais o Estado perpetrador não deve responder perante os tribunais civis de seus pares?⁴³ Evidentemente, não se pode incluir nos atos de império violações de normas imperativas, mesmo quando cometidas por um Estado.⁴⁴ Isso porque o cometimento de crimes internacionais não é função tipicamente estatal, ou seja, não é função naturalmente exercida por um Estado ou

⁴⁰ Opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 75.

⁴¹ Lauterpacht (H.), op. cit., p. 224, 226-227 e 272. Vide opinião dissidente do juiz Yusuf, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 26.

⁴² Cassese A., op. cit., p. 101.

⁴³ WATT H. M. Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles: à propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice, Immunités Juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant), du 3 février 2012. *Revue critique de droit international privé*, v. 101, n. 3, p. 5, 2012.

⁴⁴ A categoria de atos *jure imperii* não pode proteger violações de normas imperativas (Watt H. M., op. cit., p. 10-11).

que apenas um Estado poderia exercer.⁴⁵ Crimes internacionais não são atos de gestão, tampouco atos de império.⁴⁶ Trata-se de um ato contrário ao direito internacional, o que por si só afastaria qualquer alegação de imunidade, como parece constituir tendência na doutrina.⁴⁷ No caso concreto, fala-se em *delicta imperii*, ou seja, um crime internacional cometido em violação de uma norma imperativa, contra o qual não seria possível invocar imunidade.⁴⁸

4. A limitação da imunidade estatal em prol dos direitos individuais

A evolução atual do direito internacional é marcada pelo reconhecimento dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos e deveres emanados do direito internacional. Assim testemunha a evolução do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, do direito internacional dos refugiados e do direito penal internacional.⁴⁹ Não restam dúvidas de que tais considerações devem ser levadas em conta na prática atual referente à imunidade estatal, conduzindo à sua progressiva limitação. Segundo Lauterpacht, a flexibilização da imunidade estatal é essencial em função da expansão das atividades dos Estados e da injustiça resultante da inadmissibilidade das demandas dos indivíduos.⁵⁰

Se a imunidade estatal não é um conceito estático e se encontra atualmente restrita em prol do reconhecimento dos direitos individuais tanto na esfera comercial quanto penal, a mesma ideia se aplica quando da ocorrência de violações graves de direitos humanos e direito internacional humanitário. Ora, se há

⁴⁵ Opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, p. 3, par. 85.

⁴⁶ Vide opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 177, p. 52.

⁴⁷ TRAPP K. N.; MILLS A. Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, volume 1, número 1, p. 153–168, 2012.; Bianchi A. Denying State Immunity to Violators of Human Rights. *Austrian Journal of Public and International Law*, v. 46, 1994, p. 227-228; ORAKHELASHVILI A. State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 5, p. 970, 2007.

⁴⁸ Opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, Corte Internacional de Justiça, par. 184, p. 53.

⁴⁹ Vide opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, Corte Internacional de Justiça, par. 176, p. 51.

⁵⁰ *Ibid*, p. 232 e 235.

imunidade estatal para questões comerciais, por que não haveria para situações ainda mais graves que envolvem violações de normas peremptórias do direito internacional? Considerando-se que a imunidade estatal constitui atualmente direito internacional costumeiro, nada impediria o reconhecimento de uma evolução contínua do direito internacional tendente a fazer progredir a prática da imunidade de forma a adequá-la às necessidades da sociedade contemporânea.⁵¹

O próprio fundamento da imunidade estatal já é questionável. Enquanto alguns sustentam que a imunidade possui origem na dignidade e cortesia entre os Estados, sendo uma exceção à jurisdição que um Estado normalmente exerceria em seu território e não um direito do Estado estrangeiro,⁵² outros argumentam que a imunidade decorre da igualdade soberana dos Estados, tendo sido criada para garantir o respeito da soberania estatal quando seus agentes, sua legislação ou seus bens relacionam-se com a soberania territorial de outro Estado.⁵³ A desconsideração da imunidade, segundo essa última corrente, implicaria em violação da igualdade soberana. Mesmo que assim se considerasse, é incontestável o fato de que a própria ideia de soberania evoluiu através dos tempos.

De fato, após as crises humanitárias que surgiram na década de 1990 sobretudo em Ruanda e nos Bálcãs, houve a necessidade de redefinição da soberania estatal. Soberania implica responsabilidade de proteger a população (*sovereignty as responsibility*) e de agir preventivamente. A comunidade internacional não mais poderia se omitir no caso de graves abusos dos direitos humanos cometidos por Estados soberanos contra seus próprios cidadãos. Isso porque a soberania individual, ou seja, a liberdade fundamental de cada indivíduo, protegida pela Carta da ONU e pelos tratados subsequentes, é progressivamente valorizada tendo em vista o aumento da conscientização dos direitos individuais. Assim, se o Estado não protege sua população, a responsabilidade da comunidade internacional se sobrepõe à não-intervenção. Segundo Kofi Annan, é essencial que a comunidade internacional chegue ao consenso de que violações massivas e sistemáticas de direitos humanos

⁵¹ Opinião separada do juiz Koroma, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 7.

⁵² LAUTERPACHT H. The problem of jurisdictional immunities of foreign States. *British Yearbook of International Law*, n. 28, p. 220-272, 1951.

⁵³ DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*. 8ª ed., Paris: LGDJ, 2009, p. 497.

não devem permanecer impunes. A partir de tais constatações, houve uma aceitação gradual do princípio da Responsabilidade de Proteger por parte da comunidade internacional, substituindo o conceito altamente controverso de “intervenção humanitária”. Os próprios termos do debate foram modificados, de “soberania como controle” para “soberania como responsabilidade”.⁵⁴

Atualmente, entende-se que a soberania estatal deverá estar a serviço dos indivíduos. Um Estado não pode esconder-se por detrás do manto da soberania para cometer ou deixar cometer graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. A erosão progressiva da soberania estatal em prol dos direitos individuais é fenômeno constatado em diversas áreas do direito internacional, sendo igualmente aplicável ao caso presente. Verifica-se, portanto, que a imunidade estatal é atualmente restrita mesmo se fundada na ideia de soberania.

5. Considerações finais

É possível afirmar que a decisão da maioria no caso *Alemanha vs. Itália* não corresponde aos desenvolvimentos do direito internacional contemporâneo por diversas razões. Mesmo havendo embate entre normas de procedimento e substância, a suposta norma procedimental – imunidade estatal – não possui mais o mesmo tratamento conferido no passado. O direito internacional não é estático, mas deve levar em consideração as transformações temporais e a evolução do sistema jurídico. A tese da imunidade absoluta cedeu lugar à imunidade restrita em função de desenvolvimentos jurisprudenciais adaptados a um contexto específico. A jurisprudência cunhou a distinção entre *jure imperii* e *jure gestionis*, que refletia as prioridades da sociedade tendo em vista a atuação do Estado enquanto ente privado. Atualmente, com o reconhecimento e evolução dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito penal internacional, o conceito de imunidade passa por uma reavaliação, já que tem se tornado um potencial gerador de injustiças. A distinção entre atos de império e de gestão tornou-se obsoleta, pois não abarca situações nas quais Estados violam normas imperativas do direito

⁵⁴ Annan K. Two concepts of sovereignty. *The Economist*, 18 de setembro de 1999; vide Peters A. Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence: vers une responsabilité de protéger. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, v. 79, 2002, p. 290–308; Peters A. The Security Council's Responsibility to Protect. *International Organizations Law Review*, v. 8, 2011, p. 5.

internacional. Graves crimes internacionais não podem ser considerados funções tipicamente estatais para integrar a categoria de atos de império.

Com efeito, a imunidade soberana, um conceito desenhado por advogados no século XIX, tem sido empregada por Estados como uma técnica para negar cumprimento de suas obrigações em virtude do direito internacional.⁵⁵ Ora, Estados não podem se esconder por detrás do manto da imunidade para furtar-se ao cumprimento de normas imperativas do direito internacional, no caso concreto, violações graves do direito humanitário. A *raison d'état* perde espaço para o interesse da humanidade de garantir que não haja impunidade no caso de crimes internacionais. Não há como negar que a concessão de imunidade gera impunidade, mesmo que indiretamente. A própria Corte pareceu reconhecer no caso *Alemanha vs. Itália* que as vítimas dificilmente teriam condições de obter seus direitos reconhecidos perante tribunais nacionais. O que se verifica atualmente consiste, sobretudo, na erosão progressiva da soberania estatal em prol dos direitos individuais. Mesmo que a imunidade seja fundada na soberania estatal e não na ideia de cortesia e dignidade das nações, como argumentam alguns autores, a própria ideia de soberania não mais é absoluta, como testemunha a noção de responsabilidade de proteger, fruto de uma interpretação teleológica da Carta da ONU. Soberania implica responsabilidade de proteger a população e não abarca o cometimento de crimes internacionais contra a mesma população que deveria ser protegida pelo Estado territorial.

Se a possibilidade de relativização da imunidade estatal em virtude da violação de normas de *jus cogens* ainda não foi reconhecida por meio do direito positivo internacional, leia-se, pela Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal de 1972 adotada no âmbito do Conselho da Europa (Convenção da Basileia) e pela Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens de 2005, tal fato não impede o reconhecimento de que o direito internacional tem evoluído progressivamente na matéria. Com efeito, os desenvolvimentos recentes do direito internacional remetem ao reconhecimento

⁵⁵ Wilberforce, Address to the Fifty-Eight Conference of the International Law Association, reprinted in International Law Association, Report of the Fifty-Eight Conference 513, 515 (1980), citado por BELSKY A. C.; MERVA M.; ROHT-ARRIAZA N. Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. *California Law Review*, v. 77, n. 2, p. 365, nota 2, 1989: a imunidade soberana “is a concept devised by lawyers in the 19th century [and] is now being used by nations generally as a technique for denying compliance with obligations”.

de uma nova exceção à imunidade estatal, consistente na violação de normas de *jus cogens*. A prática de diversos tribunais começa a dar indícios de um *revirement* jurisprudencial ao afastar a imunidade em situações envolvendo violações graves de direitos humanos e de direito internacional humanitário. Nesse sentido, vale analisar as decisões recentes emitidas por tribunais norte-americanos,⁵⁶ italianos,⁵⁷ gregos,⁵⁸ franceses⁵⁹ e canadenses.⁶⁰

No âmbito regional, diversos casos foram julgados perante a Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da relação entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens*, como os casos *Al-Adsani vs. Reino Unido*,⁶¹ *McElhinney vs. Irlanda*⁶² e

⁵⁶ Diversos julgamentos nos EUA envolveram questões de terrorismo e Direitos Humanos, nos quais foi aplicada a exceção à imunidade estatal prevista no *FSIA (Foreign Sovereign Immunities Act, section 1605 (a)(7))*. A flexibilização da imunidade estatal foi aplicada em diversos casos, sobretudo envolvendo Líbia, Irã, Síria, Cuba, Sudão e Coreia do Norte (Para uma lista de decisões relativas a demandas terroristas no âmbito do FSIA, vide Crowell e Moring, *The Foreign Sovereign Immunities Act, 2008 Year in Review*, pp. 20-21, nota 96.). Vide igualmente o caso *Samantar c. Yousuf* analisado e julgado em sede de recurso pela Corte Suprema dos EUA em junho de 2010, no qual esta considerou que o *FSIA* não se aplicaria a uma eventual imunidade de oficiais estrangeiros (Corte suprema dos EUA, 1º de junho de 2010, *Samantar c. Yousuf*, 660 US_2010). A decisão reforça a tendência de se afastar a imunidade estatal em caso de violações de normas peremptórias do Direito Internacional, tendo sido corroborada por diversos *amicus curiae* submetidos à Corte Suprema (vide KNUCHEL S. State Immunity and the Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, n. 2, p. 149, nota 4, 2011.).

⁵⁷ Vide também o caso *Ferrini* perante a Corte de Cassação italiana de 2004 que deu origem à demanda perante a CIJ (*Ferrini c. República Federal da Alemanha*, decisão nº 5044/2004), bem como o caso *Milde c. Civitella*, envolvendo o massacre na cidade italiana de Civitella também julgado pela referida Corte de Cassação em 2008 e 2009.

⁵⁸ A jurisprudência grega no caso *Distomo* seguiu na mesma linha até o advento da decisão no caso *Margellos*. Para mais detalhes, vide opinião separada do juiz A. A. Cançado Trindade, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 11-20 e 29.

⁵⁹ Recentemente, em 2011, a Corte de Cassação francesa reconheceu que a violação de uma norma de *jus cogens* “pode constituir uma restrição legítima à imunidade de jurisdição” (Civ. 1ª, 9 de março de 2011, nº 09-14.743.). A partir de tal entendimento, é possível que a Corte analise ações civis por violações de normas de *jus cogens*, afastando a imunidade como prerrogativa de soberania do Estado.

⁶⁰ Corte Suprema de Quebec, decisão de 25 de janeiro de 2011, *Kazemi (Estado de) e Hashemi c. Irã, Ayatollah Ali Khamenei e outros*, 2011, QCCS 196.

⁶¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Al-Adsani vs. Reino Unido*, petição nº 35763/97. Acórdão de 21 de novembro de 2001,. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha.⁶³ Apesar da CEDH ainda se resguardar no assunto, algumas decisões tem sido obtidas com uma pequena maioria, tendo os juízes dissidentes frisado a necessidade de limitação da restrição da imunidade estatal em prol de normas imperativas.⁶⁴ Essa tensão permanente indica que a imunidade estatal está em pleno processo de evolução, o que não foi levado em consideração pela Corte em sua decisão no caso ora debatido.⁶⁵

Atuando de forma conservadora, a Corte optou por salvaguardar a estabilidade do sistema internacional, mas assumiu um custo extremamente alto para manter sua posição.⁶⁶ Deixou de avaliar ponderadamente valores concorrentes, ignorando as consequências de sua decisão para a proteção das vítimas de sérias violações de direitos humanos e de direito humanitário que adquiriram o status de *jus cogens*. Apenas expressou surpresa e pesar, perdendo a oportunidade de promover uma interpretação progressista do direito internacional, adaptada à realidade atual.

⁶² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *McElhinney vs. Irlanda*, petição n° 31253/96. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

⁶³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, petição n° 59021/00. Acórdão de 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

⁶⁴ Opinião dissidente dos juízes Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajic, CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Al-Adsani vs. Reino Unido*, petição n° 35763/97. Acórdão de 21 de novembro de 2001,. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 3; Opinião dissidente do juiz Loucaides, CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *McElhinney vs. Irlanda*, petição n° 31253/96. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 3-4; Opinião dissidente dos juízes Caflish, Cabral Barreto e Vajic, CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *McElhinney vs. Irlanda*, petição n° 31253/96. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013, par. 1.

⁶⁵ Opinião dissidente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 130 e seguintes.

⁶⁶ Opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, par. 5.

6. Referências bibliográficas

6.1. Livros e artigos

- BELSKY A. C.; MERVA M.; ROHT-ARRIAZA N. Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. *California Law Review*, v. 77, n. 2, p. 365-415, 1989.
- BIANCHI A. Ferrini v. Federal Republic of Germany. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, p. 242-248, 2005.
- BORNKAMM C. State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State, *German Law Journal*, v. 13, n. 6, p. 773-782, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., *Evolution du droit international au droit des gens - l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I) - General Course on Public International Law, *R.C.A.D.I.*, v. 316, p. 9-439, 2005.
- CASSESE, A. *International Law*. 2ª ed., Oxford:Oxford, 2005.
- CONFORTI B. The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a missed opportunity, *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI Número?, p. 135-142, 2012.
- DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*. 8ª ed., Paris: LGDJ, 2009.
- DE SENA P., DE VITTOR F. State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 89-112, 2005.
- DUNBAR N. C. H. Controversial aspects of sovereign immunity in the case law of some States, *R.C.A.D.I.*, v. 132, p. 197-362, 1971.
- ESPÓSITO C. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'a conflict does exist'. *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI, p. 161-174, 2012.
- KESSEDJIAN C. Immunités. *Répertoire Dalloz de droit international*, p. 1-32, junho 2012.

- KNUCHEL S. State Immunity and the Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, n. 2, p. 149-183, 2011.
- LAUTERPACHT H. The problem of jurisdictional immunities of foreign States. *British Yearbook of International Law*, n. 28, p. 220-272, 1951.
- MCGREGOR L. State Immunity and Jus Cogens. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 2, p. 437-445, 2006.
- ORAKHELASHVILI A. State Immunity and International Public Order. *German Yearbook of International Law*, v. 45, p. 227-267, 2002.
- ORAKHELASHVILI A. State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 5, pp. 955-970, 2007.
- PAVONI R. An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State. *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI, número 143, p. 143-159, 2012.
- PETERS A. Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence: vers une responsabilité de protéger. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, v. 79, 2002, p. 290-308
- SINCLAIR I. The law of sovereign immunity: recent developments. *R.C.A.D.I.*, v. 167, p. 113-284, 1980.
- TOMUSCHAT C. The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 44, número 4, p. 1105-1140, 2011.
- TRAPP K. N.; MILLS A. Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, volume 1, número 1, p. 153-168, 2012.
- TROOBOFF P. D. Foreign state immunity: emerging consensus on principles. *R.C.A.D.I.*, v. 200, p. 235-432, 1986.
- WATT H. M. Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice, Immunités Juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant), du 3 février 2012. *Revue critique de droit international privé*, v. 101, n. 3, p. 539-552, 2012.
- WATT H. M. Une perspective 'internationaliste-privatiste. In : VERHOEVEN, J. (dir.). *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation ?*. Paris/Bruxelles: LGDJ/Larcier, 2004, p. 265-274.

WEISS, A. Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers. *R.C.A.D.I.*, v. 1, p. 521-552, 1923.

6.2. Jurisprudência

6.2.1. Corte Internacional de Justiça

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Plataforma continental do Mar do Norte* (República Federal da Alemanha vs. Dinamarca; República Federal da Alemanha vs. Países Baixos). Acórdão de 20 de fevereiro de 1969. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Plataforma Continental* (Líbia Árabe Jamahiriya vs. Malta). Acórdão de 21 de março de 1984. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo vs. Bélgica). Acórdão de 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de Novembro de 2013.

_____. *Atividades Armadas no território do Congo* (2002) (República Democrática do Congo vs. Rwanda), competência da Corte e admissibilidade do pedido. Acórdão de 3 de fevereiro de 2006. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia). Acórdão de 3 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

6.2.2. Corte Europeia de Direitos Humanos

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite et Kennedy vs. Alemanha*, petição n° 26083/94. Acórdão de 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Beer et Regan vs. Alemanha*, petição n° 28934/95. Acórdão de 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *McElhinney vs. Irlanda*, petição nº 31253/96. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Fogarty vs. Reino Unido*, petição nº 37112/97. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Al-Adsani vs. Reino Unido*, petição nº 35763/97. Acórdão de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, petição nº 59021/00. Acórdão de 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

QUESTÕES RELATIVAS À OBRIGAÇÃO DE PROCESSAR OU EXTRADITAR (BÉLGICA VS. SENEGAL), (20 DE JULHO DE 2012)

Guilherme Del Negro

1. Introdução

A decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica vs. Senegal)*, (doravante, caso “*Bélgica vs. Senegal*”), também conhecido como caso *Habré*, é de grande relevância para uma miríade de temas de direito internacional geral e de direito internacional penal. Sistematizar todas as inovações dessa decisão e todas as críticas a ela dirigidas é uma tarefa difícil, pois a diversidade de questões abordadas faz com que a escolha de um eixo único pareça demasiadamente enviesada. Nesse contexto, ao invés de escolher somente um eixo, optei por sistematizar as conclusões com base em uma dicotomia: ao que parece, a decisão dá espaço para a retração da jurisdição interna e para a expansão da jurisdição internacional. Por um lado, a Corte delimitou uma estrutura frágil de cooperação entre os tribunais internos na aplicação da Convenção contra a Tortura. Por outro lado, aplicou um *ius standi* amplo perante tribunais internacionais, ao reconhecer a existência de obrigações *erga omnes partes* nessa mesma Convenção.

2. Histórico do caso

Os fatos subjacentes ao caso, apresentados nos parágrafos 15 a 41 da decisão, serão exibidos a seguir para que se possa compreender adequadamente a controvérsia que antecedeu e fundamentou a demanda na Corte Internacional de Justiça.

Hissène Habré, Presidente da República do Chade, esteve no poder em seu país por pouco mais de oito anos, assumindo a chefia da nação após a deposição do *Gouvernement d'Union Nationale de Transition*, encabeçado por Goukouni Oueddei, em 7 de junho de 1982. Durante seu governo, foram cometidas várias violações contra direitos humanos em larga escala, como a perseguição, a execução

extrajudicial e o desaparecimento forçado de opositores políticos, que também eram submetidos a atos sistemáticos de tortura. A polícia secreta criada pelo Presidente, a *Direction de la Documentation et de la Sécurité*, possuía mais de mil agentes espalhados pelo território que identificavam os inimigos do regime e que contra eles tomavam as “devidas” providências.¹

Em 2 de dezembro de 1990, após tentativas frustradas por parte de outros grupos, o Movimento Patriótico de Salvação, criado no ano anterior pelo antigo Comandante-chefe das Forças Armadas do Chade, Idriss Déby, invadiu a capital do país e se estabeleceu no governo. Com a deposição, Hissène Habré fugiu para Senegal, onde conseguiu asilo político e se encontra até hoje.²

Em dados levantados pela Comissão da Verdade (*Commission d'Enquête Nationale*), instituída no Chade em 1992, chegou-se à conclusão de que o regime de Hissène Habré produziu “mais de 40.000 vítimas, mais de 80.000 órfãos, mais de 30.000 viúvas, e mais de 200.000 pessoas que, pela repressão política, foram despojadas material ou moralmente”.³

Em janeiro de 2000, sete cidadãos do Chade residindo no Senegal solicitaram investigação penal contra Habré perante o juiz-instrutor do Tribunal de Dakar em razão da comissão de crimes contra a humanidade e de atos de tortura e de barbárie. Após ter sua prisão domiciliar determinada, Hissène Habré recorreu da decisão com base na imunidade penal pelos atos praticados enquanto era chefe de Estado. A Corte de Apelação acolheu o argumento da incompetência em função da imunidade e reverteu a decisão de primeira instância, tendo esse entendimento sido confirmado pela Corte de Cassação, o que interrompeu os procedimentos penais nesse momento.

¹ Ver o Relatório da Anistia Internacional, *Chad: The Habré Legacy*, publicado em 15 de outubro de 2001 (Doc. AFR 20/004/2001). Disponível em: <<http://www.amnesty.org/pt-br/library/asset/AFR20/004/2001/f3d4445c118e/afr200042001en.pdf>>. Último acesso em 18.11.2013.

² Para um panorama mais amplo das reviravoltas políticas e dos conflitos internos ocorridos entre as décadas de 1970 e 1990 no Chade, com especial referência à sua relação conturbada com a Líbia (cujas pretensões, após a investidura de Muammar al-Gaddafi, estendem-se à total incorporação do Chade) e com a França (que temia o avanço Líbio sobre sua ex-colônia, mas recalcitrava no apoio efetivo), ver: AZEVEDO, Mario Joaquim. *Roots of Violence: A History of War in Chad*. Amsterdam: Gordon and Breach Publishers, 1998.

³ Commission d'Enquête Nationale du Ministère Tchadien de la Justice. “Les crimes et détournements de l'ex Président Habré et de ses complices” *apud* Human Rights Watch. Chad: The Victims of Hissène Habré Still Awaiting Justice. *Reports*, v. 17, n. 10(A), julho, 2005.

Entre novembro de 2000 e dezembro de 2001, nacionais belgas de origem chadiana ajuizaram ações na Bélgica contra Hissène Habré por supostas violações contra a Lei Belga sobre a Punição de Violações Sérias de Direito Humanitário (“Lei 1993/1999”) e contra a Convenção contra a Tortura de 1984, vigente sem reservas para o Chade desde 1987. O juiz belga enviou questão ao Chade sobre a imunidade do antigo chefe de governo, sendo informado que a Conferência Nacional de 1993 havia oficialmente levantado a imunidade para qualquer processo. Após retomar a investigação, o juiz belga condenou Habré à revelia, emitindo ordem internacional de prisão e comunicando a decisão ao Senegal em 22 de setembro de 2005, acompanhada de pedido de extradição. No dia 27 do mesmo mês, a Interpol fez circular uma *Red Notice* (difusão vermelha) para a detenção provisória do condenado com fins de extradição. Contudo, a Corte de Apelação de Dakar, ao avaliar o pedido de extradição do governo belga, considerou que esse não poderia ser admitido ante a imunidade jurisdicional do condenado.

No dia seguinte à decisão, a questão foi referida à União Africana. A Assembleia de Chefes de Estado e de Governo considerou que o Senegal deveria tomar todas as providências cabíveis para julgar Hissène Habré em nome da África, contando com o apoio da Organização da Unidade Africana (OUA). As decisões de ambos os órgãos foram comunicadas ao governo belga, o qual considerou que o Senegal continuava violando a obrigação *aut dedere aut judicare* (ou julga ou extradita) constante na Convenção contra a Tortura⁴, que, por se referir à conduta dos Estados-Partes, não era satisfeita pela possível tomada de medidas investigatórias em nível regional.

Em janeiro de 2006, o juiz belga solicitou uma resposta do governo senegalês sobre como este interpretava a comunicação do caso à OUA. Caso o Senegal considerasse que estava desobrigado após a decisão regional de investigar Hissène Habré, a Bélgica tomaria as medidas que julgasse cabíveis – assim sendo, cada um desses Estados interpretaria de maneira contrária o alcance do princípio

⁴ Esse princípio está agasalhado principalmente no artigo 7.1 da Convenção contra a Tortura de 1984. Seu teor, na tradução portuguesa constante no Decreto 40/1991, que promulga esse tratado no Brasil, é: “O Estado Parte no território sob a jurisdição do qual o suposto autor de qualquer dos crimes mencionados no Artigo 4º for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, nos casos contemplados no Artigo 5º, a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado.” Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm>. Último acesso em: 18.11.2013.

aut dedere aut judicare. Em maio de 2006, o Senegal afirmou que o encaminhamento do caso à OUA fora tomado com fundamento naquele mesmo princípio, e que, de forma a se solucionar eventual controvérsia, o Estado belga poderia recorrer à arbitragem, conforme previsão da Convenção contra a Tortura.

Também em maio de 2006, o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura manifestou-se sobre uma comunicação que lhe havia sido referida por vários cidadãos chadianos a respeito de condutas imputadas a Hissène Habré, considerando que o Senegal não tinha adotado as medidas necessárias para cumprir sua obrigação de estabelecer jurisdição sobre os crimes referidos na Convenção contra a Tortura.

Em 2007, houve reformas legislativas no Código Penal e no Código de Processo Penal senegaleses para estabelecer tipos penais referentes a vários crimes previstos em instrumentos internacionais, estabelecendo-se que os tribunais internos poderiam apreciar inclusive atos anteriores à vigência da lei – desde que já fossem contrários a “princípios reconhecidos pela comunidade de nações” – cometidos: (i) no território do Senegal, (ii) por pessoas que estejam no território do Senegal, ou (iii) sempre que as vítimas sejam nacionais desse país.

Após a realização dessas reformas, o Senegal enviou comunicação à Bélgica em maio de 2007 informando-a que havia instituído um grupo de trabalho para buscar a melhor forma de se executar a determinação da OUA para o julgamento de Hissène Habré em nome da África. Em outubro de 2007, outra comunicação foi enviada, para expressar a intenção do Senegal em convocar uma conferência para angariar fundos para o julgamento, à qual a Bélgica também seria convidada. Este Estado ofereceu cooperação judicial àquele, disponibilizado as provas obtidas em suas investigações.

Ante a ausência de novas comunicações por parte do Senegal, e tendo em vista que a notificação enviada em 20 de junho de 2006 – na qual a Bélgica propunha a instituição de procedimento arbitral nos moldes do artigo 30 da Convenção contra a Tortura – não obtivera resposta, este país registrou inicial na Corte Internacional de Justiça em fevereiro de 2009.

Após o registro da inicial, certos fatos que poderiam repercutir sobre a disputa ocorreram. A Corte de Justiça da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental julgou pedido de Habré em novembro de 2010 para reconhecer que seus direitos humanos seriam violados caso um Tribunal senegalês julgasse nova ação penal contra ele, em razão da *res judicata* que já cobrira a decisão da Corte de Cassação. Tal decisão repercutiu sobre as deliberações da OUA, a qual

considerou em janeiro de 2011 que o mandato dado ao Senegal para julgar Habré em nome da África deveria ser agora necessariamente executado por um tribunal instituído internacionalmente. Em sessão de janeiro de 2012, a Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da OUA alertou o Senegal para apreciar o último pedido belga de extradição pendente na Corte de Apelação de Dakar e informou o Estado-Membro da disponibilidade de Ruanda para organizar o julgamento de Hissène Habré em seu território.

3. Os pedidos formulados pelo Governo Belga à Corte Internacional de Justiça

A inicial belga foi ajuizada em 2009 com suporte *(i)* na existência de cláusulas facultativas de jurisdição obrigatória por ambas as partes e *(ii)* na demora superior a dois meses para as partes chegarem a um acordo sobre o formato da arbitragem prevista no artigo 30, parágrafo 1º, da Convenção contra a Tortura.⁵ Nessa peça, a Bélgica pede que a Corte julgue e declare que o Senegal está obrigado a investigar e julgar Hissène Habré pelos atos de tortura e pelos crimes contra a humanidade dos quais seria perpetrador ou partícipe e que, fracassado o julgamento, o Senegal está obrigado a extraditá-lo à Bélgica.

Em sede da apresentação de memorial em 1º de julho de 2010,⁶ a Bélgica reiterou seus pedidos e esclareceu os fundamentos desses. O Senegal teria violado - *(i)* a obrigação de adotar legislação interna que possibilitasse o exercício de jurisdição em conformidade com a Convenção contra a Tortura - (artigo 5º, parágrafo 2º - artigo 5.2), *(ii)* a obrigação de investigar Hissène Habré (artigo 6º, parágrafo 2º - artigo 6.2) e *(iii)* o dever de julgá-lo ou extraditá-lo (artigo 7º, parágrafo 1º - artigo 7.1 - da Convenção contra a Tortura e norma costumeira), as quais não poderiam ser fragilizadas por dificuldades financeiras ou logísticas.

4. O Kompetenz-Kompetenz da CIJ e os limites de apreciação da matéria

A Corte Internacional de Justiça, ao apreciar o pedido belga, somente reconheceu sua jurisdição para as violações referentes ao artigo 6.2 e ao artigo 7.1, ambos da Convenção contra a Tortura. Segundo o Tribunal, as questões referentes à incorporação de disposições no direito interno senegalês já haviam sido

⁵ Vide o parágrafo 1º da decisão.

⁶ Vide o artigo 43, parágrafo 2º, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

resolvidas com as reformas legislativas de 2007, de forma que a violação ao artigo 5.2 já não existia mais ao tempo da aplicação (parágrafos 73 a 77). Contudo, reconheceu que o cumprimento do dever de internalização não ocorreu em tempo hábil, e que a inexistência de disciplina interna poderia acarretar a violação da obrigação de investigar e do dever de julgar ou extraditar. Quanto ao último, a Corte afirmou que, com base na análise da correspondência diplomática e nos termos em que a inicial foi redigida, não havia disputa entre as partes a respeito do caráter consuetudinário do princípio *aut dedere aut judicare* à época em que a inicial foi registrada. Com base na *jurisprudence constante* afirmada desde o caso *Mavrommatis*⁷ – que exige a exteriorização de uma controvérsia entre as partes – negou o exame desse ponto⁸.

Ressalte-se que a decisão da Corte Internacional de Justiça de limitar sua jurisdição (i) a matérias referentes ao conteúdo do princípio *aut dedere aut judicare* e (ii) somente no contexto da Convenção contra a Tortura foi oposta em votos em separado.⁹

O segundo recorte dado pela Corte, que permitiu excluir a apreciação do direito consuetudinário, é bastante criticável, pois: (i) a jurisdição da Corte não fora fundada unicamente em cláusula jurisdicional constante na Convenção contra a Tortura, o que poderia justificar que o exame ficasse adstrito a ela, como também em cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, cujo alcance é amplo; e, (ii) por mais que a questão do caráter consuetudinário desse princípio não estivesse expressamente exteriorizada nas discussões das partes à época, ela era um elemento necessário para a adequada solução do deslinde – já que a existência de norma costumeira poderia instituir um conflito de normas com a disciplina específica da Convenção contra a Tortura.

Mais importante é que, ainda quando a competência da Corte fosse embasada somente na cláusula de jurisdição no tratado, a norma costumeira não poderia ser automaticamente excluída. Como afirmam Beatrice Bonafé e Enzo Cannizzaro, o fato de uma disputa dever ser resolvida com referência a um tratado

⁷ *Concessões Mavrommatis na Palestina (Grécia vs. Grã-Bretanha)*, Julgamento, 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2, parágrafo 11. Data da decisão: 30 de agosto de 1924.

⁸ *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica vs. Senegal)*, Julgamento, ICJ Reports 2012, parágrafos 54 e 55. Data da decisão: 20 de julho de 2012.

⁹ Sobre a crítica à exclusão da matéria consuetudinária, ver o voto em separado do Juiz Abraham. Para a crítica à exclusão da violação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Convenção contra a Tortura, da jurisdição da Corte, ver a declaração do Juiz Owada.

(como no caso de uma cláusula jurisdicional), não significa que outras regras que auxiliam em sua interpretação e aplicação não possam ser tomadas em conta.¹⁰ Essa é a ideia reitora do princípio da integração sistêmica, ao qual a Comissão de Direito Internacional dedicou especial atenção.¹¹

5. A obrigação *aut dedere aut judicare* e a questão dos dois pesos

Nos parágrafos 89 a 91 da decisão, a Corte Internacional de Justiça apreciou a natureza da obrigação *aut dedere aut judicare* na Convenção contra a Tortura.¹² Segundo o aresto, (i) há uma opção clara na Convenção no sentido de prevenir que suspeitos consigam se isentar das consequências decorrentes da responsabilidade criminal comprovada e (ii) optou-se nesse instrumento pelo reforço dos sistemas judiciais de cada signatário para perseguirem suspeitos que se localizem em seu território, ao invés de se criar uma instância internacional competente. A responsabilização depende das instituições internas para incorporarem legislação, iniciarem investigações e apreciarem as ações penais, atuando com autonomia em um marco legislativo que concretize satisfatoriamente as obrigações convencionais.

Em seguida, a Corte Internacional de Justiça abordou o significado da obrigação *aut dedere aut judicare* na Convenção contra a Tortura¹³. Nesse contexto, os artigos 6.2. e 7.1. instituem uma obrigação bifásica para todos os Estados-Membros. Em um primeiro momento, quando haja a notícia de que um suspeito está localizado no território de um signatário, as autoridades competentes desse Estado devem proceder à averiguação preliminar sobre as condutas que a ele se atribuem e então submeter o caso àqueles que possam iniciar a investigação penal. Em um segundo momento, a autoridade competente deve dar seguimento à

¹⁰ CANNIZZARO, Enzo; BONAFÉ, Beatrice. Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, pp. 494-497.

¹¹ Sobre a aplicação do princípio da integração sistêmica às cláusulas jurisdicionais, ver: Nações Unidas. *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law*. UN Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth session, Supplement No. 10, UN Doc. A/CN.4/L.682, parágrafo 423.

¹² Relembrando-se que a Corte, ao delimitar a matéria objeto de seu conhecimento, excluiu qualquer exame sobre os limites do *aut dedere aut judicare* como regra costumeira.

¹³ *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica vs. Senegal)*, Julgamento, ICJ Reports 2012, parágrafos 92 a 95. Data da decisão: 20 de julho de 2012.

persecução penal,¹⁴ se não optar pela extradição. O pedido de extradição sempre se configura no mínimo como uma notícia sobre a presença do suspeito no território em questão, a qual desencadeia a obrigação de investigar. Entretanto, fica a cargo do Estado solicitado acatar ou não a extradição. Em observando o pedido, se desincumbe da obrigação de movimentar a persecução penal daquele sujeito.

O racional antes detalhado, o qual concede pesos diferenciados ao julgamento e à extradição, é sintetizado pela expressão “a extradição é uma opção oferecida ao Estado pela Convenção, enquanto a persecução é uma obrigação internacional do Estado na Convenção”.¹⁵ Essa questão é também explorada nos votos em separado do Juiz Yusuf e na declaração do Juiz Donoghue, nos quais outras discussões a respeito da configuração desse princípio são avançadas.

Em seu voto, o Juiz Yusuf examina alguns tratados internacionais para concluir que a fórmula *aut dedere aut judicare* recebe, nos instrumentos em exame, duas possíveis disciplinas. As partes podem convencionar “(a) cláusulas que impõem uma obrigação de extraditar, nas quais o julgamento somente é obrigatório após a recusa de extradição; [ou] (b) cláusulas que impõem o dever de julgar, somente sendo a extradição uma opção aberta às partes”.¹⁶ Nesse contexto, o artigo 7.1. da Convenção contra a Tortura, ao exigir a persecução penal no Estado em cujo território se encontre o suspeito, concede predileção total ao julgar (*judicare*) em detrimento do extraditar (*dedere*), o que permite que essa cláusula seja enquadrada na segunda categoria¹⁷ antes referida.¹⁸

Por sua vez, o Juiz Donoghue afirma que:

¹⁴ Quando isso for cabível, como explicita o parágrafo 90 da decisão *supra*.

¹⁵ Vide o parágrafo 95 da decisão.

¹⁶ Vide o parágrafo 19 do voto em separado do Juiz Yusuf. Original em inglês: “(a) clauses that impose an obligation to extradite, and in which prosecution becomes an obligation only after the refusal of extradition; and (b) clauses that impose an obligation to prosecute, with extradition being an option available to the State” Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17074.pdf>.

¹⁷ Na segunda categoria, o Juiz Yusuf observa que, além das cláusulas que tratam sobre a facultatividade da extradição, também há cláusulas que concedem a essa um caráter de obrigação subsidiária, nascente quando o Estado falhe no julgamento – e que ambas as categorias não teriam diferenças significativas. Contudo, não é adequado equacionar uma faculdade com uma obrigação subsidiária. Como explicado a seguir, há entre elas uma diferença de exigibilidade. Enquanto a primeira (faculdade de extraditar) não autoriza qualquer sindicabilidade em juízo da extradição, a segunda (obrigação subsidiária de extraditar) dá azo à obtenção de um provimento judicial nesse sentido.

¹⁸ Vide o parágrafo 22 do voto em separado do Juiz Yusuf.

Está claro a partir do texto que a persecução penal e a extradição não estão em pé de igualdade. [...] A opção de extraditar, ao invés de submeter à persecução, é um componente essencial no mecanismo anti-impunidade da Convenção; há muitas circunstâncias em que a extradição pode ser o meio mais efetivo de trazer um suposto comitente à Justiça. Contudo, a extradição não é requerida por essa previsão nem por nenhuma outra na Convenção.¹⁹

O fato de a extradição ser uma simples faculdade do Estado soberano na Convenção contra a Tortura desencadeia duas consequências jurídicas sobre o direito da responsabilidade internacional. Em primeiro lugar, o enquadramento da extradição como mera faculdade leva à conclusão de que a opção pela não extradição somente traz um ônus, mas nunca a violação de uma obrigação internacional. Quando a parte não recorre à extradição, seu ônus é o dever de julgar; mas a não extradição não desencadeia a responsabilização internacional.²⁰ A segunda consequência diz respeito à possibilidade de se recorrer a mecanismos de solução de controvérsias para se exigir a extradição. A configuração da extradição como uma faculdade faz com que ela seja juridicamente insindicável no contexto da Convenção contra a Tortura. Quando uma parte se negue a avaliar o pedido de extradição de outra parte, nenhum órgão judicial ou corpo de arbitragem poderá determinar que ela o faça, pois não há direito tutelado.

Muito embora a Corte Internacional de Justiça tenha se isentado da discussão sobre o caráter consuetudinário do *aut dedere aut judicare*, a solução a que o Tribunal chega reduz significativamente o escopo de eventual regra costumeira.²¹ Afinal, ao partir da premissa de que os limites da faculdade ou da

¹⁹ Vide o parágrafo 4º da declaração do Juiz Donoghue. Original em inglês: “[...] it is clear that prosecution and extradition are not on equal footing. [...] The option of extradition in lieu of submission to prosecution is an important component of the anti-impunity provisions of the Convention; there are many circumstances in which extradition might be the more effective means of bringing an alleged offender to justice. Nonetheless, extradition is not required by this provision nor by any other provision of the Convention”. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17078.pdf>.

²⁰ Vide o artigo 2º, item b, do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos (2001).

²¹ A Comissão de Direito Internacional se dedica atualmente a estudar os limites dessa obrigação no direito costumeiro. Neste ano (2013), o Grupo de Trabalho sobre a obrigação de extraditar ou julgar fez sete reuniões em 8, 14, 16 e 28 de maio, em 5 de junho e em 18 e 24 de julho para discutir a decisão da Corte Internacional de Justiça no tema. As conclusões ainda não foram publicadas.

obrigação de extraditar devem ser examinados caso a caso, de acordo com a interpretação de cada tratado, o Tribunal esvazia a utilidade do *aut dedere aut judicare* como regra geral. De mais a mais, a constatação do Juiz Yusuf (*i*) de que há uma prática extremamente variada na definição da relação entre a extradição e o julgamento e (*ii*) de que a extradição é em muitos casos uma simples faculdade dificulta a configuração da obrigação de extraditar como um costume internacional.

Ao examinar o caso concreto, a Corte se limitou a reconhecer que a obrigação de investigar e de processar não foi adequadamente cumprida pelo Senegal, pois dificuldades financeiras ou logísticas não seriam suficientes para isentá-lo. A obrigação se estende somente aos Estados signatários e qualquer demora por parte da Organização da União Africana não afeta as obrigações do Estado senegalês²².

6. A interpretação da Corte sobre a facultatividade da extradição é realmente defensável?

Além da saída encontrada para não avaliar o costume internacional, também é questionável a leitura que a Corte Internacional de Justiça dá aos artigos 6.2 e 7.1 da Convenção contra a Tortura.

O artigo 7.1. da Convenção contra a Tortura, no qual se estipula a relação entre o julgamento e a extradição, segue a fórmula da Convenção da Haia de 1970 para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves. Ambas incluem a cláusula genérica “se não extraditar... obrigar-se-á a processar”²³, que é inconclusiva pela interpretação textual. A estrutura condicional não deixa claro se o “se não extraditar” significa: (*i*) o não acatamento de um pedido de extradição já recebido; ou (*ii*) toda situação em que não há a extradição, ainda quando inexistir pedido de extradição. Com base no segundo significado, Raphaël van Steenberghe afirma que a decisão da Corte Internacional de Justiça, a partir da interpretação literal, também poderia perfeitamente levar ao enquadramento da cláusula em sentido

²² *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica vs. Senegal)*, Julgamento, ICJ Reports 2012, parágrafo 112. Data da decisão: 20 de julho de 2012.

²³ Original em inglês: “*if it does not extradite... it shall prosecute*”.

diametralmente oposto: como uma situação de prioridade da extradição sobre o julgamento.²⁴

Tampouco a interpretação sistemática com o artigo 6.2. dá maiores respostas, como a Corte Internacional de Justiça pretende demonstrar. O fato de existir um dever inicial de investigação para o Estado no qual se encontra o suposto autor não leva imediatamente à constatação de que a Convenção contra a Tortura dá preferência ao julgamento em detrimento da extradição.

Está-se, portanto, no campo da interpretação teleológica. E, nesse ponto, não parece que a interpretação dada pela Corte Internacional de Justiça à obrigação de extraditar esteja mais bem adequada aos objetivos da Convenção, elencados pelo Tribunal nos artigos 89 a 91 da decisão. Preferiu-se dar prevalência a uma questão instrumental na Convenção contra a Tortura, que é a garantia de independência dos judiciários internos, ao invés de se assegurar uma das causas finais desse tratado, que é a penalização daqueles que tenham cometido tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos em qualquer lugar.

A interpretação que dá prevalência ao valor instrumental possibilita a impunidade, esvaziando o mecanismo de cooperação.²⁵ Em primeiro lugar, em não sendo possível impor a extradição até em condições limítrofes, fica reforçada a posição dos Estados que não pretendam julgar criminosos internacionais (*safe havens*)²⁶. Em segundo lugar, os Estados nos quais o criminoso não esteja localizado têm menos incentivos para iniciar uma investigação criminal, já que, depois de despenderem recursos humanos e financeiros para realizar julgamentos, não terão garantias de que suas decisões serão cumpridas.

²⁴ Ver VAN STEENBERGHE, Raphaël. The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature. *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, n. 5, 2011, pp. 1111-1112.

²⁵ É o que André Nollkaemper também quer dar a entender quando afirma que a emergência de uma obrigação absoluta de perseguir por parte do Estado da custódia pode levar ao resultado paradoxal de maior impunidade. Vide NOLLKAEMPER, André. Wither Aut Dedere? The Obligation to Extradite or Prosecute after the ICJ's Judgment in Belgium v Senegal. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 4, n. 3, 2013, pp. 501-519.

²⁶ A expressão *safe haven* é utilizada para caracterizar um Estado que alberga fugitivos no qual há vácuos legais ou políticos que garantem a impunidade desses. Para uma aplicação recente desse conceito, ver a série de relatórios "No Safe Havens" lançada pela Anistia Internacional, como, por exemplo, o Relatório sobre a Situação em Vanuatu. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA44/001/2012/en/5c81f032-225f-4201-8b8f-27eb64c025bf/asa440012012en.pdf>>. Último acesso em 18.11.2013.

De forma a se evitar tais problemas, parece que a interpretação mais adequada ao objetivo de assegurar a eficácia das normas sancionatórias penais contidas na Convenção contra a Tortura, garantindo a independência estatal até o momento em que a autonomia judicial não prejudique a finalidade do tratado, é a interpretação proposta pelo Estado belga, que caracteriza a extradição como um dever subsidiário, quando o Estado demandado esteja retardando o julgamento sem justificativa plausível. Essa também parece ser a interpretação mais natural para o princípio *aut dedere, aut judicare*: se não extradita, deve julgar; se não julga, deve extraditar – sem que haja uma hierarquia pré-estabelecida entre o julgar e o extraditar.

7. A rápida referência à jurisdição universal

A Corte Internacional de Justiça, após definir que a extradição é uma simples faculdade do país requerido no regime da Convenção contra a Tortura, desincumbiu-se de apreciar a viabilidade do pedido de extradição formulado pelo Estado belga. Contudo, ainda que não fosse necessário, o Tribunal forneceu os elementos para se avaliar a legalidade do pedido belga, no parágrafo 120 da decisão, assim redigido:

120. A finalidade desses dispositivos convencionais é prevenir que os supostos perpetradores de atos de tortura saiam impunes, ao assegurar que eles não encontrarão refúgio em nenhum Estado-Membro. O Estado em cujo território o suspeito se encontra tem efetivamente a opção de extraditá-lo para o país que fez o pedido, com a condição de que esse seja um Estado que, nos termos do artigo cinco da Convenção, tenha jurisdição para processá-lo e julgá-lo.²⁷

A redação do precitado artigo 5º da Convenção contra a Tortura é a seguinte:

²⁷ Original em inglês: “120. The purpose of these treaty provisions is to prevent alleged perpetrators of acts of torture from going unpunished, by ensuring that they cannot find refuge in any State Party. The State in whose territory the suspect is present does indeed have the option of extraditing him to a country which has made such a request, but on the condition that it is to a State which has jurisdiction in some capacity, pursuant to Article 5 of the Convention, to prosecute and try him.”

ARTIGO 5º

1. Cada Estado-Parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no Artigo 4º nos seguintes casos: a) quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão; b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão; c) quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado.

2. Cada Estado-Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não extradite de acordo com o Artigo 8º para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente Artigo.

3. Esta Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno.

Consta nos parágrafos 64 e 65 da decisão que o Estado belga fundamentava seu pedido de extradição, nos termos do artigo 5º, exclusivamente na nacionalidade das vítimas; no entanto, a Corte também afirma que elas só haviam adquirido a nacionalidade belga após Hissène Habré ter sido deposto.

Combinando as observações da Corte Internacional de Justiça nos parágrafos 64, 65 e 120, pode-se concluir – ainda que a CIJ não o tenha dito expressamente – que a Bélgica não poderia solicitar a extradição, pois ausentes os requisitos que lhe permitiriam processar e julgar o acusado. Assim, ao abordar a nacionalidade dos requerentes, e ao referir-se às hipóteses do artigo 5º da Convenção, a Corte opta por limitar a extradição àqueles países que satisfaçam os “contatos mínimos” com a violação.

Tendo em vista que, no parágrafo 99 da decisão, a Corte Internacional de Justiça²⁸ reconhece expressamente que a proibição da tortura é norma *jus cogens*, também é possível vislumbrar outra conclusão. A CIJ, (i) ao reconhecer que a proibição da tortura é norma *jus cogens* e (ii) ao negar que um Estado que não tenha contatos mínimos (nos termos do artigo 5º da Convenção contra a Tortura) possa solicitar a extradição, dá indícios de não aceitar a tese da jurisdição universal

²⁸ A referência ao *jus cogens* é outra demonstração da argumentação seletiva da Corte. Muito embora esse Tribunal tivesse afirmado que não conheceria de matéria estranha ao tratado, isso não a impediu de trazer à tona a natureza *jus cogens* da norma, quando lhe convinha repisar a existência de um interesse comum na persecução penal.

absoluta (possibilidade de qualquer país, independentemente de qualquer contato com a vítima, com o episódio ou com o suspeito, poder processar e julgar aquele que pratica crimes contra valores essenciais da comunidade internacional). Da decisão da Corte somente fica clara a aceitação da jurisdição universal condicionada (que difere da absoluta por depender da presença do suspeito no território), da jurisdição territorial (pelo local em que o crime foi praticado) e da jurisdição extraterritorial pela nacionalidade da vítima ou do autor.²⁹ E, entre essas, somente é obrigatória na Convenção contra a Tortura a jurisdição universal condicionada, por parte do Estado da custódia.

8. Por um lado: restringindo a jurisdição dos tribunais internos [...]

Em relação aos tribunais internos, as repercussões da decisão no caso *Bélgica vs. Senegal* são duas: (i) a possibilidade de tratados estipularem que a extradição é uma simples faculdade, juridicamente insindicável; e (ii) o aparente reforço³⁰ do entendimento da Corte Internacional de Justiça quanto à necessidade dos pontos de contato para o exercício da jurisdição universal (jurisdição universal condicionada).³¹

É inequívoco que, dentro das amplas possibilidades que muitos juristas antes vislumbravam e ainda vislumbram para a cooperação entre os tribunais

²⁹ Para todas as categorias antes citadas, ver: CASSESE, Antonio. When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case. *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 4, 2002, p. 856. Para uma abordagem inicial sobre a jurisdição universal, ver: O'KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 3, 2004, p. 745

³⁰ Tendo em vista que o caso de Certos Procedimentos Criminais na França (República do Congo vs. França) foi encerrado a pedido do demandante, a legalidade da jurisdição universal e os limites de seu exercício são questões que ainda não foram objeto de manifestação definitiva por parte da Corte Internacional de Justiça. Contudo, consta em alguns votos em separado no caso do Mandado de Prisão de 14 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica), clara oposição à jurisdição universal à revelia e à jurisdição universal sem “contatos mínimos” - a título de violação ao direito internacional. Não por acaso, pouco mais de um ano após a decisão, o governo belga decidiu reformar sua legislação interna de forma: (i) a limitar a jurisdição universal segundo a doutrina dos “contatos mínimos” e (ii) a exigir procedimento mais rigoroso para o julgamento à revelia nessas hipóteses. Vide INAZUMI, Mitsue. *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Utrecht: Intersentia, 2005, pp. 96-97.

³¹ CASSESE, Antonio. *Op. cit.*

internos de modo a satisfazer pretensões internacionais (ainda mais relevantes no cenário de violação ao *jus cogens*), a decisão representa uma leitura significativamente restritiva.

O mecanismo de cooperação judicial entre tribunais internos da Convenção contra a Tortura perde utilidade com a leitura restritiva proposta pela Corte, que previu a jurisdição universal condicionada e que deu excessiva relevância ao Estado em cujo território o suspeito se encontra.³² Por um lado, a facultatividade da extradição faz com que: (i) inexista mecanismo suplementar que assegure a retirada do suspeito de um Estado que o resguarde e (ii) Estados que tenham interesse na situação não encontrem estímulos para investigar e julgar acusados que se encontrem fora de seu território. Por outro lado, o não reconhecimento da jurisdição universal absoluta reduz significativamente o número de Estados que podem atuar decisivamente na persecução do suposto autor, já que só poderão julgá-lo aqueles que tenham “contatos mínimos” com a situação.

9. As obrigações erga omnes partes

Para além do exame da norma *aut dedere aut judicare* no contexto da Convenção contra a Tortura, outra grande inovação da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Bélgica vs. Senegal* é a qualificação dos deveres de investigar e processar constantes na Convenção contra a Tortura como obrigações *erga omnes partes*, nos parágrafos 68 e 69 da decisão. É a redação do primeiro:

68. Como está expresso no seu preâmbulo, o objeto e a finalidade da Convenção é ‘fazer mais efetivo o combate da tortura... por todo o mundo’. Os Estados-Partes da Convenção têm um interesse comum em assegurar, em vista dos valores por eles compartilhados, que os atos de tortura sejam prevenidos e, se eles ocorrerem, que seus autores não fiquem impunes. As obrigações dos Estados-Partes de conduzir uma investigação preliminar dos fatos e de submeter o caso às autoridades competentes para a persecução penal são ativadas pela presença do suposto autor em seu território, independentemente da nacionalidade do ofensor ou das vítimas, ou do local em que as supostas ofensas ocorreram. Todos os outros Estados-Partes têm um interesse comum em que o Estado em cujo território o

³² Ver MORRISON, D.; WEINER, J. Curbing Enthusiasm for Universal Jurisdiction. *Berkeley Journal of International Law: Publicist*, v. 4, n.1, 2010, p. 4.

suposto autor esteja presente cumpra essas obrigações. O interesse comum implica que as obrigações em questão são devidas por qualquer Estado-Parte a todos os outros Estados-Partes na Convenção. Todos os Estados-Partes ‘possuem um interesse jurídico’ na proteção dos direitos envolvidos (Barcelona Traction, Companhia de Luz e Energia, Limitada, Julgamento, I.C.J. Reports 1970, p. 32, parágrafo 33). Essas obrigações podem ser definidas como ‘obrigações erga omnes partes’ no sentido de cada Estado-Parte ter interesse em seu cumprimento em qualquer caso. Nesse respeito, os dispositivos relevantes da Convenção contra a Tortura são similares àqueles da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, sobre a qual a Corte já observou que:

‘Em tal Convenção os contratantes não possuem nenhum interesse próprio; eles somente possuem, cada um e todos eles, um interesse comum, a saber, o atendimento dessas relevantes finalidades que são a razão de ser da Convenção.’ (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Opinião Consultiva, I.C.J. Reports 1951, p. 23)³³ (ênfase adicionada).

³³ Original em inglês: “68. As stated in its Preamble, the object and purpose of the Convention is ‘to make more effective the struggle against torture . . . throughout the world’. The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties ‘have a legal interest’ in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as ‘obligations *erga omnes partes*’ in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. In this respect, the relevant provisions of the Convention against Torture are similar to those of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, with regard to which the Court observed that ‘In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d’être* of the Convention.’ (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.)”

O conceito de obrigações *erga omnes partes*, assim como o conceito de obrigações *erga omnes*, representa uma expansão do modelo tradicional de direito internacional de ordem estritamente bilateral. A relação entre o dano efetivo e o interesse jurídico, a possibilidade de qualquer revogação bilateral e a autorização de retaliação da ordem do *quid pro quo*,³⁴ elementos para os quais somente se levava em conta um feixe de obrigações entre dois sujeitos, são então superados. As obrigações *erga omnes partes* e *erga omnes* instituem um contexto em que, para além do Estado diretamente prejudicado, a obrigação é devida a um grupo. Todos os seus integrantes podem acionar o violador, mas nenhum deles tem direito a retaliar individualmente na mesma moeda. Tem-se, assim, uma verdadeira coletivização de interesses.

James Crawford, no Terceiro Relatório à Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade dos Estados, consignou que as consequências que advêm da existência de obrigações *erga omnes* ou de obrigações *erga omnes partes* são idênticas (não há diferença de grau entre essas obrigações). Essas modalidades só se distinguem por suas origens e por seu alcance: as primeiras derivam do direito internacional geral como um compromisso da comunidade internacional em relação a um determinado valor – e, assim, vinculam todo e qualquer Estado – e as segundas derivam de um tratado multilateral no qual se institui de maneira expressa um interesse comum a todos os Estados-Partes – e, assim, vinculam indistintamente todos os Estados-Partes.³⁵

A doutrina da semelhança de grau, acolhida por James Crawford, equivale também à rejeição de que as obrigações *erga omnes* coincidem com o *jus cogens*. Trata-se de opinião majoritária na doutrina, segundo a qual o *jus cogens* depende não somente do reconhecimento de que um interesse é compartilhado por toda a comunidade internacional, mas também de que se trata de um valor fundamental e imprescindível para essa comunidade. É inegável, como também o reconhece James Crawford, que, atualmente, a maioria das normas que estabelecem

³⁴ Ver MALM, Per. *State Responsibility in relation to Transboundary Environmental Damage*. Dissertação de mestrado, Universidade de Lund, 2007, pp. 19-23. Também: NAÇÕES UNIDAS. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law, *UN Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/CN.4/L.682, p. 193-198.

³⁵ Nações Unidas. Third report of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford. *52nd Session of the ILC (2000)*. UN Doc. A/CN.4/507, p. 41, parágrafo 92. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/345/10/PDF/N0034510.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18.11.2013.

obrigações *erga omnes* coincide com normas que são *jus cogens* – de modo que, no caso *Barcelona Traction*, dá-se como exemplos de obrigações *erga omnes* normas que são também *jus cogens*. Isso, contudo, não inviabiliza a anterior constatação quanto à relação entre as normas *jus cogens* e as normas que estabelecem obrigações *erga omnes* – todas as normas *jus cogens* instituem obrigações *erga omnes*, mas o inverso não é verdadeiro. É importante reiterar, mesmo que de forma cansativa, que a coincidência ou não das obrigações *erga omnes* com o *jus cogens* é questão que não conta ainda com solução definitiva, no que alguns autores defendem a coincidência entre o *jus cogens* e as normas que instituem obrigações *erga omnes*³⁶.

A decisão da Corte Internacional de Justiça parece confirmar as lições de James Crawford. É nesse sentido que: (i) para comprovar a estipulação expressa de um interesse comum, a Corte invocou o preâmbulo da Convenção contra a Tortura, no qual consta que o objeto e a finalidade desse instrumento é “tornar mais eficaz a luta contra a tortura... em todo o mundo³⁷” e (ii) a Corte tenha limitado as obrigações *erga omnes partes* àquelas instituídas entre os Estados-Partes de um tratado.³⁸

Além disso, no contexto da semelhança de grau, tampouco há qualquer problema no fato de a Corte Internacional de Justiça ter citado o caso *Barcelona Traction* ao tratar do interesse jurídico dos Estados-Partes. Muito embora aquele caso se refira às obrigações *erga omnes*, não há diferença hierárquica dessas em relação às obrigações *erga omnes partes*, mas somente de alcance e de origem.

Dessa forma, com o conceito de obrigações *erga omnes partes*, admite-se que os Estados-Partes possam estabelecer interesses comuns também por via de tratados, de maneira a instituir mecanismos de cooperação que estejam além de simples feixes de relações bilaterais.

A invocação das obrigações *erga omnes partes* pela Corte Internacional de Justiça é extremamente meritória, por trazer à tona a necessidade de se discutir

³⁶ Vide, por exemplo: PAUWELYN, Joost. A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? *European Journal of International Law*, Vol. 14, n. 5, 2003, p. 923.

³⁷ Essa é a redação da tradução constante no já referido Decreto 40/1991, que promulga a Convenção contra a Tortura de 1984 em nosso país.

³⁸ O uso da expressão *erga omnes partes* não é inocente. Como, no caso, a Corte negou sua jurisdição sobre questões referentes ao costume internacional, ela não poderia mencionar as obrigações *erga omnes*.

esse conceito na doutrina internacionalista mais ampla. Antes da decisão no caso *Bélgica vs. Senegal*, essa expressão somente havia aparecido em tribunais internacionais pela construtiva insistência do então Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, que, desde o voto fundamentado no caso *Las Palmeras*,³⁹ reiterou várias vezes que o dever geral de garantia previsto no artigo 1(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como os mecanismos de supervisão instituídos em qualquer tratado de direitos humanos, seriam obrigações *erga omnes partes*.

10. *O ius standi ampliado*

A importância da noção de obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes* se dá principalmente no campo da responsabilidade internacional dos Estados. Tais conceitos são, antes de qualquer coisa, de natureza procedimental,⁴⁰ pois definem a existência de um interesse dos Estados no cumprimento de determinadas obrigações, independentemente do fato de serem Estados diretamente afetados pelo descumprimento.⁴¹ Dessa forma, as obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes* alteram o ônus da prova: não o dano, mas a natureza da obrigação.

Essas questões já estão consolidadas no artigo 48.1 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos (2001), que, embora não faça a distinção expressamente, trata das obrigações *erga omnes partes* no item (a) e das *erga omnes* no item (b). Veja-se:

1. *Qualquer Estado que não o Estado prejudicado pode invocar a responsabilidade de outro [...] se:*

³⁹ Ver os parágrafos 11 a 14 do voto. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Las Palmeras vs. Colômbia (Exceções Preliminares)*, Série C, No. 67. Data da decisão: 4 de Fevereiro de 2000.

⁴⁰ Sobre a utilidade em se identificar uma obrigação como *erga omnes*, ver: HAUGEN, Hans Morten. The Nature of Social Human Rights Treaties and Standard-Setting WTO Treaties: A Question of Hierarchy? *Nordic Journal of International Law*, v. 76, n. 4, 2007, pp. 452-453.

⁴¹ Há também repercussões no campo do direito dos tratados (suspensão e terminação), como muito bem explica Linos-Alexander Sicilianos. Tais questões, porém, não são importantes para a discussão da presente decisão, e, por isso, não as abordaremos agora. Ver: SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 5, 2002, pp. 1127-1143.

- (a) *A obrigação violada é devida a um grupo de Estados incluindo aquele Estado [o prejudicado], e é estabelecida para a proteção de um interesse coletivo desse grupo; ou*
- (b) *A obrigação violada é devida à comunidade internacional como um todo.*⁴²

A Corte Internacional de Justiça, nos casos em que havia tratado das obrigações *erga omnes*, ainda não as havia aplicado de forma a permitir que um Estado que não o prejudicado pudesse ter acesso à jurisdição da Corte. No primeiro caso em que tais obrigações foram levantadas, o caso *Barcelona Traction*, a CIJ reconheceu que as obrigações em questão (proteção de investimento estrangeiro) não possuíam caráter *erga omnes*, tratando-se de mera proteção diplomática⁴³. No caso do *Timor Leste*, a Corte Internacional de Justiça não exerceu sua jurisdição pelo fato de um dos Estados supostamente envolvidos (a Indonésia) não aceitar sua jurisdição, de maneira que sua decisão não poderia se projetar sobre terceiro.⁴⁴ Na Opinião Consultiva do *Muro*, não houve qualquer referência ao *ius standi*, mas somente ao dever geral de todos os Estados não reconhecerem nem darem apoio aos atos ilícitos israelenses, que violariam o *jus cogens*.⁴⁵ No Caso *Bósnia vs. Sérvia*, a CIJ, ao limitar sua jurisdição aos fatos cometidos contra a população muçulmana do demandante (por considerar que os grupos fora desse território não seriam homogêneos o suficiente para serem enquadrados como sujeitos passivos do crime de genocídio), somente avaliou situações que envolviam o Estado diretamente prejudicado.⁴⁶

⁴² Original em inglês: “1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State [...] if: (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.”

⁴³ *Barcelona Traction, Companhia de Luz e Energia, Limitada (Bélgica vs. Espanha)*, Julgamento, I.C.J. Reports 1970, parágrafos 33 a 36. Data da decisão: 5 de fevereiro de 1970.

⁴⁴ *Timor Leste (Portugal vs. Austrália)*, Julgamento, I.C.J. Reports 1995, parágrafo 29. Data da decisão: 30 de junho de 1995.

⁴⁵ *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro em Território Palestino Ocupado*, Opinião Consultiva, I.C.J. Reports 2004, p. 138. Data da opinião: 9 de julho de 2004.

⁴⁶ *Caso Concernente à Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro)*, Julgamento, I.C.J. Reports 2007, parágrafos 185, 368 e 369. Data da decisão: 26 de fevereiro de 2007.

Assim, a decisão no caso *Bélgica vs. Senegal* é especialmente importante na medida em que é a primeira vez em que a Corte Internacional de Justiça dá verdadeira aplicação prática às noções de obrigações *erga omnes* e *erga omnes partes* no contexto do direito da responsabilidade internacional. Com base na noção de obrigação *erga omnes partes*, a CIJ reconhece o *ius standi* da Bélgica independentemente da comprovação do prejuízo efetivo, mas tão só pela existência de um interesse comum na promoção de um valor, que é a não impunidade dos acusados de cometer torturas.

11. [...] Por outro, expandindo a jurisdição dos tribunais internacionais

O reconhecimento pela Corte Internacional de Justiça de que a obrigação de investigar e de processar é uma obrigação *erga omnes partes* no contexto da Convenção contra a Tortura gera a ampliação do *ius standi*. Qualquer Estado-Parte pode demandar, perante a instância internacional competente, que o Estado da custódia investigue e julgue supostos violadores quando esteja omissos sem justificativa plausível. Se o Estado da custódia não cumpre sua obrigação, qualquer Estado-Parte pode acionar os mecanismos de solução de controvérsias da Convenção contra a Tortura (que culminam na própria Corte).

O uso inovador das obrigações *erga omnes partes* pela Corte Internacional de Justiça é certamente um avanço na amplitude da responsabilidade internacional - as possibilidades de demanda no contexto da Convenção contra a Tortura são expandidas, pois a condição de parte é suficiente para o *ius standi*.

Contudo, para além desse fortalecimento da faceta “externa” da Convenção contra a Tortura, deve-se manter em mente que a decisão traz o enfraquecimento da faceta “interna” desse mesmo instrumento - por mais que o mecanismo de cooperação seja do interesse de todos os signatários, trata-se de um mecanismo fraco, com ênfase exagerada no Estado da custódia.

No fim das contas, a Corte parece querer compensar a redução do “extraditar” com a expansão do “demandar” - não cabe recorrer à extradição ou exigi-la, mas somente pleitear o julgamento por parte do Estado competente. A decisão expande o campo dos tribunais em detrimento da cooperação entre os tribunais internos no contexto da Convenção contra a Tortura.

12. Observações finais

Em 2 de julho de 2013, Hissène Habré foi indiciado nas Câmaras Extraordinárias Africanas, de composição mista e inseridas na estrutura do Judiciário senegalês após acordo entre a União Africana e o país-sede em fevereiro de 2013. Em 30 de maio de 2016, foi condenado pela prática de crimes contra a humanidade, de crimes de guerra e de tortura. Essa notícia deve ser vista como um enorme desengargo de consciência da Corte Internacional de Justiça. Ao considerar que a extradição é uma mera faculdade, a Corte “apostou todas as suas fichas” no Estado da custódia do suposto autor. Que o episódio presente não tenha gerado maiores problemas não imuniza às críticas o fraco sistema de cooperação judicial desenhado pela Corte.

De outro modo, o uso construtivo das obrigações *erga omnes partes* pela CIJ aponta para perspectivas positivas no contexto do acesso à justiça internacional. À medida que mais e mais obrigações sejam reconhecidas como *erga omnes* ou *erga omnes partes*, os entraves políticos ao acionamento da jurisdição internacional tendem a se reduzir. Afinal, o *ius standi* ampliado permite na prática que Estados que estejam em melhor posição (seja por *expertise* perante instâncias internacionais ou seja por questões financeiras para financiarem uma boa defesa técnica) possam fazer reivindicações no interesse direto dos Estados em piores condições ou com menor experiência.

13. Referências:

13.1 Decisões e opiniões consultivas

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Las Palmeras vs. Colômbia (Exceções Preliminares)*, Série C, No. 67. Data da decisão: 4 de fevereiro de 2000. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_esp.pdf. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica vs. Senegal)*, Julgamento, ICJ Reports 2012. Data da decisão: 20 de julho de 2012 Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. *Barcelona Traction, Companhia de Luz e Energia, Limitada (Bélgica vs. Espanha)*, Julgamento, I.C.J. Reports 1970. Data da decisão: 5

de fevereiro de 1970. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro em Território Palestino Ocupado, Opinião Consultiva*, I.C.J. Reports 2004. Data da opinião: 9 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. *Caso Concernente à Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro)*, Julgamento, I.C.J. Reports 2007. Data da decisão: 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. *Mandado de Prisão de 14 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica)*, Julgamento, I.C.J. Reports 2002. Data da decisão: 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. *Timor Leste (Portugal vs. Austrália)*, Julgamento, I.C.J. Reports 1995. Data da decisão: 30 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Concessões Mavrommatis na Palestina (Grécia vs. Grã-Bretanha)*, Julgamento, 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2. Data da decisão: 30 de agosto de 1924. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

13.2 Documentos

ANISTIA INTERNACIONAL. *Chad: The Habré Legacy*. Relatório publicado em 15 de outubro de 2001 (Doc. AFR 20/004/2001). Disponível em: <http://www.amnesty.org/pt-br/library/asset/AFR20/004/2001/en/224c23b0-d902-11dda-d8c-f3d4445c118e/afr200042001en.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2013.

_____. *Relatório sobre a Situação em Vanuatu*. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA44/001/2012/en/5c81f032-225f-4201-8b8f-27eb64c025bf/asa440012012en.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Chad: The Victims of Hissène Habré Still Awaiting Justice*. *Reports*, v. 17, n. 10(A), julho, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law, *UN Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/CN.4/L.682. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. Third report of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford. *52nd Session of the ILC (2000)*. UN Doc. A/CN.4/507. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/345/10/PDF/N0034510.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

13.3 Artigos e Livros

AZEVEDO, Mario Joaquim. *Roots of Violence: A History of War in Chad*. Amsterdã: Gordon and Breach Publishers, 1998.

CANNIZZARO, Enzo; BONAFÉ, Beatrice. Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, pp. 481-497.

CASSESE, Antonio. When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002, pp. 853-875.

HAUGEN, Hans Morten. The Nature of Social Human Rights Treaties and Standard-Setting WTO Treaties: A Question of Hierarchy? *Nordic Journal of International Law*, v. 76, n. 4, 2007, p. 435-464.

INAZUMI, Mitsue. *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Utrecht: Intersentia, 2005

MALM, Per. *State Responsibility in relation to Transboundary Environmental Damage*. Dissertação de mestrado, Universidade de Lund, 2007.

MORRISON, D.; WEINER, J. Curbing Enthusiasm for Universal Jurisdiction. *Berkeley Journal of International Law: Publicist*, v. 4, n. 1, 2010, pp. 1-11.

NOLLKAEMPER, André. Wither Aut Dedere? The Obligation to Extradite or Prosecute after the ICJ's Judgment in Belgium v Senegal. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 4, n. 3, 2013, pp. 501-519. Disponível em:

<http://jids.oxfordjournals.org/content/4/3/501.full.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

O'KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 3, 2004, pp. 735-760.

PAUWELYN, Joost. A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? *European Journal of International Law*, v. 14, n. 5, 2003, pp. 907-951.

SICILIANOS, Linos-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, pp. 1127-1145.

VAN STEENBERGHE, Raphaël. The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature. *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, n. 5, 2011, pp. 1089-1116.

DISPUTA TERRITORIAL E MARÍTIMA (NICARÁGUA V. COLÔMBIA), (SENTENÇA DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012)

Jorge Antonio Quindimil López

1. Introdução

O papel fundamental que desenvolve a Corte Internacional de Justiça (CIJ) em favor da paz e da seguridade internacionais não deixou de crescer e de se fortalecer, mas sempre através de uma tensa relação dialética com a soberania dos Estados. Isto determina que os casos apresentados, suas causas e suas consequências, sejam de uma especial complexidade tanto na área jurídica como na política. Pois bem, poucos casos refletem de uma maneira tão nítida esta fundamental e complexa realidade jurídico-política como a da *Disputa territorial y marítima (Nicarágua v. Colômbia)*, cuja sentença data de 19 de novembro de 2012.

São fundamentalmente duas as razões que convertem esta sentença em um objeto de estudo especialmente interessante: por um lado, é a segunda vez que a CIJ usa o método de três fases (método *standard*), que tem um valor somador para seu desenvolvimento e consolidação como método jurisprudencial de delimitação marítima;¹ e, em segundo lugar, se trata do primeiro caso de delimitação marítima ante a CIJ que envolve o território continental de um Estado e o insular de outro, o que resulta em jurisprudência nova de delimitação marítima.

Esta sentença que concluiu um processo que durou mais de uma década,² não só compreende importantes desenvolvimentos do direito internacional, em particular na matéria de delimitação marítima, mas também deu lugar a toda uma série de consequências políticas, econômicas e diplomáticas. Tais consequências têm implicações de diferentes naturezas e impactam, por exemplo, em países como Estados Unidos, Venezuela, Jamaica, Panamá a Costa Rica, que têm diversos interesses na zona. Ademais, como consequência houve manifestações de protesto

¹ Veremos que há diversas dúvidas em relação a sua preferência frente a outros métodos, cf.: GAO, J.: A Note on the Nicaragua v. Colombia Case, *Ocean Development & International Law*, 44:3, 2013, 221.

² A demanda foi apresentada em 6 de dezembro de 2001.

nas Nações Unidas,³ a retirada de Colômbia do Pacto de Bogotá⁴ e a própria possibilidade de um desacato ou não cumprimento de sentença, passando por diversas críticas desde o ponto de vista técnico-jurídico, como veremos.

Esta sentença supõe só um ponto e seguido no conflito territorial entre ambas as partes, pois a Nicarágua voltou a interpor uma nova demanda contra a Colômbia,⁵ apenas dez meses depois da decisão.⁶ Nesta nova demanda, foi solicitada à Corte a delimitação entre ambos os países da plataforma continental além das duzentas milhas, assim como a determinação dos direitos e obrigações das partes sobre as áreas de solapamento das reclamações e o uso de recursos em tanto não se resolve a delimitação da plataforma. Neste sentido, como reação à decisão e para condicionar os futuros movimentos da Nicarágua, a Colômbia foi tomando posições como a adoção de um Decreto, não isento de polêmica ou ambiguidade, em virtude do qual se adotam programas estratégicos e de inversão em San Andrés, Providência e Santa Catalina.⁷ A controvérsia deriva do fato de que este Decreto alude à cartografia da zona anterior à decisão da CIJ;⁸ enquanto que sua ambiguidade provém de que, ao mesmo tempo, o Decreto acata implicitamente a sentença, pois sua única finalidade é a adoção de medidas que protejam os cidadãos

³ Em 23 de setembro de 2013, o Presidente Santos entregou ao Secretário Geral de Nações Unidas uma carta de protesto contra as chamadas pretensões expansionistas de Nicarágua no Caribe. A carta estava assinada pelos Presidentes de Colômbia, Costa Rica e Panamá (Disponível em: <http://www.latercera.com/noticia/mundo/2013/09/678-543777-9-colombia-protesta-ante-la-onu-por-pretensiones-expansionistas-de-nicaragua.shtml>).

⁴ Em relação com isso, cf. URUEÑA, R.: Colômbia se retira do Pacto de Bogotá: causas y efectos, *Anuário de Direito Público*, Universidade Diego Portais, Chile, 2013.

⁵ A Nicarágua é o Estado com mais casos ante a CIJ. Sobre o assunto, cf.: HERDOCIA GARCÍA, E: *As disputas internacionais de Nicarágua e outras situações*, Edit. Hispamer, Managua, 2006.

⁶ Sem dúvida, a entrega desta nova demanda da Nicarágua foi condicionada pela retirada de Colômbia do Pacto de Bogotá, posto que como no artículo LVI do Pacto a denúncia deve fazer se “mediante aviso antecipado de um ano transcorrido o qual cessará nos seus efeitos para o denunciante”. Para isso, qualquer Estado que queira acionar a Colômbia com base no Pacto de Bogotá como fundamento de jurisdição deverá fazê-lo antes que transcorra o prazo de um ano (isto é, antes do 28 de novembro de 2013). De igual modo, depois da entrega da demanda por parte da Nicarágua em 2002, a Colômbia também havia retirado sua cláusula facultativa de aceitação de jurisdição da Corte.

⁷ Decreto 1870, de 20 de agosto de 2013, “Programa San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Fase IV”.

⁸ Página 4 do Decreto 1870.

do arquipélago que se viram prejudicados pela nova delimitação estabelecida pela sentença.⁹

Em consequência, nos encontramos ante uma sentença que tem uma grande relevância tanto pelo complexo fundo político como pelos elementos jurídicos.

2. O caso *Nicarágua v. Colômbia na CIJ*

Em 6 de dezembro de 2001, a Nicarágua interpôs uma demanda contra a Colômbia ante a CIJ com a finalidade de resolver por esta via judicial uma controvérsia territorial – de soberania e fronteiriça – que remontava aos princípios do século XIX.¹⁰ A demanda nicaraguense pretendia resolver questões de titularidade e de delimitação relacionadas com os espaços marítimos ao redor dos arquipélagos de San Andrés, Providencia e Santa Catalina, no Mar Caribe

⁹ “[...] o dia 19 de novembro de 2012 a Corte Internacional de Justiça, com sede na Haia, preferiu uma decisão no que estabelece a delimitação marítima entre Colômbia e Nicarágua sobre o departamento Arquipélago de San Andrés, Providencia e Santa Catalina, o qual causou uma situação de feito que foi gerados efeitos nocivos de caráter econômico e social para o desenvolvimento da vida e das atividades no Arquipélago” (Considerando primeiro do Decreto); “[...] de acordo com a exposição de motivos da Lei [1607](#) de 2012, pela qual se expede normas em matéria tributária e se ditam outras disposições, na mesma se incluiu um capítulo “para estabelecer normas especiais para o departamento Arquipélago de San Andrés, Providencia e Santa Catalina, dado que a raiz dos efeitos da decisão da Haia se foi gerando um efeito negativo nas condições econômicas e sociais na Ilha, que podem chegar a ser permanentes, e que exigem do Estado uma ação de intervenção para contra-restar. Trata-se fundamentalmente de medidas de promoção de novas formas de atividade econômica para a substituição dos antigos meios de subsistência dos residentes, e de mecanismos especiais de gasto para a realização de programas e projetos de inversão que permitam atuar oportunamente frente à situação que vive hoje o Arquipélago” (Considerando segundo do Decreto). Neste sentido, pode-se afirmar que se trata de um ato de Estado que supõe uma aceitação tácita da delimitação marítima da CIJ, ao estabelecer uma atuação específica à raiz do mesmo e sobre a base de que as povoações dessas ilhas foram perdendo capacidade de pesca, logicamente, ao ter perdido as águas que trás a sentença passariam a soberania nicaraguense.

¹⁰ Para um estudo sobre os conflitos territoriais surgidos da descolonização de América, veja, entre outros, REMIRO BROTONS, A.: “Problemas de Fronteras en Iberoamérica: La Delimitación de Espacios Marinos”, en MANGAS MARTÍN, A.: *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional em América. Del Pasado al Futuro, Anuário de Direito Público*, Salamanca, 1993, pp. 117-137; o SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Viejos problemas y nuevos elementos: la discusión sobre el territorio en América”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Drnas-Lerner editores, Córdoba, 2002, pp. 221-234.

ocidental, integrados por essas três grandes ilhas e por outras sete pequenas formações marítimas, entre ilhotas, recifes e bancos.

Há mais de meio século, os países em questão desfrutaram de um período pacífico em relação a esta disputa, após a assinatura do *Tratado sobre questões territoriais entre Colômbia y Nicarágua*,¹¹ de 1928, em virtude do qual:

*A República da Colômbia reconhece a soberania e pleno domínio da República da Nicarágua sobre a costa de mosquitos [...] e a República da Nicarágua reconhece a soberania e pleno domínio da República da Colômbia sobre as ilhas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina e todas as demais ilhas, ilhotas e recifes que fazem parte do arquipélago de San Andrés.*¹²

A este Tratado, e como *conditio sine qua non* para sua entrada em vigor, lhe seguiu um Protocolo em 1930 que estabelecia a extensão do Arquipélago de San Andrés e Providencia “ao ocidente do meridiano 82”. Este ponto foi precisamente o principal foco de disputa entre as partes e o aspecto mais controverso da sentença da CIJ. Como será detalhado na análise do caso, neste momento é suficiente assinalar aqui que o conteúdo residia em determinar se este artigo estabelece uma verdadeira fronteira entre os dois países no meridiano 82 – como defendia a Colômbia – ou se na verdade o único que permite estabelecer tal disposição é a localização geográfica do arquipélago – como sustentava a Nicarágua.

Em efeito, tanto o Tratado de 1928 como o Protocolo de 1930 contribuíram a acalmar a disputa entre ambos os Estados até o ano 1969, quando a Colômbia apresentou uma nota de protesto contra a Nicarágua por haver outorgado concessões para a exploração de petróleo na zona de Quitasueño nos anos 1967 e 1968.¹³ Para a Nicarágua, este ano 1969 constitui a data crítica a partir da qual fica estabelecida formal e oficialmente a disputa entre as partes. Em contrapartida, a Colômbia diz que a controvérsia foi cristalizada realmente no ano de 1971,

¹¹ Também conhecido como *Tratado Esguerra-Bárcenas*.

¹² Artigo 1 do Tratado.

¹³ Mediante esta nota de 4 de junho de 1969, o governo colombiano susteve que o meridiano 82 constituía uma fronteira marítima entre as partes. A contestação de Nicarágua não se fez esperar e, mediante nota de 12 de junho, rechaçou a posição colombiana que reduzia a mais da metade seus direitos a uma zona econômica exclusiva e a plataforma continental (cf. Sentença de 19 de novembro de 2012, parágrafo 69).

momento no que Colômbia e Estados Unidos iniciam negociações para resolver a situação do Roncador, Quitasueño e Serrana, excluídas do Tratado de 1928.¹⁴ Depois, nos anos oitenta, época especialmente convulsa na América Central, a Nicarágua proclamou a nulidade do Tratado por vício no consentimento, ao considerar que o governo nicaraguense havia assinado sob pressão derivada da ocupação militar por parte dos Estados Unidos entre 1927 e 1933.¹⁵ Assinalando que este argumento da nulidade do Tratado Esguerra-Bárcenas é o que motiva, em última instância, a demanda a Colômbia ante a CIJ em 2001,¹⁶ e que logo daria lugar a uma primeira sentença sobre as objeções preliminares em 2007¹⁷ e, finalmente, a uma sentença sobre o fundo em 2012.¹⁸

3. A questão menor da soberania e a questão maior da delimitação marítima da CIJ no caso do contexto geográfico mais pouco usual jamais conhecido

A profundidade jurídica do caso obrigava à CIJ abordar duas questões de primeira ordem:¹⁹ por um lado, uma questão de soberania, tendo que determinar a titularidade jurídica do conjunto de ilhas, ilhotas, recifes e bancos que integram o arquipélago na Liza junto com as ilhas de San Andrés, Providencia e Santa Catalina. Por outro lado, uma questão de delimitação, tendo que traçar uma nova fronteira marítima entre Colômbia e Nicarágua.

Em relação à *soberania*, o conteúdo literal do primeiro artigo do Tratado Esguerra-Bárcenas é suficientemente claro para que a CIJ se declarasse incompetente, sem maiores análises, para conhecer a questão da soberania sobre as ilhas de San Andrés, Providencia e Santa Catalina. De fato, a Corte entendeu que, em virtude

¹⁴ Cf. Sentença de 19 de novembro de 2012, parágrafo 70. Finalmente, a CIJ determinaria que a data crítica que deve ser tida em conta é 1969, tendo em conta que a Colômbia não se opôs a ela, senão que simplesmente se limitou a propor outra. Em todo caso, a Corte entende que antes de 1969 não havia protestos ou disputas sobre a zona em questão (parágrafo 71).

¹⁵ Um dos argumentos processuais da Nicarágua foi, precisamente, a nulidade do Tratado (Sentença de 2007, parágrafo 75), se bem não obteve acolhida por parte da Corte, que o declarou plenamente válido (parágrafo 81).

¹⁶ GALLEGO COSME, M. J.: Alcance geopolítico da delimitação fronteiriça marítima fixada entre Nicarágua y Colômbia pela Corte Internacional de Justiça em novembro de 2012, *Revista GeoGraphos*, vol. 4, nº 43, 2013, p. 267.

¹⁷ Sentença de 13 de dezembro de 2007.

¹⁸ Sentença de 19 de novembro de 2012.

¹⁹ Sentença 2012, parágrafo 6.

do tratado, estas ilhas – que figuram nominalmente em dito artigo primeiro – pertencem à Colômbia, sem nenhum gênero de dúvidas e com reconhecimento expresso por parte da Nicarágua.²⁰

Uma questão diferente seria determinar a soberania sobre o resto das ilhas e formações do arquipélago de San Andrés que não apareciam nominalmente no Tratado, pois as partes discordavam sobre a questão de que formações marítimas integravam o arquipélago junto com as ilhas de San Andrés, Providencia e Santa Catalina. Ao não existir fontes históricas sobre títulos jurídicos que permitem decidir a soberania sobre o resto do arquipélago, rejeitando assim a possibilidade de aplicação do princípio *uti possidetis iuris*,²¹ a Corte teve que analisar as efetividades sobre esses territórios.²² Finalmente, a CIJ chega à conclusão de que a Colômbia, de forma contínua e consistente durante décadas, conduziu atos de governo como soberano sobre o resto das formações do arquipélago em disputa,²³ sem que a Nicarágua tivesse protestado ou exercido quaisquer atos contestatórios. Em consequência, a Corte reconheceu por unanimidade a titularidade plena de Colômbia sobre todas as ilhas e formações em disputa,²⁴ isto é, sobre Albuquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este – Sudeste, Serrana, Serranilla, Quitasueño y Roncador.²⁵

Uma vez resolvida a disputa sobre a soberania, o grande problema da Corte era resolver a *delimitação* entre Nicarágua e Colômbia nos espaços marítimos no entorno do arquipélago de San Andrés. Como consequência da delimitação marítima estabelecida pela CIJ em sua sentença, a Nicarágua obteve um importante benefício territorial marítimo;²⁶ o que a converte, em princípio, na

²⁰ ICJ: Sentença de 13 de dezembro de 2007, *Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary objections (2007), ICJ Reports 2007, parágrafo 88.

²¹ Parágrafos 57-65.

²² ICJ: Sentença de 19 de novembro de 2012, *Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia)*, ICJ Reports 2012, parágrafo 71.

²³ Em particular, se acreditarão atos como a regulação de atividades econômicas na zona, realização de obras públicas como o mantimentos de faróis, visitas navais e operações de busca e resgate, atividades de representação, entre outras (cf. parágrafos 82 e 83).

²⁴ A Corte tinha excluído de sua jurisdição a disputa da soberania sobre as ilhas de San Andrés, Providencia e Santa Catalina, por considerar que o Tratado de 1928 entre Nicarágua e Colômbia supunha um reconhecimento da titularidade colombiana por parte de Nicarágua (Sentença de 13 de dezembro de 2007, objeções preliminares, parágrafo 142).

²⁵ Parágrafo 251, apartado (1).

²⁶ Ainda que haja diferenças entre as fontes, pode-se afirmar que a ganância marítima da Nicarágua que resulta da sentença oscila entre os 75.000 e os 100.000 quilômetros quadrados.

parte claramente vencedora do processo. Vejamos como transcorre este trabalho fundamental de delimitação num caso tão complexo.²⁷

Ante as pretensões da Nicarágua – que buscava uma delimitação equitativa dos espaços marítimos, encravado nas ilhas e nos recifes da Colômbia com áreas de mar territorial de 12 e 3 milhas, respectivamente²⁸ – e da Colômbia – que perseguia uma fronteira marítima única mediante uma linha média entre as ilhas da costa da Nicarágua e as ilhas do Arquipélago de San Andrés²⁹ –, a CIJ aplica o método das três etapas, denominado pela própria Corte como o “método *standard*”.³⁰ Este método consiste na realização de três operações sucessivas: se parte do traçado de uma linha média provisória (primeira etapa), para variá-las, em função das circunstâncias relevantes que concorram (segunda etapa) e, finalmente, se realiza um teste de desproporcionalidade (terceira etapa), mediante o qual se deve constatar se o resultado das duas etapas prévias resulta desproporcionado e exige algum ajuste.³¹

3.1. Primeira fase – Linha média provisória

O primeiro passo a ser dado pela Corte é, necessariamente, o de determinar quais serão os pontos de base a partir dos quais dever traçada a linha média provisória. Dado que os pontos de base aportados pelas partes são insuficientes para esta tarefa,³² a Corte teve que estabelecer todos os pontos de base de acordo com seu próprio critério: segundo sua própria jurisprudência³³ e sempre dentro do mais

²⁷ Parágrafos 184 a 247.

²⁸ Parágrafo 134.

²⁹ Parágrafo 135.

³⁰ Parágrafo 199.

³¹ A aplicação deste método *standard* se desenvolve entre os parágrafos 200 e 247.

³² Por um lado, a Nicarágua não havia notificado a Corte nenhum ponto de base sobre sua costa, enquanto que, por outra parte, a Colômbia sim havia feito mas sem aportar às correspondentes coordenadas.

³³ Efetivamente, a própria CIJ havia estabelecido que a delimitação de áreas marítimas que envolveu dois ou mais Estados não podem realizar se unicamente a partir dos pontos de base proporcionados por uma só das partes (*Delimitação Marítima no Mar Negro* (România c. Ucrânia), Sentença, I. C. J. Reports 2009, p. 108, parágrafo 137). Cfr. OANTA, G. A., "La incidencia de la Isla de las Serpientes del Mar Negro en la delimitación de los espacios marítimos", en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *The contribution of the United Nations Convention on the Law of the Sea to good governance of the oceans and seas*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013.

estrito respeito da geografia.³⁴ Uma vez estabelecidos os pontos de base tanto na costa nicaraguense³⁵ como na costa de referência colombiana,³⁶ a Corte traça uma linha média provisória³⁷ sobre a qual se aplicaram, no seu caso, os ajustes pertinentes nas fases segundas e terceira. Ambas as fases têm por finalidade ponderar aqueles fatores que possam chegar a impor ajustes ou modificadores na linha média provisória com a finalidade de alcançar um resultado equitativo.³⁸

A CIJ entendeu que o método de três fases não pode ser aplicado de forma mecânica e reconhece que poderia não ser “apropriado” começar em todos os casos com o traçado de uma linha equidistante provisória. Cabe aqui destacar o uso do qualificativo “apropriado” no lugar de “factível”. A Corte entende que “[t]he question is not whether the construction of such a line is *feasible* but whether it is *appropriate* as a starting-point for the delimitation”.³⁹ Portanto, a linha equidistante provisória poderia não ser usada em dois casos, um de impossibilidade absoluta – quando não resulte factível –, e outro de impossibilidade relativa, quando não resulte apropriado. Sem embargo, os fatores que determinam a condição de inapropriado não acostumam se apresentar na primeira fase, mas sim na segunda, que é quando começam a operar as circunstâncias relevantes. Em consequência, a impossibilidade absoluta é o único fundamento válido que tem a CIJ para não traçar uma linha equidistante provisória. Se resultar impossível utilizar a linha equidistante, restam duas opções: traçar outra linha ou utilizar outro método de delimitação.

A prática judicial e arbitral internacional mostra que quando se utiliza o método das três fases, sempre se traçou a linha equidistante. Pelo contrário, quando a CIJ utilizou métodos diferentes como o da equidistância, a aplicação dos métodos resultou diretamente na linha de delimitação final sem ajustes ou

³⁴ Em relação à determinação dos pontos de base, a Corte assinalou que nem o direito nem a prática da delimitação marítima autorizam a reformular a geografia (*Delimitação Marítima no Mar Negro* (România c. Ucrânia), Sentença, I. C. J. Reports 2009, p. 110, parágrafo 149).

³⁵ Estes pontos da base nicaraguenses se localizam em Edinburgh Reef, Cayo Muerto, Cayos Miskitos, Cayo Ned Thomas, Roca Tyra, Little Corn Island e Great Corn Island (parágrafo 201).

³⁶ Na costa de Colômbia, os pontos se localizam nas ilhas de Santa Catalina, Providencia e San Andrés e em Cayos de Alburquerque (parágrafo 203).

³⁷ Gráfico n. 8, página 76.

³⁸ *Frontera Terrestre e Marítima ante Camerún e Nigéria* (Camerún c. Nigéria: Guinéa Equatorial *intervindo*), Sentença, ICJ Reports 2002, p. 441, parágrafo 288.

³⁹ Parágrafo 195.

modificações posteriores.⁴⁰ Assim, se não se pode traçar uma linha equidistante provisória não se pode utilizar o método de três fases.

3.2. Segunda fase – Circunstâncias pertinentes

Os primeiros fatores a serem considerados pela Corte de acordo com este método são as denominadas circunstâncias pertinentes, que, no presente caso, incluem: a disparidade na longitude das costas, o contexto geográfico geral, a conduta das partes, condições de seguridade e cumprimento da lei, acesso equitativo a recursos naturais e delimitações já feitas na área. Os pontos de vista das partes sobre as circunstâncias pertinentes colocavam a Corte frente a posições diametralmente opostas: para a Nicarágua, a consideração de todos esses fatores exigia descartar por completo a linha média provisória e substituí-la por enclaves em torno de cada uma das ilhas colombianas; para Colômbia, a linha média provisória supõe uma solução satisfatória e plenamente equitativa sem necessidade de ajuste algum.⁴¹

Em relação à *longitude das costas*, a Nicarágua argumenta que deveria valorar o fato de que sua costa era significativamente mais cumprida, obrigando assim a uma reconsideração da linha média traçada. Pela sua parte, a Colômbia entendia que a linha média era igualmente equitativa ainda que não houvesse uma proporção exata entre as longitudes das respectivas costas.⁴² Baseando-se na sua própria jurisprudência,⁴³ a Corte estabelece que uma diferença *substancial* nas longitudes das linhas da costa das partes *pode* ser um fator a valorar com o fim de ajustar ou mover a linha média provisória.⁴⁴

Da jurisprudência da Corte se extraem dois critérios que devem redigir a aplicação deste fator: por um lado, só se procede ao ajuste da modificação da linha média quando existe uma disparidade substancial entre as longitudes das costas;⁴⁵

⁴⁰ Assim ocorreu no caso *Nicarágua c. Honduras* donde a Corte utilizou o método do bisector para delimitar o espaço marítimo adjacente das partes e o método consistiu em uma única fase.

⁴¹ Parágrafo 206.

⁴² Parágrafo 208.

⁴³ *Fronreira Terrestre e Marítima entre Camerún e Nígeria (Camerún c. Nígeria: Guínea Ecuatorial intervindo)*, Sentença, ICJ Reports 2002, p. 446, parágrafo 301.

⁴⁴ Parágrafo 209.

⁴⁵ *Delimitação da Fronreira marítima na Região do Golfo de Maine (Canadá c. Estados Unidos de América)*, Sentença, ICJ Reports 1984, p. 323, parágrafo 185; *Delimitação Marítima no Mar Negro (Rumanía c. Ucrânia)*, Sentença, ICJ Reports 2009, p. 116 parágrafo 164.

e, por outro, levar em conta a disparidade das longitudes costeiras não implica uma aplicação direta e matemática da relação entre a longitude das frentes costeiras das partes.⁴⁶ Pois bem, no caso em questão, a disparidade na longitude das costas é de aproximadamente 1:8.2 a favor da Nicarágua,⁴⁷ o que implica, na opinião da Corte, uma disparidade substancial que exige um ajuste ou reconsideração da linha provisória, especialmente dada à superposição de áreas marítimas ao oriente das ilhas colombianas.⁴⁸

No que se refere ao *contexto geográfico geral*, a Nicarágua argumentou que as ilhas colombianas se encontravam sobre sua plataforma continental, situação que, em sua opinião, resultava da aplicação de um dos princípios mais importantes do direito internacional da delimitação marítima: um Estado não pode ser separado, ou bloqueado, das áreas marítimas sobre as quais se projeta sua linha costeira, em particular pelo efeito dos territórios insulares. Do ponto de vista nicaraguense, tais ilhas colombianas constituem uma espécie de “barreira de contenção” que bloqueia todos os acessos da Nicarágua à área situada entre as costas orientais destas ilhas e a linha das 200 milhas a partir das linhas de base continentais nicaraguenses.⁴⁹ Pelo outro lado, a Colômbia não só nega esta projeção de Nicarágua sobre as 200 milhas, como também considera que a solução nicaraguense de encravar as ilhas colombianas é contrária ao princípio mencionado pela própria Nicarágua, ao sacrificar a totalidade da plataforma continental e da zona econômica exclusiva a que teriam direito tais ilhas.⁵⁰ A Corte recorre de novo a sua jurisprudência para assinalar que em diversas ocasiões indicou que as considerações geológicas e geomorfológicas não são pertinentes para a delimitação de titularidades superpostas dentro das 200 milhas náuticas. No caso em questão, o feito de que as ilhas colombianas esteja sobre a mesma plataforma continental não pode dar prioridade a um Estado sobre o outro.⁵¹ A

⁴⁶ *Delimitação Marítima na Região entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)*, Sentença, ICJ Reports 1993, p. 69, parágrafo 69.

⁴⁷ Cf. parágrafo 153. Trata-se de uma disparidade equivalente a outras situações sobre as que existem precedentes jurisprudenciais, como o citado caso da *Delimitação Marítima na Região de Groenlândia e Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)*, com uma disparidade aproximada de 1:9 (ibíd. p. 65, parágrafo 61); ou como o caso da *Plataforma Continental (Libia c. Malta)* com uma disparidade aproximada de 1:8 (Sentencia, ICJ, Reports 1985, p. 53, parágrafos 74-75).

⁴⁸ Parágrafo 211 *in fine*.

⁴⁹ Parágrafo 212.

⁵⁰ Parágrafo 213.

⁵¹ Parágrafo 214.

partir desta base, a Corte conclui que o efeito de linha média provisória é separar a Nicarágua de três quartos da área na qual se projeta sua costa, produzindo assim um efeito de amputação, ou *cut-off*. Para evitar ou mitigar, a Corte considera que as ilhas colombianas não podem ser tratadas como se constituíssem uma costa continental contínua, tendo em conta que se encontram muito distantes e se estendem ao largo de umas 100 milhas náuticas, bloqueando o acesso da Nicarágua ao leito do mar e às águas das mesmas. Em consequência, esse efeito *cut-off* impõe também um ajuste ou reconsideração da linha média provisória.⁵² Assim, a Corte acolhe a postura de Colômbia no sentido de que não se pode tratar de remediar um efeito de amputação gerando outro. Portanto, uma solução equitativa que resulte da modificação da linha média impõe que cada Estado desfrute de titularidades razoáveis nas áreas sobre as quais se projetam suas costas.⁵³

Em relação à *conduta das partes*, que a Corte considera também subsumida às *considerações de seguridade e de complemento da lei*, a Colômbia alegou que deveria ser considerada toda a atividade regulatória em matéria pesqueira, a atividade exploratória científica e a patrulha ao largo de toda a zona ao oriente do meridiano 82, sem que houvesse constância alguma de atividades nicaraguenses significativas. A Nicarágua considera que a Colômbia só pretende recuperar o argumento do meridiano 82 como fronteira marítima estabelecido pelo Tratado de 1928, mesmo que a própria Corte houvesse descartado esta posição.⁵⁴ Depois de recordar que o estabelecimento de uma fronteira marítima permanente é uma questão de maior gravidade e um acordo a esse respeito não se pode presumir de forma ligeira,⁵⁵ a Corte entendeu que a Colômbia perseguiu neste momento uma postura diferente, tratando de fazer valer sua conduta ao oriente do meridiano 82 para alcançar uma solução equitativa. Finalmente, a Corte concluiu que a conduta das partes não é de caráter tão excepcional como para constituir uma circunstância pertinente que possa justificar um ajuste ou movimento da linha média.⁵⁶

⁵² Parágrafo 215.

⁵³ Parágrafo 216.

⁵⁴ Sentença de *Exceções Preliminares*, 2007, p. 869, parágrafo 120.

⁵⁵ *Nicaragua c. Honduras*, p. 735, parágrafo 253.

⁵⁶ Parágrafo 220. Assim mesmo, a Corte assinala que a jurisprudência tanto judicial como arbitral nesta matéria mostra que normalmente a conduta das partes nem sempre considera como circunstância pertinente que tenha por efeito levar a um resultado diferente.

Em relação à *conduta das partes*, a Corte estima que tem preocupações de seguridade que podem chegar a constituir uma circunstância pertinente se se realiza uma delimitação marítima particularmente perto da costa de um Estado⁵⁷. Ao mesmo tempo, a questão do *acesso equitativo aos recursos naturais* é resolvida pela Corte de uma forma bastante expeditiva ao considerar que nenhuma parte apresentou evidências de circunstâncias particulares, sem que existam neste caso questões de caráter excepcionais que aconselham tratar o acesso aos recursos como uma consideração pertinente.⁵⁸

Por último, em relação às *delimitações já efetuadas na área*, a CIJ enfrentou fundamentalmente duas questões: primeiro, se os acordos entre Colômbia e Costa Rica, e entre Jamaica e Panamá, constituem, como pretendeu a Colômbia, um reconhecimento pelos Estados de titularidades colombianas em porções da área pertinente que devessem ser considerados; e, segundo, se estes acordos impõem limites às ações que a Corte pode exercer neste caso, devido à exigência de que respeite os direitos de terceiros. Em relação à primeira questão, a Corte entende que tais acordos efetivamente supõem um reconhecimento por parte do Panamá, da Costa Rica e da Jamaica das pretensões colombianas. Disso não resulta uma circunstância pertinente a ser tomada pela Corte, visto o princípio fundamental de direito internacional em virtude do qual um tratado entre dois Estados não pode por si mesmo afetar aos direitos de um terceiro Estado. Em outras palavras, tais acordos com e entre terceiros não outorgam à Colômbia direitos em relação à Nicarágua.⁵⁹ A segunda questão é resolvida de forma fácil pela Corte, ao afirmar que suas sentenças não são vinculantes para nenhum Estado que não seja parte no processo.⁶⁰

Pois bem, em consequência à consideração das circunstâncias pertinentes assinaladas, a CIJ procede a uma modificação substancial da linha média provisória com base, fundamentalmente, nos seguintes critérios: (i) disparidades substanciais das longitudes da costa e (ii) necessidades de que nenhuma das partes seja separada

⁵⁷ Parágrafo 222.

⁵⁸ Parágrafo 223. Neste ponto, a Corte cita jurisprudência arbitral que para assinalar que os critérios relacionados com os recursos foram tratados mais cautelosamente pelas decisões de cortes e tribunais internacionais, os quais em geral não foram aplicados este fator em qualidade de circunstancia pertinente (Laudo do 11 de abril de 2006, *Barbados c. Trinidad y Tobago*, RIAA, Vol. XXVII, p. 214, parágrafo 214; ILR, Vol. 139, p. 523).

⁵⁹ Parágrafo 227.

⁶⁰ Parágrafo 228.

da totalidade das áreas sobre as quais se projetam suas costas. Em consequência, a Corte substitui a linha média provisória por uma *linha ponderada*,⁶¹ resultante de um deslocamento considerável em direção leste justificado por uma pronunciada disparidade de longitudes costeiras.⁶² Uma das consequências do resultado final consiste na técnica que se utiliza para materializar a prática ou quantificar esse conceito indeterminado do *deslocamento considerável*. A Corte, ao reconhecer que poderia usar várias técnicas, considera que as circunstâncias do caso impõem a necessidade de designar diferentes pesos aos pontos da base localizados sobre as ilhas da Nicarágua e da Colômbia.⁶³ Em concreto, a Corte considera que se alcança um resultado equitativo se se designa um valor de um a cada um dos pontos de base colombianos e um valor de três a cada um dos pontos de base nicaraguenses. Portanto, na nova linha ponderada⁶⁴ cada ponto estaria a uma distância do ponto de controle na costa das ilhas nicaraguenses que será três vezes maior que a distância do ponto de controle das ilhas colombianas.⁶⁵ Assim mesmo, de forma complementar, a Corte considera que um resultado equitativo impõe a necessidade de continuar a linha da fronteira ao largo de linhas de latitude até as 200 milhas náuticas desde as linhas de base de Nicarágua.⁶⁶ Isso, em definitivo, resulta na criação de enclaves para as ilhas.

3.3. Terceira fase – Teste de desproporcionalidade

Por último, a Corte devia determinar se a nova linha ponderada considerada como a solução mais equitativa deixa uma falta de proporção *significativa* que exija uma proporcionalidade estrita⁶⁷ ou fórmulas matemáticas.⁶⁸

⁶¹ “Weighed line” parágrafo 235).

⁶² “[...] the relevant circumstances set out above call for the provisional median line to be shifted eastwards. The disparity in coastal lengths is so marked as to justify a significant shift” (parágrafo 85).

⁶³ Parágrafo 233 *in fine*.

⁶⁴ Parágrafo 234, em relação com o gráfico 9, p. 93.

⁶⁵ Parágrafo 234. Por sua vez, esta linha resultante teve que ser objeto de ajustes adicionais ao contar com um número demasiado elevado de quebras que dificultavam sua implementação prática. O ajuste adicional consistiu em reduzir o número de pontos de quebra e conectar mediante linhas geodésicas (parágrafo 235, em relação com o gráfico nº 10, p. 94).

⁶⁶ Parágrafo 237 *in fine*, em relação com o gráfico 11, p. 96.

⁶⁷ Parágrafo 240.

⁶⁸ Parágrafo 242.

Trata-se de uma questão que unicamente pode ser resolvida à luz de todas as circunstâncias do caso, com a finalidade de garantir que não exista uma falta de proporção tão grande que possa “contaminar” o resultado ou torna-lo não equitativo.⁶⁹

Depois de amparar os precedentes jurisprudenciais que demonstram enorme cautela em relação às outras ocasiões nas quais se empregou o teste de desproporcionalidade,⁷⁰ a Corte se limita a concluir que, no presente caso, o resultado obtido mediante a linha ponderada “não implica uma falta de proporção tal que dê lugar a um resultado não equitativo”.⁷¹

4. O problema de uma metodologia predeterminada para a delimitação marítima

De um ponto de vista estritamente jurídico, todos os acordos foram tomados por unanimidade, salvo um;⁷² ainda que algumas questões de grande importância permaneceram em aberto.⁷³ Neste sentido, vários foram os juízes que, ainda estando de acordo com o resultado final, questionaram com certa intensidade a forma pela qual a Corte alcançou esse resultado. Isto é, se questiona até que ponto está justificada a decisão da CIJ de padronizar ou predeterminar a

⁶⁹ Parágrafo 242.

⁷⁰ Parágrafos 245-246.

⁷¹ Parágrafo 247.

⁷² O único ponto sobre o qual não houve unanimidade – foi aprovado por uma maioria de 14 a 1 –, foi o relativo a admissibilidade da pretensão da Nicarágua parar declarar que a forma de delimitação apropriada, dentro do marco geográfico e jurídico constituído pelas costas continentais de Nicarágua e Colômbia é uma fronteira de plataforma continental dividindo em partes iguais as titularidades superpostas sobre a plataforma continental de ambas as partes. O único juiz que votou em contra foi o Juiz Owada (Japão), ao considerar que Nicarágua havia utilizado a Réplica para trocar por completo o objeto da demanda ao solicitar uma plataforma continental estendida (*cf.* *Dissenting Opinion* of Judge Owada).

⁷³ A pesar da *majoritária unanimidade* na adoção dos acordos da sentença, deve-se ressaltar que, junto com a opinião dissidente do Juiz Owada, acompanham a sentença duas opiniões separadas (Juiz Abraham –Francia- y Juiz Donoghue–Estados Unidos-) e quatro declarações (Juíza Xue –China-, Juiz Keith –Nueva Zelada-, Juiz *ad hoc* Cot –Francia- e Juiz *ad hoc* Mensah –Ghana-), que ponham de manifesto as principais questões polêmicas do caso. Em geral, estas opiniões e declarações se centram em aspectos que vão desde a admissibilidade da demanda, como sucede na opinião dissidente do Juiz Owada, até diferentes aspectos relacionados à metodologia de delimitação marítima utilizada pela Corte (Juíza Xue, Juez Abraham, Juiz Donoghue, Juiz Keith, Juiz *ad hoc* Cot y Juiz *ad hoc* Mensah), passando por outras questões como o direito aplicável (Juiz Keith) ou os interesses de terceiros Estados (Juiz Donoghue, Juez *ad hoc* Cot).

metodologia de delimitação marítima,⁷⁴ tanto desde um ponto de vista geral ou ontológico, como a partir de um ponto de vista particular da sua aplicação no caso em apreço. As excepcionais circunstâncias geográficas e geopolíticas deste caso evidenciaram as debilidades na utilização de um método predeterminado ou *standard*.

A juíza Xue não discute se a sentença termina por alcançar um resultado equitativo, em sua opinião, a metodologia de delimitação marítima não pode vir predeterminada, nem sequer em favor da seguridade jurídica. A única forma de se assegurar uma solução equitativa, de acordo com a magistrada, é que a eleição do método de delimitação mais conveniente deva se dar a partir das características geográficas e das circunstâncias pertinentes em cada caso concreto.⁷⁵ Esta primazia da geografia e das circunstâncias sobre a metodologia foi estabelecida e reiterada em diversas ocasiões pela Corte,⁷⁶ inclusive nesta mesma decisão.⁷⁷ Apesar disso, e ainda reconhecendo que neste caso se apresentavam circunstâncias especialmente nada usuais, diferentes assim de outros casos, a Corte decide aplicar o *mesmo*

⁷⁴ Esta questão foi abordada pela maioria dos juízes que apresentaram declarações ou opiniões separadas à da sentença.

⁷⁵ “My first reservation relates to the three-stage methodology applied by the Court. Although in recent years, the Court, as well as other tribunals, has tried to develop a certain approach to provide for legal certainty and predictability for the process of delimitation, the guiding principle for maritime delimitation as laid down in Articles 74 and 83 of the Convention on the Law of the Sea has not been changed by this development; with the aim to achieve an equitable solution, whatever methodology that is used should be “capable of ensuring, with regard to the geographic configuration of the area and other relevant circumstances, an equitable result” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 300, para. 112). In other words, in order to ensure an equitable solution, it is the geographic features and relevant circumstances that determine the selection of method(s) for the delimitation. Methodology cannot be predetermined” (Declaração Juiz Xue, apartado 2).

⁷⁶ De forma clara no caso da *Plataforma Continental* em 1982, a Corte deixou estabelecido que “[a] finding by the Court in favour of a delimitation by an equidistance line could only be based on considerations derived from an evaluation and balancing up of all relevant circumstances, since equidistance is not, in the view of the Court, either a mandatory legal principle, or a method having some privileged status in relation to other methods” [*Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 79, para. 110).

⁷⁷ Recordando o caso da *Delimitação Marítima no Mar Negro*, a Corte deixa claro que nem o direito nem a prática da delimitação marítima podem reformular a geografia (parágrafo 202, em relação com o parágrafo 149 da Sentença de 2009 no assunto da *Delimitação Marítima no Mar Negro, Rumanía c. Ucrania*).

método, mas em *situações diferentes*.⁷⁸ Uma das principais mostras da ineficiência – além de sua questionável legitimidade – de um método predeterminado, é que neste caso a linha média provisória e a linha ponderada definitiva são tão diferentes que cabe pensar se, em lugar de um “ajuste ou deslocamento” da linha média, a linha ponderada não se trata de uma verdadeira linha nova e totalmente diferente da anterior.⁷⁹ Para a juíza Xue, o traçado da linha média provisória era uma operação totalmente prescindível, desde o momento em que a linha ponderada resultava mais adequada por si mesma como método válido.⁸⁰

Junto com a questão fundamental da metodologia utilizada pela Corte, outra das grandes críticas da decisão refere-se aos *interesses de terceiros Estados*.

Neste sentido, a juíza Xue formula uma reserva de maior envergadura em relação à forma pela qual a Corte abordou a questão dos interesses de terceiros Estados na zona, visto que não se deixou margem alguma para o ajuste das novas fronteiras das partes com os Estados vizinhos com espaços marítimos concorrentes na zona objeto de delimitação. Em particular, a juíza discorda sobre a forma com que se traçou a fronteira no sul.⁸¹ Em sua opinião, a Corte deveria ter-se absterido de ir mais além do ponto no que se superpõem os espaços marítimos de até quatro Estados.⁸² Por isso, a Corte deveria ter aplicado a técnica que utiliza normalmente para a proteção dos interesses de terceiros Estados, isto é, deter o traçado da linha de fronteira no ponto em questão, neste caso, o Ponto 8,⁸³ com uma flecha que indique na direção oportuna, neste caso, o sentido leste.⁸⁴ De igual modo, a projeção da costa nicaraguense no sentido leste dependerá, logicamente, de qual seja a forma em que fronteira sul de Nicarágua fique delimitada com seus Estados vizinhos depois do ponto 8.⁸⁵ Finalmente, a juíza Xue lamenta que a Corte não tenha aplicado na fronteira sul o critério da ordem pública dos oceanos e das relações jurídicas estáveis.⁸⁶ Em sua opinião, a sentença tem o efeito potencial de

⁷⁸ *Declaração* Juiz Xue, apartado 4.

⁷⁹ *Declaração* Juiz Xue, apartado 5.

⁸⁰ *Declaração* Juiz Xue, apartado 6.

⁸¹ *Declaração* Juiz Xue, apartado 11.

⁸² *Declaração* Juiz Xue, apartado 12.

⁸³ Véase gráfico n. 11, p. 96.

⁸⁴ *Declaração* Juiz Xue, apartado 13.

⁸⁵ *Declaração* Juiz Xue, apartado 14.

⁸⁶ *Declaração* Juiz Xue, apartado 15. A própria Corte recorda na sua decisão que deve ter em conta que a delimitação marítima tem que ser “both equitable and as practically satisfactory as possible, while at the same time in keeping with the requirement of achieving a stable legal outcome”

invalidar os acordos de delimitação marítima concluídos entre a Colômbia, o Panamá e a Costa Rica, trocando drasticamente as relações marítimas da zona. Por isso, era muito importante que a Corte tivesse se absterido de traçar a linha além do ponto 8, de tal modo que os Estados afetados pudessem reconfigurar suas relações marítimas nessa zona.

5. Considerações finais

A quase absoluta unanimidade com que foram tomados os acordos que integram a parte decisória deste caso obriga a que a valoração objetiva da atuação da CIJ neste caso seja, *a priori*, claramente positiva. Sem dúvida, isso aparece confirmado também por todas as declarações e opiniões separadas e dissidentes, que não questionam o caráter justo da sentença.

O principal objeto da crítica da sentença, o estabelecimento de um método predeterminado de delimitação marítima, é defensável a partir da ótica de que tal método contribui para dar seguridade jurídica, previsibilidade e certeza nas relações entre Estados, inclui considerações de equidistância, de circunstâncias especiais e de equidade e, ademais, foi consolidado na jurisprudência internacional, tanto da CIJ, do Tribunal Internacional de Direito do Mar e de tribunais arbitrais.

No presente caso, não só foram feitas críticas sobre a legitimidade do método, senão também sobre sua eficiência, pois a linha traçada na primeira fase é substancialmente diferente da traçada na segunda fase. Sem embargo, ninguém – nem sequer os mais críticos – questionou a eficácia do método, pois existe um consenso generalizado em torno do resultado e de sua natureza equitativa.

As críticas e as valorações sobre a atuação da Corte neste caso dependeram do peso que os críticos lhe deram fundamentalmente em relação a três aspectos: a legitimidade, a eficiência e a eficácia do método predeterminado. Do ponto de vista da legitimidade e da eficiência, parece evidente que a decisão da Corte apresenta algumas dúvidas. Todavia, do ponto de vista da eficácia, estamos ante uma sentença imaculada, na medida em que alcançou um resultado equitativo. A sentença está longe de ter solucionado a problemática de delimitação na região, pois deixou questões abertas, como a delimitação da plataforma estendida, que se fará, junto com a posição enfrentada de diversos países com interesses na região,

(*Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, Tribunal Award of 11 April 2006, RIAA, Vol. XXVII, p. 215, para. 244*) (paragrafo 244).

que a delimitação marítima no Caribe ocidental, todavia vai ser protagonista de novos capítulos jurisprudenciais e vai continuar aberto durante vários anos, com as consequentes tensões políticas na região.

6. Referências bibliográficas

BARRETO GONZÁLEZ, A.: “¿Acatar o no acatar el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Nicaragua v. Colombia?”, 2013, http://works.bepress.com/andres_barreto/3.

BURKE, N.: “Nicaragua v. Colombia: An Unusual Delimitation?”, *Cambridge Journal of International Law Blog*, January 2013, <http://cjiel.org.uk/cjiel-blog>

CADENA AFANADOR, W. R.; DEVIA GARZÓN, C. A.: “Conflictos de delimitación marítima y Convemar. Una mirada desde Colombia”, *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, 2012 – II, 199-223.

GALLEGO COSME, M. J.: “Alcance geopolítico de la delimitación fronteriza marítima fijada entre Nicaragua y Colombia por la Corte Internacional de Justicia en noviembre de 2012”, *Revista GeoGraphos*, vol. 4, nº 43, 2013, 264-280.

GAO, J.: “A Note on the Nicaragua v. Colombia Case”, *Ocean Development & International Law*, 44:3, 2013, 221

HERDOCIA GARCÍA, E.: *Las disputas internacionales de Nicaragua y otras situaciones*, Edit. Hispamer, Managua, 2006.

LOZANO SIMONELLI, A.: “La sentencia inejecutable. La demanda de Nicaragua contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia”, *International Law*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nº 1, junio 2003, 91-163.

OANTA, G. A., “La incidencia de la Isla de las Serpientes del Mar Negro en la delimitación de los espacios marinos”, en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *The contribution of the United Nations Convention on the Law of the Sea to good governance of the oceans and seas*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013.

REMIRO BROTONS, A.: “Problemas de Fronteras en Iberoamérica: La Delimitación de Espacios Marinos”, en MANGAS MARTÍN, A.: *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional em América. Del Pasado al Futuro, Anuario de Direito Público*, Salamanca, 1993, pp. 117-137.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Viejos problemas y nuevos elementos: La discusión sobre el territorio en América”, en *Estudios de Derecho Internacional en*

Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro (Z. Drnas de Clément, coord.), Córdoba, T. I, 2002, pp. 21-44.

URUEÑA, R.: “Colombia se retira del Pacto de Bogotá: causas y efectos”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, Chile, 2013

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APelação CÍVEL 9.696(12 DE OUTUBRO DE 1990)

Guilherme Del Negro

1. Introdução

O caso Genny de Oliveira (STF, ACi 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990) representa um marco sobre a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros em nosso ordenamento jurídico. Trata-se da primeira oportunidade em que os tribunais brasileiros deixaram de aplicar a imunidade absoluta de jurisdição para considerar que em certas hipóteses – no caso, em questões trabalhistas – deve-se permitir que particular demande Estado estrangeiro independentemente do consentimento do último.

Examinando os fundamentos determinantes para a adoção da teoria da imunidade relativa na decisão, esclarecerei como a “solução brasileira” se enquadra no contexto da doutrina de direito internacional e proporei um exame crítico das fontes de direito internacional na matéria, abordando, por último, discussões em aberto sobre o alcance das imunidades.

2. Histórico do caso

Os fatos subjacentes ao caso, assim como a tramitação judicial do processo, estão bem resumidos no parecer da Procuradoria-Geral da República, adotado pelo Ministro Relator como o relatório do acórdão.

Genny de Oliveira, nacional brasileira, pleiteou na justiça trabalhista a anotação na carteira de trabalho de seu falecido marido de alterações contratuais que teriam sido efetuadas pela Representação Comercial da República Democrática Alemã no Brasil.

Em 25 de outubro de 1976, antes das alterações na representação classista levadas a cabo pela Emenda Constitucional n. 24/1999, Genny de Oliveira propôs reclamação trabalhista na 16ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo contra a Representação Comercial da República Democrática Alemã no Brasil. Naquela esfera, a reclamada suscitou preliminar de imunidade de jurisdição de

Estado estrangeiro, com base na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, já internalizada ao ordenamento brasileiro em 1965.

A junta rejeitou a alegação defensiva com base na distinção entre atos de império de atos de gestão, enquadrando a atividade comercial nessa segunda categoria, à qual não se aplicaria a imunidade de jurisdição. Dessa forma, puderam-se acolher os pedidos da reclamante.

Em recurso ordinário, a reclamada atentou para a mudança na organização administrativa da Representação Comercial, que, após 22 de outubro de 1973, passou a fazer parte da Embaixada, tornando-se agente direta do Estado estrangeiro, o que faria competente a justiça federal.¹ O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região acolheu a preliminar de incompetência da justiça laboral.

Remetidos os autos à 8ª Vara Federal de São Paulo, o juiz também declinou de sua competência, suscitando-se conflito de jurisdição perante o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 119, I, e, da Constituição Federal de 1967, após a alteração da Emenda Constitucional n. 7/1977.

No julgamento do conflito de jurisdição (CJ 6.182, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 19.11.1979), o Supremo Tribunal Federal, dando prevalência ao elemento internacional, reviu a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, que considerava que, em casos semelhantes, seria competente a justiça do trabalho.

O Ministro Soares Muñoz, quem sozinho defendeu a manutenção do entendimento do Tribunal Federal de Recursos, afirmou em voto-vista que, dada a relação de especialidade, a expressão “dissídios individuais e coletivos do trabalho” – constante no art. 142 da Constituição vigente, no qual se definia competência da justiça do trabalho – deveria prevalecer sobre a expressão “causas” – constante no art. 125 da Constituição vigente, no qual se definia competência da justiça federal. Em aditamento ao voto, adicionou que a decisão a respeito da imunidade de jurisdição seria simples incidente processual, capaz de apreciação por qualquer juiz.

Os demais Ministros, na linha do voto do relator, defenderam que o art. 125, II, da Constituição vigente, ao conferir à justiça federal o julgamento das “causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil”, teria pretensão de ser genérico e abrangente. Não deveria ser excetuado por outras disposições constitucionais, pois

¹ Cf. art. 125, II, da Constituição Federal de 1967, após a alteração pela Emenda Constitucional n. 1/1969.

teria por objetivo garantir maior segurança nas relações internacionais. De mais a mais, o entendimento contrário levaria à supressão indevida de competência constitucional do Supremo Tribunal Federal inscrita no art. 119, II, a, da Constituição vigente, para o julgamento de matéria de direito público internacional.

Baixados os autos ao juízo singular federal, acolheu-se a imunidade de jurisdição, sob o fundamento de que a Convenção de Viena a reconheceria indistintamente para representantes de Estados estrangeiros. Contra essa decisão foi interposto recurso ordinário no Tribunal Federal de Recursos, que o encaminhou ao Supremo Tribunal Federal, a quem competiria o julgamento do recurso em causa que envolva Estado estrangeiro e nacional brasileiro por força do art. 119, II, a da Constituição vigente.

A apelante sustentou que não havia prova da absorção da Representação Comercial pela Embaixada e que, ainda que se provasse tal modificação, por se tratar de ato de gestão, não haveria imunidade.

O primeiro argumento da parte, quanto à desvinculação da Representação Comercial em relação à Embaixada, contradizia expressamente a prova dos autos, reforçada pela manifestação do governo brasileiro nos autos sobre as relações diplomáticas com a República Democrática Alemã desde 22 de outubro de 1973.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é no sentido da imunidade da Embaixada Alemã, sob os seguintes fundamentos:

Reclamado na ação trabalhista, portanto, é a própria República Democrática Alemã, que, segundo costume consagrado no Direito das Gentes, é imune à jurisdição nacional. Essa imunidade somente é excluída mediante renúncia expressa do Estado demandado. No julgamento do Agravo de Petição nº 56.466-DF, interposto de decisão proferida em ação de indenização proposta por pessoas domiciliadas no País contra o Governo do Japão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a imunidade do Estado estrangeiro, em face de recusa de submissão à jurisdição nacional (RTJ-66/127).

No julgamento da citada Apelação Cível nº 9.684, concluiu o Egrégio Tribunal Pleno que a imunidade civil e administrativa do Estado estrangeiro à jurisdição nacional compreende necessariamente as

*reclamações trabalhistas e só pode ser excluída mediante dupla renúncia, ambas expressamente formalizadas [...].*²

A questão suscitada pelo apelante no caso, e que viria a ser examinada pelo Tribunal é clara: saber se a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro se aplica ou não a questões trabalhistas. Os termos em que se deu tal exame serão sintetizados no item subsequente.

3. A decisão do Supremo Tribunal Federal

O Ministro Relator, Sydney Sanches, afirmou que a redação original da Constituição de 1988, ao incluir na definição da competência da justiça do trabalho a expressão “abrangidos os entes de direito público externo”, levaria a uma dupla conclusão: (i) as reclamações trabalhistas ajuizadas contra Estado estrangeiro na vigência do novo texto constitucional seriam de competência da justiça do trabalho, e não mais da justiça federal; (ii) a previsão constitucional de que seriam viáveis reclamações contra Estados estrangeiros equivaleria ao afastamento da imunidade de jurisdição desses entes.³

A primeira conclusão a que chegou o Ministro Relator foi confirmada por todos os outros magistrados nos demais votos. Contudo, os fundamentos aduzidos para se chegar à conclusão de a imunidade de jurisdição não ser aplicável no caso foram revistos no voto-vista do Ministro Francisco Rezek, cuja sistematicidade ao abordar o tema constitui o principal legado desse acórdão.

De início, o Ministro Francisco Rezek acertadamente rejeita a conclusão de que o artigo 114 da Constituição de 1988 levaria a uma alteração do regime das imunidades. O dispositivo somente diria respeito à definição da competência da justiça laboral, no que a inclusão dos “entes de direito público externo” expandiria seu campo de atuação sobre campo antes tutelado pela justiça federal. Nesse ponto, é importante ressaltar que a competência para o julgamento não deve ser equacionada de imediato com a possibilidade de se apreciar demandas específicas⁴.

² Folha 4 do voto do Relator na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

³ Folhas 5 e 6 do voto do Relator na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

⁴ Folhas 2 e 3 do do voto do Min. Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

Tampouco se poderia chegar a essa conclusão com base no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988). Para além do fato de norma dessa espécie já constar em nossas cartas constitucionais desde 1946 e no artigo 141, §4º, da Constituição então vigente, tem-se que:

[...] quando o constituinte brasileiro promete a prestação jurisdicional a todos, ele o faz sobre a presunção de que a parte demandada é jurisdicionável. Falece autoridade ao constituinte brasileiro para fazer, a quem quer que seja, promessas à custa de soberanias não vinculadas à nossa autoridade soberana.⁵

De forma a afastar inadequações doutrinárias que haviam sido suscitadas e aplicadas na tramitação processual, o Ministro Francisco Rezek ressaltou a existência de duas formas distintas de imunidades de jurisdição no direito internacional, cujas disciplinas e características não se confundem.

Em primeiro lugar, há as imunidades pessoais, abordadas nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963), já incorporadas ao direito brasileiro. Quando um membro do corpo diplomático ou consular seja sujeito passivo de um processo cível ou penal perante os tribunais do Estado estrangeiro⁶, ter-se-á a imunidade de jurisdição, a não ser que o Estado acreditante renuncie a esse direito em seu nome.

Por outro lado, a maior parte das demandas iniciadas nos tribunais brasileiros dizem respeito à imunidade de jurisdição do próprio Estado estrangeiro, e não de seus agentes acreditados. As ações voltadas contra outro soberano não estão previstas nessas Convenções, daí que o marco jurídico utilizado nas discussões nas instâncias inferiores estava equivocado. São as palavras do Ministro Francisco Rezek:

Essa imunidade não está prevista nos textos de Viena, não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público. Ela resulta, entretanto, de uma antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes.

⁵ Folha 6 do voto do Min. Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

⁶ À exceção das hipóteses previstas, respectivamente, nos artigos 31 e 43 dos tratados antes citados.

*Tal foi, nas derradeiras análises da matéria, a tese que norteou as deliberações do Supremo.*⁷

Contudo, essa sólida regra costumeira teria, nos anos setenta, deixado de existir diante da significativa mudança da prática internacional. O caráter absoluto da imunidade de jurisdição passou a ter temperamentos desde antes dessa década como resposta à atuação dos Estados estrangeiros em atos alheios à rotina diplomática “em certos núcleos de grande efervescência capitalista”⁸ Nos centros comerciais mundiais, a necessidade de se afastar a imunidade de Estados estrangeiros para atos de mercado passou a comunicar-se para todos os atos em que o soberano lidasse com particulares que não estavam ligados à atividade oficial. Segundo o Ministro Francisco Rezek, essas ideias demoraram a prosperar na prática brasileira, pois as representações em nosso país ainda estavam ligadas às práticas oficiais:

*Por qué entendíamos, nós, que essa ideia variante da velha tradição não nos alcançava? Porque em Brasília, assim como no Cairo, em Moscou ou em Praga, não existem Estados estrangeiros representados para fins que não os estritamente diplomáticos e consulares. E dentro da rotina diplomática e consular entendíamos que tudo é ato de império.*⁹

De qualquer forma, nos anos setenta, não existiria mais um costume sólido internacional em matéria de imunidade de jurisdição, pois diversos países centrais no panorama internacional já haviam deixado de aplicá-lo, inclusive o excetuando expressamente na legislação nacional. O Ministro Francisco Rezek invoca como indícios da prática internacional para tanto: a Convenção Europeia de 1972 sobre Imunidade do Estado; o *Foreign Sovereign Immunities Act* norte-americano de 1976 e o *State Immunity Act* britânico de 1978. No âmbito da doutrina, afirma que o curso do Professor Peter Trooboff na prestigiosa Academia de Direito

⁷ Folha 2 do voto do Min. Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

⁸ Folha 3 do voto do Min. Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

⁹ Folha 4 do voto do Min. Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

Internacional da Haia em 1986 deixava clara a superação da regra costumeira de direito internacional no tema¹⁰.

E dessa forma conclui sua divergência, que viria a ser acompanhada por todos os Ministros, inclusive pelo Relator:

O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era –, e que assegurava a imunidade em termos absolutos.

Com essas razões, também voto no sentido de dar à causa o deslinde proposto pelo Ministro Relator. Não me apoio no art. 114 da Constituição de 88, mas no fato de não mais encontrar fundamento para estatuir sobre a imunidade como a vinha garantindo o Supremo Tribunal Federal¹¹.

No julgamento da Apelação Cível 9.696, deu-se importante virada jurisprudencial, considerando-se que a regra da imunidade absoluta do Estado estrangeiro não teria mais base na prática internacional, de forma que causas de natureza trabalhista envolvendo súdito brasileiro poderiam ser iniciadas perante nossa justiça laboral.

4. A competência da justiça do trabalho

Como visto, antes da promulgação da Constituição de 1988, subsistiam dúvidas sobre a competência para julgar causas de cunho trabalhista que envolvessem Estado estrangeiro e súdito brasileiro – caberia à justiça do trabalho ou à justiça federal? O art. 125, II e o art. 142, *caput*, ambos da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, dispunham de forma separada sobre a competência para as “causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil” e para “julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores”¹². A relação de especialidade entre essas disposições era

¹⁰ TROOBOFF, Peter. Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles. *Recueil des Cours*, vol. 200, 1986, pp. 235 e ss.

¹¹ Folhas 6 e 7 do voto do Min. Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990.

¹² É a redação dos dispositivos da CF 67/69:

interpretada de maneira distinta. O Supremo Tribunal Federal, apoiando-se no resguardo das relações internacionais, curvou-se por fim pela competência da justiça federal, enquanto o Tribunal Federal de Recursos, apoiando-se na natureza especial dos dissídios trabalhistas, apregoava a competência da justiça do trabalho.

O constituinte de 1988 pretendeu solucionar de vez essa discussão, ao dispor expressamente no artigo 114 que à justiça do trabalho compete o julgamento dos “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo”¹³. Dessa forma, muito embora no dispositivo concernente à competência da justiça federal inexistisse exceção expressa quanto à competência da justiça do trabalho, a relação de especialidade é indiscutível. A Apelação Cível 9.696 é importante na medida em que foi a primeira oportunidade em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal abordou a aplicação do novel dispositivo constitucional.

Por fim, cabe ressaltar que, mesmo após as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004, tal cenário se mantém inalterado. O art. 114, I, incluído por essa Emenda, dispõe que compete à justiça do trabalho julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo”¹⁴.

“Art. 125. Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: [...] II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil;

[...]

Art. 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm#nova-redacao. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

¹³ É a redação do dispositivo original da CF 88:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.” Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

¹⁴ É a redação do dispositivo incluído pela EC 45/04:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

5. Imunidade do pessoal diplomático e imunidade estatal, imunidade de jurisdição e imunidade de execução: importantes diferenciações

Outro notável ponto é a didática distinção que o Ministro Francisco Rezek esclarece em seu voto entre as imunidades de Estado e as imunidades dos agentes de Estado, as quais dão azo à aplicação de diferentes instrumentos jurídicos. Quando se tratar de demanda contra indivíduo que seja agente diplomático ou consular estrangeiro, reger-se-á o regime de imunidades pelas Convenções de Viena, já ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito. A demanda aviaada contra Estado estrangeiro, por sua vez, não está prevista em base convencional, sendo regida pelos princípios e costumes de direito internacional.

De mais a mais, tais institutos possuem finalidades distintas. As imunidades pessoais resguardam o livre exercício de funções oficiais pelos representantes de Estado estrangeiro enquanto as imunidades do Estado dizem respeito à manutenção da igualdade soberana no ambiente internacional e à não intromissão nos assuntos internos.

Essa distinção é importante na medida em que, em caso anterior¹⁵, o Supremo Tribunal Federal afirmara que a imunidade de Estado estrangeiro (e não de seus agentes) estaria afirmada nas Convenções de Viena, o que, conforme ao magistral voto do Ministro Francisco Rezek, certamente não procede.

Para além da distinção entre as imunidades de Estado e as imunidades de agentes de Estado, deve-se também atentar para a diferença entre a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução, que é ressaltada em diversos outros precedentes do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ACi 9.696, somente se comentou sobre a primeira, que diz respeito à sindicabilidade da demanda, e não sobre a segunda, que diz respeito à possibilidade de se determinar medidas que efetivem o provimento judicial. Como ressalta Guido Fernando Silva Soares, há motivos práticos para se distinguir essas modalidades, pois os elementos de conexão com o Estado julgador divergem entre elas (imunidade de execução: existência de bens no foro da execução / imunidade de jurisdição: subsunção à

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

¹⁵ ACi 9.697, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 30.5.1986.

regra de competência no foro do conhecimento), e também podem trazer repercussões diferenciadas nas questões internas dos entes de direito externo.¹⁶

6. *Uma mudança de costume ou a extinção de um costume?*

Um ponto relevante da decisão do Supremo Tribunal Federal diz respeito à base jurídica para a aplicação da imunidade limitada de jurisdição, e que não está clara na redação da ementa. Após o afastamento da imunidade absoluta como costume internacional, a imunidade relativa é aplicada a título de novo costume ou há um espaço de discricionariedade, podendo-se aplicar tanto a imunidade relativa quanto a absoluta?

Na Apelação Cível 9.696, o voto do Ministro Francisco Rezek adotou uma posição segura para concluir que não havia norma costumeira que impusesse a imunidade absoluta de jurisdição de Estados estrangeiros, ao invés de afirmar que já se havia consolidado no direito internacional a norma costumeira da imunidade jurisdicional relativa (ou limitada ou restrita). Tal solução conservadora era realmente a mais adequada nos limites do restrito recorte temporal proposto no voto, uma vez que, nas décadas de 1970 e 1980, relevantes atores globais como a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas ainda se manifestavam no sentido da imunidade absoluta de jurisdição.¹⁷

No contexto atual, já é correto ir mais além, afirmando-se a existência de norma costumeira que prevê a imunidade relativa de jurisdição. À medida que as discussões na Comissão de Direito Internacional e na Assembleia Geral das Nações Unidas avançavam, na tentativa de se codificar uma convenção internacional em matéria de imunidades de Estados estrangeiros, consolidou-se o consenso quanto à necessidade de se limitar as prerrogativas soberanas aos atos de império.

¹⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 199.

¹⁷ Vejam-se, nesse sentido, as respostas remetidas pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas à Assembleia Geral em atendimento aos quesitos formulados pela Comissão de Direito Internacional, em 14 de abril de 1981. Em: Organização das Nações Unidas (ONU). 1981. *Jurisdictional immunities of States and their property - Information and materials submitted by Governments*, A/CN.4/343. No contexto da Guerra Fria, é obviamente complicado afirmar que um costume internacional (no caso, a imunidade relativa) poderia surgir sem o apoio e a prática do bloco soviético. Contudo, já em 1986, e, portanto, à época da decisão, o Brasil fora a única nação a levantar óbices contra a imunidade relativa perante a Comissão de Direito Internacional.

Nesse sentido, desde 1992 nenhuma objeção foi levantada junto ao Grupo de Trabalho sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e de seus Bens quanto à adoção da teoria restrita da imunidade de jurisdição, mas tão somente quanto à conformação do que seriam os atos de império e os atos de gestão.¹⁸

Muito embora já pareça ser adequado afirmar que a imunidade restrita de jurisdição é uma norma de direito internacional costumeiro, de forma que somente atos de império estariam cobertos por essa prerrogativa, tem-se que seu conteúdo ainda é objeto de grandes embates no cenário internacional. A Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e de seus Bens, adotada em 2 de dezembro de 2004, que tenta consolidar regras específicas na matéria, somente conta com catorze Estados-Partes, bastante aquém dos trinta necessários para entrar em vigor.

7. A imunidade como princípio: uma proposta alternativa

Na linha da constatação de que há uma norma costumeira de imunidade de jurisdição, cujo conteúdo ainda está sujeito a variações, existe proposta de qualificar a imunidade restrita de jurisdição como um princípio, e não como uma regra. Com isso, quer-se reforçar o caráter da imunidade restrita como ideia reitora de direito internacional, cujo alcance, porém, somente é determinado no caso concreto. Sobre isso, diz Jasper Finke:

Todos os Estados, com muito poucas exceções, aceitam a imunidade soberana como algo juridicamente vinculante no direito internacional. Mas é basicamente isso. A extensão à qual aos Estados estrangeiros é concedida a imunidade varia de Estado a Estado. A teoria restritiva da imunidade soberana - e sua distinção entre atos públicos e privados - é aplicada de forma tão divergente que é mais apta a ser descrita como uma ideia, uma doutrina ou um conceito que deve ser especificado antes de ser aplicado ao caso do que como uma regra.

Mas o que é mais importante para categorizar a imunidade como um princípio e não como uma regra é a atual diversidade da prática

¹⁸ Organização das Nações Unidas (ONU). 1999. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session*, A/CN.4/L.576, parágrafo 41.

*internacional na aplicação das exceções à imunidade soberana, em especial a exceção relativa à responsabilidade civil e seu âmbito de aplicação.*¹⁹

No contexto dessa proposta, a qualificação de um ato como de gestão ou de império estaria sujeita a variações a depender da jurisdição competente, existindo espaço de discricionariedade para os agentes nacionais conformarem, nos casos a eles submetidos, os espaços não alcançados pela imunidade (seja o legislador, o administrador ou o juiz).

Essa não parece ser a melhor solução. O desenvolvimento progressivo de regras e de procedimentos firmes sobre a imunidade de jurisdição está em mais perfeita consonância com o ideal de segurança nas relações internacionais que subjaz a própria criação dos regimes de imunidades, de maneira a se manter um ambiente jurídico previsível e estável entre os entes soberanos.

8. Uma história demasiadamente simplificada: a imunidade absoluta realmente precedeu a imunidade relativa?

A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, segundo Ian Brownlie, repousa sobre dois princípios distintos.²⁰ Em primeiro lugar, tem-se o princípio do *par in parem non habet jurisdictionem*, que determina que sujeitos em pé de igualdade (no caso, Estados igualmente soberanos) não podem ser submetidos às cortes dos outros sujeitos, a não ser que abram mão soberanamente dessa prerrogativa. Por outro lado, tem-se o princípio da não intromissão nos assuntos

¹⁹ Livre tradução de FINKE, Jasper. Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? *European Journal of International Law* (2010), vol. 21, n. 4, p. 874.

Texto original: “All states, with a very few exceptions, accept sovereign immunity as something which is legally binding under international law. But that’s basically it. The extent to which foreign states are awarded immunity differs from state to state. Even the restrictive theory of sovereign immunity and its distinction between public and private acts is applied so divergently that it is more aptly described as an idea, doctrine, or concept which needs to be specified before it can be applied to a case than as a specific rule. But what is eventually more important for the categorization of immunity as a principle and not as a rule is the current diverse state practice concerning exceptions to sovereign immunity, in particular the tort exception and its scope of application.”

²⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 321.

internos, segundo o qual há uma área de matérias de interesse estritamente nacional, que não deve ser submetida às jurisdições estrangeiras.

A imunidade absoluta repousa na primeira noção, do *par in parem non habet jurisdictionem*. Não se trata, porém, de uma noção originária de direito internacional. É o que se pode notar da leitura dos clássicos. Hugo Grócio não faz referências ao regime das imunidades. Emerich de Vattel, no §55 do Livro II do *Direito das Gentes*, somente adota a segunda noção, vinculando a imunidade dos Estados estrangeiros só aos assuntos internos.²¹ O princípio do *par in parem non habet jurisdictionem* só começa a ser sistematizado com frequência na doutrina a partir do século XIX²².

Tampouco se pode derivar a regra *par in parem non habet jurisdictionem* como consequência necessária do princípio da igualdade soberana. Há uma impossibilidade lógica de se dar perfeita expressão à igualdade soberana no campo das imunidades de jurisdição. Não se pode garantir prerrogativa idêntica a ambos os soberanos envolvidos, mas somente se optar por uma situação jurídica específica que favoreça o Estado do foro ou o Estado estrangeiro – o qual será soberano para julgar tudo que ocorre em seu território ou será soberano para não ser julgado em território estrangeiro. A imunidade absoluta é somente uma das formas possíveis de se normatizar a relação entre os soberanos, com vistas à estabilidade – não garantindo a igualdade.

Quanto a isso, Hersch Lauterpacht afirmava que o direito internacional clássico não dá base à regra do *par in parem non habet jurisdictionem*, que seria uma invenção moderna. Esse autor chegava ao ponto de afirmar que, a partir da doutrina tradicional, o Estado do foro deveria ter jurisdição, pois é “o único mestre dentro de seus domínios”, inclusive sobre súditos e bens com *status* estrangeiro.²³

²¹ VATTEL, Emerich. *Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, pp. 222-223.

²² Nesse século e no início do século XX, vários autores passam a qualificar a doutrina das imunidades como uma derivação do direito natural, em analogia com as liberdades individuais. Vide PHILLIMORE, Lord Walter. *Droits et Devoirs Fondamentaux des États. Recueil des Cours*, v. I, 1923, pp. 51 e ss. Contudo, isso não significa que tais imunidades tenham longa duração ou que derivem imediatamente da igualdade soberana. Trata-se, principalmente, de leitura que se enquadra na “reconstrução” do direito internacional moderno nesse período.

²³ LAUTERPACHT, Hersch. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States. *British Yearbook of International Law* (1951), v. 28, pp. 220-272.

A norma da não intromissão nos assuntos internos, que viria a se consolidar como o gérmen da imunidade relativa, está presente no direito internacional desde muito antes da imunidade absoluta.

Por último, pode-se também questionar a própria base costumeira da regra da imunidade absoluta. Sobre isso, diz Antenor Pereira Madruga Filho:

Ainda assim, contudo, não conseguimos encontrar fundamento para a afirmação de que a regra de imunidade de jurisdição absoluta (ou extensiva) dos Estados, em qualquer momento de sua história, tenha sido sólida, como afirmou o Ministro Rezek (caso Genny de Oliveira), no sentido ressaltado pelo então Procurador Rezek ('nenhum Estado ignora a impossibilidade de submeter outra nação, contra sua vontade, à condição de parte perante o Judiciário local'). A tortuosa história da imunidade de jurisdição dos Estados demonstra que, além do grande esforço necessário para encontrar a consistência e uniformidade essenciais à verificação da existência dessa norma costumeira, nada autoriza afirmar que tal norma, discutivelmente antiga, pode, ademais, ser considerada sólida.²⁴

Registros históricos põem em questão a existência de um costume internacional referente à imunidade absoluta em algum momento histórico. Inclusive no século XIX, quando essa regra teria atingido seu apogeu, há contraexemplos notáveis em seu desfavor. Nessa época, os tribunais belgas e italianos já aplicavam a regra da imunidade relativa e em 1891, o Instituto de Direito Internacional já havia reconhecido limitações à imunidade dos Estados estrangeiros. Até mesmo Dionisio Anzilotti, que criticava com veemência os tribunais de seu país por aplicarem a imunidade limitada, sendo notável defensor das imunidades, considerava que a imunidade de jurisdição possuía limites quanto à propriedade imóvel localizada no Estado estrangeiro.²⁵

Em suma, pode-se afirmar que, no contexto atual, a regra *par in parem non habet jurisdictionem* é cada vez mais de somenos importância, com a ampla

²⁴ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Desenvolvimento da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos: Teoria da fundamentação autônoma. Em: GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (orgs.). *A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, p. 241.

²⁵ ANZILOTTI, Dionisio. L'esonzione degli stati stranieri dalla giurisdizione. *Rivista di Diritto Internazionale* (1910), vol. 5, *apud* GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law* (1992), vol. 3, n. 1, p. 134.

aceitação da teoria da imunidade relativa. Sua superação não põe em questão a igualdade soberana no cenário internacional, pois a “*par in parem*” não é uma derivação lógica desse princípio, mas uma entre várias formas de se operacionalizar a relação entre Estados soberanos. O desenvolvimento e a densificação da imunidade relativa não representa uma ruptura histórica, mas traz em si a retomada da vinculação da imunidade de jurisdição às atividades próprias dos Estados estrangeiros (*acta iure imperii*). Relevantes autores fulcrais do direito internacional não tinham em conta o *par in parem non habet jurisdictionem* como base para a imunidade de jurisdição e até a sua ampla aceitação é questionável, no que foi, na melhor das hipóteses, adstrita a um período histórico específico.

Levando em conta a igualdade soberana, a imunidade limitada parece inclusive ser a solução que melhor concilia as igualdades soberanas – em alguns casos o Estado do foro poderá julgar o Estado estrangeiro, em outros não.

9. A “solução brasileira”: imunidade relativa, atos de gestão e o teste adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A adoção da imunidade relativa traz uma nova questão: o que seriam atos de gestão e atos de império? O método de classificação de um ato como ato de império ou de gestão, de forma a fazer incidir ou não a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, encontra duas principais vertentes no direito internacional: a doutrina da natureza do ato (*nature of the act*) e a doutrina da finalidade do ato (*purpose of the act*).²⁶ A Comissão de Direito Internacional, ao elaborar o projeto de artigos que viria a se converter na Convenção de 2004, teve de enfrentar por diversos momentos divergências entre países quanto ao método mais adequado, no que chegou a uma solução conciliadora, mas quiçá insatisfatória, adotando o teste da natureza do ato como regra geral, podendo ser mitigado pela finalidade do ato

²⁶ Muito embora diversos autores somente tratem das doutrinas da finalidade e da natureza no contexto da exceção comercial, não parece adequado restringi-las somente a essa matéria. Como veremos, é possível também em matéria trabalhista ou em matéria de responsabilidade civil por danos contra bens e contra a integridade física de particulares vislumbrar a aplicação diferenciada dessas doutrinas. Afinal, trata-se de concepção distinta sobre a própria significação dos *acta iure imperii* ou *acta iure gestione*, a qual se estende a todas essas matérias. Nesse sentido também se manifesta o saudoso Antonio Cassese. CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 100-101.

quando as partes acordem entre si ou quando o foro julgue adequado levar tal elemento em conta.

A doutrina da finalidade está vinculada à noção do interesse público. Atos que busquem fins públicos são atos de império, e, portanto, estão cobertos pela imunidade de jurisdição.

Por outro lado, a doutrina da natureza toma por base as atividades tipicamente públicas. Quando o Estado exerce atividade que também poderia ser exercida por particular, e não prerrogativa soberana, não incide a imunidade. Essa vertente surge da ideia da exceção comercial, a qual se expande posteriormente a outras matérias, como a contratação trabalhista.

Do ponto de vista dos resultados, há diferença essencial entre esses testes, que é usualmente levantada pelos comentaristas no tema. A doutrina da finalidade é em regra mais benéfica para os Estados estrangeiros, pois, quando contrate serviço relacionado às atividades oficiais, mesmo que por ato de natureza privada, aproveitar-se-á da imunidade. São os exemplos: (i) da compra de munições, (ii) da contratação temporária de trabalhador para prestar atividade consular ou (iii) da colisão de carro oficial que transportava o embaixador para reunião de governo – enquanto do ponto de vista da finalidade tratam de interesses eminentemente públicos, do ponto de vista da natureza enquadram-se como simples transações privadas.

Desde a década de 1970, diversos países adotaram legislação interna disciplinando os limites da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros em seus tribunais nacionais. Esse não é o caso brasileiro, no qual não há legislação interna que discipline a matéria, muito embora o Itamaraty tenha comunicado às representações estrangeiras a inexistência de imunidade de jurisdição em matéria trabalhista pela Nota Circular DJ/DPI/CJ nº 560.

Ainda quando a legislação interna defina tal ou qual doutrina para a imunidade de jurisdição, deve-se sempre prestar atenção para não se confundir sua aplicação, sob pena, de se ampliar a ou restringir as imunidades. No caso norte-americano, o *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 é expresso quanto à adoção da doutrina da natureza do ato nas transações comerciais. Um bom exemplo de aplicação se deu no caso *Tectonics v. W.S. Kirkpatrick Inc.*,²⁷ no qual a Corte de Apelações do Terceiro Circuito norte-americana distinguiu entre o

²⁷ *Tectonics v. W.S. Kirkpatrick Inc.*, 847 F.2d (3rd Cir. 1988), 493 U.S. 400 (1990). Data da decisão: 2 de maio de 1988.

cumprimento de um contrato de defesa e a concessão de um contrato de defesa. O primeiro não é afetado pela imunidade, por envolver relação que não é estritamente pública, e a segunda sim, por depender de um processo de escolha tipicamente público²⁸. Como se discutia no caso a legalidade da concessão, concluiu-se que “a decisão de celebrar um contrato de defesa com um fornecedor e não com outro é por sua própria natureza de governo”, e, dessa forma, não comercial,²⁹ ao invés do que ocorreria caso se discutisse o descumprimento contratual.

No julgamento da Apelação Cível 9.696, o Supremo Tribunal não se posicionou de maneira expressa quanto à adoção de tal ou qual doutrina – natureza ou finalidade. Contudo, levando em conta que o Tribunal em nenhum momento fez referência às atividades específicas desempenhadas pelo trabalhador na Representação Comercial da República Democrática Alemã no Brasil, ou se essas se relacionavam ao que se tem como a atividade-fim daquele órgão³⁰, é mais adequado compreender-se que o teste adotado pelo tribunal nesse julgado diz respeito à natureza da atividade. A recepção dessa doutrina foi confirmada no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 139.671³¹, e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 222.368³². Consta expressamente na ementa do primeiro acórdão que “o novo quadro normativo [...] permitiu [...] que se construísse a teoria da imunidade jurisdicional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, *a natureza do ato*”³³. Na esteira do AI 139.671-AgR, definiu-se que, em se tratando de matéria de natureza trabalhista, comercial, civil ou empresarial³⁴, o Estado estrangeiro não desfruta de imunidade de jurisdição.

²⁸ É a redação do acórdão (nota 28 *supra*): “While the act of contracting will in many circumstances be properly characterized as commercial conduct, the decision to award a defense contract to one bidder or another is by its very nature governmental.”

²⁹ LAGER, Howard. Avoiding the “Nature-Purpose” Distinction: Redefining an International Commercial Act of State. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1997), vol. 18, n. 3, p. 1085.

³⁰ Ou seja, não se referiu à questão da finalidade pública em momento algum.

³¹ STF, AI 139.671-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 29.3.1996.

³² STF, RE 222.368, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 14.2.2003.

³³ STF, AI 139.671-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 29.3.1996.

³⁴ Todas essas matérias estão elencadas na ementa da AI 139.671-AgR, assim redigida: “Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis,

10. A terceira vertente: as imunidades e a proteção dos indivíduos

A previsão em tratados de direitos humanos do direito de acesso à justiça suscita questões sobre a adequação do regime das imunidades soberanas internacionais – não atentariam as restrições ainda vigentes contra essa garantia fundamental?³⁵

Esse não parece ser o caso de acordo com as decisões de tribunais internacionais. A regra da imunidade de jurisdição não inviabiliza a sindicabilidade da questão, mas somente desautoriza um foro específico, o que não afasta a possibilidade de que o deslinde seja resolvido por tribunais do próprio Estado favorecido ou por um procedimento arbitral próprio. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou, no julgamento do caso *McElhinney vs. Irlanda*,³⁶ que a imunidade de jurisdição sobre Estados estrangeiros busca um fim legítimo que se compatibiliza com a restrição do direito ao acesso à justiça, qual seja, a manutenção de boas relações entre os Estados.

Contudo, as razões com que os Estados estrangeiros podem contar para a incidência da imunidade de jurisdição são atualmente restritíssimas, com o acolhimento do costume internacional da imunidade restrita de jurisdição. No caso da jurisprudência brasileira, o teste da natureza e a extensão da imunidade a causas de natureza comercial, civil, trabalhista e empresarial, englobam quase todo o âmbito da vida dos cidadãos em suas relações com entes estrangeiros, de maneira que a garantia judicial de seus direitos já é significativamente ampla³⁷. No âmbito

perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial [...] tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro.”

Nesse contexto, não cabe confundir a natureza civil de um ato que suscita a responsabilidade com a natureza civil da responsabilidade. De forma alguma todas as hipóteses de responsabilidade civil do Estado estrangeiro perante os particulares estão descobertas da imunidade de jurisdição. É o caso, por exemplo, da responsabilidade civil por fato do príncipe, a qual deriva de ato de natureza pública.

³⁵ Vide RIDRUEJO, José Antonio Pastor. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madri: Tecnos, 2011, pp. 528-529.

³⁶ *McElhinney v. Ireland* [GC], 2001-XI, App. No. 31253/96. Data da decisão: 21 de novembro de 2001.

³⁷ Tal observação somente diz respeito às imunidades de jurisdição. No caso das imunidades de execução, a jurisprudência brasileira ainda é bastante conservadora, dificultando a satisfação dos prejudicados.

da atuação privada do Estado, são poucos os casos em que o indivíduo deixará de ser tutelado pelos tribunais nacionais em processos contra soberanos estrangeiros.

Em se tratando de atos de império, prevalece o entendimento de que mesmo graves violações a normas peremptórias de direito internacional ou a normas de direitos humanos não afasta a imunidade de jurisdição. A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso *Alemanha vs. Itália*,³⁸ e a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Al-Adsani vs. Reino Unido*,³⁹ já se manifestaram nesse sentido, quanto a crimes de guerra e quanto a casos de tortura.

Dessa forma, o reconhecimento no judiciário brasileiro da imunidade de jurisdição limitada em matérias de natureza trabalhista, civil, comercial e empresarial é certamente uma evolução no que diz respeito ao resguardo dos direitos dos indivíduos em suas relações com os Estados estrangeiros. Ademais, os argumentos expendidos na ementa do AI 139.671-AgR apontam para uma crescente preocupação com o acesso à justiça: a imunidade não pode obstar que indivíduos contem com meios acessíveis de reivindicar seus direitos⁴⁰. Contudo, não se pode afirmar que a proteção dos indivíduos já se consolidou como a ideia reitora da relativização da imunidade – ainda há claros espaços que não são alcançados no momento pelo teste da natureza, inclusive, no contexto de atos de império, e ainda é difícil dar efetividade à decisão judicial, pela manutenção da imunidade de execução com caráter absoluto.

De maneira a se dar perfeita expressão ao fenômeno da expansão da personalidade jurídica internacional, descrito por Antônio Augusto Cançado Trindade,⁴¹ o qual pretende a maximização e a efetivação do acesso à justiça, ainda seria necessário um reforço jurisprudencial do respeito aos direitos dos indivíduos no âmbito dos tribunais internos e internacionais – em que se consolide como prioritário o interesse de garantir os direitos dos cidadãos, e não como ressalva quanto a excessos.

³⁸ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening) – Mérito – Julgamento de 3 de Fevereiro de 2012.

³⁹ Al-Adsani v. The United Kingdom [GC], 2001-XI, App. No. 35763/97. Data da decisão: 21 de novembro de 2001.

⁴⁰ Nota 35 *supra*.

⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium – General Course on Public International Law – Part I. A Haia: Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Ia Haye, 2005, p. 203-333

11. As decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal sobre a imunidade de jurisdição de organizações internacionais: uma pontuação final

A inexistência de norma costumeira que dite a imunidade absoluta de jurisdição dos Estados estrangeiros no direito internacional suscita a questão da imunidade de jurisdição das organizações internacionais. Admite-se a mitigação do regime de imunidades também para elas? É possível estender o regime de imunidades dos Estados estrangeiros às organizações internacionais?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento plenário dos Recursos Extraordinários 578.543 e 597.368, em sessão de 15 de maio de 2013⁴² concluiu pela imunidade de jurisdição em matéria trabalhista da ONU e do PNUD. Na decisão, levou-se em conta a Seção 2 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27.784/1950, que excetua esses órgãos da jurisdição de tribunais internos, para indicar um procedimento arbitral de solução de conflitos.

Diante desses precedentes, o regime das imunidades nas cortes nacionais se dá nos termos do acordo de sede ou de imunidades firmado entre o organismo e o Brasil.

Inexistindo disposição expressa quanto à imunidade, ainda há dúvidas quanto ao regime subsidiário a ser aplicado às organizações internacionais. No julgamento do Recurso Extraordinário 67.544⁴³, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de pacificar a matéria, por se tratar de organização internacional cujo estatuto previa a necessidade de acordo entre o organismo e o Estado receptor para definir as imunidades funcionais, mas o acordo ainda estava em negociação. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal restringiram-se a afirmar a necessidade de se celebrar tal acordo, sem contemplar regime subsidiário.

Mantida a indefinição, coexistem diversas alternativas doutrinárias, que são abordadas na sequência.

Leandro de Oliveira Moll, em recente e detalhada obra sobre essa temática,⁴⁴ defende que o regime da imunidade de jurisdição das organizações internacionais deve ser equacionado à doutrina da finalidade, sendo imunes as

⁴² STF, RREE 578.543 e 597.368, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Informativo 706.

⁴³ STF, RE 67.544, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 4.9.1970

⁴⁴ MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. Brasília: FUNAG, 2010. 2ª edição.

atividades vinculadas aos fins para os quais a organização foi constituída. Nesse contexto, “em caso de lacuna, aplica-se o costume, e este determina o reconhecimento às organizações internacionais e a seus funcionários, de imunidades de caráter funcional”⁴⁵.

Outras propostas são sintetizadas por Guido Fernando Silva Soares, no didático *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*:

Alguns autores, no capítulo das imunidades das organizações internacionais, insinuam, como Accioly, que as normas se inspiraram, de certo modo, nas regras vigentes acerca dos privilégios e imunidades das missões diplomáticas ou das prerrogativas de que gozam os Estados, uns em face dos outros. Outros, com apoio na jurisprudência norte-americana (caso Ranollo[...]) afastam qualquer assimilação entre as imunidades diplomáticas tradicionais, concedidas aos diplomatas: “com efeito, estes não escapam absolutamente a qualquer jurisdição, pois, teoricamente, continuam submetidos às instâncias de seus Estados nacionais respectivos”. Ora, como as Nações Unidas não possuem tribunal de jurisdição externa à organização, reconhecer as mesmas imunidades que aos diplomatas seria admitir uma categoria de pessoas acima do império da lei, conclui o juiz no caso Ranollo. [...]

*J.F. Lalive critica a lei americana [International Organizations Immunities Act] por desnecessária. [...] Desde o momento em que um Estado reconhece um organismo internacional e, ademais, oferece seu território como sede, é implícito existir a prevalência de um costume internacional de a organização internacional gozar dos privilégios e imunidades que asseguram seu funcionamento.*⁴⁶

Ao se aplicar a doutrina da finalidade às organizações internacionais, subsistem os problemas que ela gera em relação aos Estados – possibilitam-se abusos de direito sob o manto da vinculação com uma função essencial. Dessa forma, parece melhor estender a doutrina da natureza à imunidade das organizações internacionais. São as vantagens da doutrina da natureza: (i) levar à proteção reforçada dos indivíduos em comparação com as imunidades funcionais, (ii) garantir maior segurança na definição das situações em comparação com teste

⁴⁵ *Op. cit.* pp. 128-129.

⁴⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Op. cit.*, pp. 164-168.

da finalidade, e (iii) assegurar que o funcionamento da organização possa ser mantido sem intervenção determinante do Estado julgador.

Por fim, cabe também analisar a hipótese de o instrumento convencional acolher a imunidade dos tribunais nacionais, mas inviabilizar que a controvérsia seja dirimida ou não indicar qualquer foro competente (em problema semelhante ao do citado julgamento *Ranollo*). Nesses casos, parece adequada a solução proposta por Leandro Moll e ainda mais bem desenvolvida por Rubens Curado⁴⁷ no sentido de que há a vulneração do direito do acesso à justiça, desconsiderando-se a cláusula e submetendo a organização internacional ao tribunal do foro.

O reconhecimento da imunidade deve estar condicionado à existência de mecanismos alternativos adequados para a solução do litígio. Esse problema é ainda mais claro no caso das organizações internacionais, que podem não contar com uma estrutura judicial ou arbitral previamente organizada.

Assim como no caso do Estado estrangeiro, não se trata de inviabilizar os projetos da organização internacional, mas (i) de tutelar suas relações com cidadãos, adotando-se o teste da natureza, e (ii) de se afastar previsões abusivas no caso de inexistir instância competente para resguardar os direitos do particular.

Na lição de Boutros Boutros-Ghali, o acirramento do regime das igualdades jurídicas, como no caso da fixação da imunidade absoluta e da livre disposição nos acordos de sede, quando desacompanhado de igualdade material, pode multiplicar desigualdades e gerar efeitos nocivos. Essa óptica deve ser extrapolada da relação entre Estados e Organizações Internacionais para também incluir os indivíduos, pensando-se quais são os efeitos práticos de institutos jurídicos também sobre eles. Avançamos na mitigação das imunidades, mas ainda há muito a se avançar⁴⁸.

12. Referências bibliográficas

12.1 Decisões

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Al-Adsani v. The United Kingdom* [GC], 2001-XI, App. No. 35763/97. Data da decisão: 21 de novembro de

⁴⁷ SILVEIRA, Rubens Curado. *A imunidade de jurisdição dos organismos internacionais e os direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007.

⁴⁸ BOUTROS-GHALI, Boutros. Le Principe D'Égalité des Etates et les Organizations Internationales. *Recueil des Cours*, v. 100, 1960, pp. 1-74.

2001. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____, *McElhinney v. Ireland* [GC], 2001-XI, App. No. 31253/96. Data da decisão: 21 de novembro de 2001. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59887>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

CORTE DE APELAÇÕES DO TERCEIRO CIRCUITO DOS EUA, *Tectonics v. W.S. Kirkpatrick Inc.*, 847 F.2d (3rd Cir. 1988), 493 U.S. 400 (1990). Data da decisão: 2 de maio de 1988. Disponível em: http://www.leagle.com/decision/19881899847_F2d1052_11738. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)* – Mérito – Julgamento de 3 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ACi 9.697, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 30.5.1986. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25119>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____, ACi 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 12.10.1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____, RE 67.544, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 4.9.1970. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=163672>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____, RREE 578.543 e 597.368, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Informativo 706. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo706.htm>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____, RE 222.368-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 14.2.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331821>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____, AI 139.671-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 29.3.1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

12.2 Documentos oficiais

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Jurisdictional immunities of States and their property - Information and materials submitted by Governments, A/CN.4/343 1981. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_343.pdf. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

_____. 1999. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session, A/CN.4/L.576. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1576.pdf. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

12.3 Artigos e Livros

BOUTROS-GHALI, Boutros. Le Principe D'Égalité des Etates et les Organizations Internationales. *Recueil des Cours*, v. 100, 1960, pp. 1-74.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2007.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.

FINKE, Jasper. Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, 2010, pp. 853-881.

GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, v. 3, n. 1, 1992, pp. 123-138.

LAGER, Howard. Avoiding the “Nature-Purpose” Distinction: Redefining an International Commercial Act of State. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 18, n. 3, 1997, pp. 1085-1107.

LAUTERPACHT, Hersch. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States. *British Yearbook of International Law*, v. 28, 1951, pp. 220-272.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Desenvolvimento da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos: Teoria da fundamentação autônoma. In:

GARCIA, Márcio e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (orgs.). *A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, pp. 221-269.

MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais*. 2ª ed., Brasília: FUNAG, 2010.

PHILLIMORE, Lord Walter. Droits et Devoirs Fondamentaux des États. *Recueil des Cours*, v. I, 1923, pp. 29-71.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madri: Tecnos, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVEIRA, Rubens Curado. *A imunidade de jurisdição dos organismos internacionais e os direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium – General Course on Public International Law – Part I*. A Haia: Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Ia Haye, 2005.

VATTEL, Emerich. *Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.473 (CASO “BELO MONTE”) (01 DE JULHO DE 2005)

Carina Costa de Oliveira

1. Introdução

A construção da usina Belo Monte, apesar dos impactos socioambientais, será responsável por acrescentar à matriz energética brasileira mais de 11 mil megawatts de capacidade instalada, o que representará a maior hidrelétrica inteiramente brasileira e a terceira maior do mundo. Com relação à comercialização da energia gerada por Belo Monte, o governo pretende que a usina entre em operação em 2015.¹ A solução energética e econômica gerou, durante todo o processo, diversos problemas sociais e ambientais que foram levados ao judiciário e repercutiram no âmbito internacional. Os três problemas jurídicos principais analisados pelos tribunais brasileiros, utilizados principalmente pelo Ministério Público Federal para impedir a construção da usina, trataram da proteção de direitos das comunidades indígenas afetadas, das comunidades ribeirinhas e do meio ambiente. Não há como analisar o “caso Belo Monte”² sem levar em consideração esses três problemas jurídicos que foram julgados em muitos casos. Embora o primeiro problema jurídico tenha protagonizado o debate, os dois últimos são fundamentais para a garantia da proteção ambiental e das comunidades ribeirinhas. É relevante descrever o contexto de aprovação do empreendimento e a razão da insuficiente proteção dos direitos das comunidades afetadas e da proteção ambiental.

¹ Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/hotsite_beloMonte/index.cfm?p=7>. Acesso em: 8 de ago. 2013.

² O “caso Belo Monte” é composto por diversas ações civis públicas propostas pelo MPF. As principais foram as seguintes: ACP 2001.39.00.005867-6; ACP 2006.39.03.000711-8; ACP 2007.39.03.000283-9; ACP 2008.39.03.000071-9; ACP 2008.39.03.000218-1; ACP 25779-77.2010.4.01.3900; ACP 0000363-35.2009.4.01.3903; ACP 26161-70.2010.4.01.3900; ACP 25999-75.2010.4.01.3900; ACP 25997-08.2010.4.01.3900; ACP 968-19.2011.4.01.3900; ACP 18026-35.2011.4.01.3900; ACP 28944-98.2011.4.01.3900; ACP 20224-11.2012.4.01.3900. Disponíveis em: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2013/processos-judiciais-do-caso-belo-monte-sao-publicados-na-integra-pelo-mpf>>. Acesso em: 6 set. 2013.

Em 2005, foi promulgado o Decreto Legislativo 788/2005 que autorizou o Poder Executivo a implantar o aproveitamento hidrelétrico Belo Monte.³ O governo federal anunciou, em 2009, que retomaria o projeto de construção da usina a ser implantado na parte final do Rio Xingu, região conhecida como Volta Grande do Xingu, no Pará. Depois de aprovado o edital do leilão nº. 06/200952, a diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) determinou que a licitação fosse realizada no dia 20 de abril de 2010. No contexto de muitas críticas, nessa data ocorreu o procedimento licitatório para a concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica por meio da construção e exploração da usina Belo Monte. O consórcio vencedor do leilão foi o Norte Energia.⁴

Há opiniões favoráveis e contrárias ao projeto. O Ministério de Minas e Energia, com base em estudos realizados pela Empresa de Pesquisa Energética, defendeu que a decisão de utilizar energia hidrelétrica está em consonância com o compromisso assumido pelo Brasil, em 2009, para reduzir as emissões de CO₂ entre 36,1% e 38,9% até 2020.⁵ Outro argumento favorável a essa matriz energética, desfavorável à utilização de outras energias derivadas do carvão, petróleo, gás natural e energia nuclear, é de que a energia produzida por usinas hidrelétricas é a mais competitiva do mercado, pois o seu preço é mais baixo.⁶

As dificuldades na construção do empreendimento são muitas: as peculiaridades técnicas decorrentes da construção de uma hidrelétrica na região da floresta amazônica,⁷ o impacto da obra ao meio ambiente e às comunidades locais,⁸

³ Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=231371>>. Acesso em: 8 de ago. 2013.

⁴ Disponível em: <<http://norteenergiasa.com.br/site/portugues/composicao-acionaria/>>. Acesso em: 8 de ago. de 2013.

⁵ Ver: Relatório do Ministério de Minas e Energia, Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte - Fatos e Dados. Fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/leiloes/Documents/Leil%C3%A3o%20Belo%20Monte/Belo%20Monte%20-%20Fatos%20e%20Dados%20-%20POR.pdf>. Acesso em: 6 de julho de 2013.

⁶ De acordo com dados da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético do MME.

⁷ FEARNSIDE, Philip M. Dams in the Amazon: Belo Monte and Brazil's Hydroelectric Development of the Xingu River Basin. *Environmental Management*, v. 38, n. 1, 2006, p. 16–27; ; STICKLERA, Claudia M.; COEB Michael T.; COSTAC, Marcos H.; NEPSTADA, Daniel C.; MCGRATHB David G.; DIAS, Livia C.; RODRIGUESF, Hermann O.; SOARES-FILHO, Britaldo S. Dependence of hydropower energy generation on forests in the Amazon Basin at local and regional scales. *PNAS*, v. 110, n. 23, 2013, p. 9601–9606.

o que resultou em manifestações contrárias da sociedade civil⁹ e em ações do Ministério Público Federal (MPF) desfavoráveis à continuidade do empreendimento. O MPF já interpôs quinze Ações Cíveis Públicas (ACPs)¹⁰ questionando a implantação da hidrelétrica.¹¹ Além do MPF outras organizações também ajuizaram ações como Organizações Não Governamentais (ONGs). Duas cautelares e uma Suspensão de Liminar (SL) foram analisadas pelo STF: a cautelar à Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 3473, julgada em 2005;¹² a SL n. 125 proferida pela Ministra Ellen Gracie em 2007¹³ e a medida cautelar à Reclamação 14404, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto de 2012¹⁴. As outras ACPs ainda não foram julgadas pelos tribunais superiores.

Os três casos analisados pelo STF trataram principalmente do problema da necessidade de oitiva prévia das comunidades indígenas afetadas pela construção

⁸ Ver sobre o tema: JAICHAND, Vinodh; SAMPAIO, Alexandre Andrade. Dam and Be Damned: The Adverse Impacts of Belo Monte on Indigenous Peoples in Brazil. *Human Rights Quarterly*, v. 35, n. 2, 2013, p. 408-447.

⁹ Ver sobre o tema: HOCHSTETLER, Kathryn. The Politics of Environmental Licensing: Energy Projects of the Past and Future in Brazil. *St Comp Int Dev*, v. 46, 2011, p. 349-371.

¹⁰ As principais ações civis públicas propostas pelo MPF do Pará foram as seguintes: ACP 2001.39.00.005867-6; ACP 2006.39.03.000711-8; ACP 2007.39.03.000283-9; ACP 2008.39.03.000071-9; ACP 2008.39.03.000218-1; ACP 25779-77.2010.4.01.3900; ACP 0000363-35.2009.4.01.3903; ACP 26161-70.2010.4.01.3900; ACP 25999-75.2010.4.01.3900; ACP 25997-08.2010.4.01.3900; ACP 968-19.2011.4.01.3900; ACP 18026-35.2011.4.01.3900; ACP 28944-98.2011.4.01.3900; ACP 20224-11.2012.4.01.3900. Disponíveis em: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2013/processos-judiciais-do-caso-belo-monte-sao-publicados-na-integra-pelo-mpf>>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹¹ Ver sobre o tema: SANTANA, Raimundo Rodrigues. *Justiça ambiental na Amazônia: análise de casos emblemáticos*. Curitiba: Juruá, 2010; CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012; FAINGUELERNT, Maíra Borges. *Belo Monte: um Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2013.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3573 / DF. Relator: Min. Carlos Britto, relator para o acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 01/12/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395720>>. Acesso em: 4 de set. de 2013.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Liminar 125, Pará. Decisão da Ministra Ellen Gracie. Julgamento em: 16/07/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28Belo+Monte%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/kl4j73e>>. Acesso em: 3 de set. 2013.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC na Reclamação n. 14404. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 27/08/2012.

de Belo Monte. Apesar de o mérito ainda não ter sido julgado nessas três ações, o STF sinalizou que não é necessário o consentimento prévio e informado das comunidades indígenas para que o empreendimento seja construído. Considerando que esse posicionamento já foi indicado pelo STF, é relevante apontar quais são os argumentos que ainda podem ser conhecidos e providos pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo STF. De modo geral, observa-se que inicialmente os casos centrais se concentraram nos problemas relacionados às comunidades indígenas (2) enquanto que em um segundo momento começaram a ser julgados problemas jurídicos relacionados a outros âmbitos do direito (3), com evidente desconsideração de procedimentos e de direitos substanciais previstos no direito nacional e internacional.

2. A violação dos direitos das comunidades indígenas afetadas

Os dois principais problemas jurídicos que envolveram a construção de Belo Monte foram a necessidade ou não de oitiva das comunidades indígenas antes da autorização da construção do empreendimento¹⁵ e a garantia de permanência das comunidades indígenas em suas terras.¹⁶ O primeiro problema procedimental foi tratado, direta ou indiretamente, em três ações no STF que resultaram na continuidade das obras, por razões diferentes. A falta de procedimentos claros e definidos no Brasil, quanto à forma de oitiva das comunidades indígenas, resultou em uma expressiva quantidade de ações judiciais que poderiam ter sido evitadas se os procedimentos de participação, de consentimento prévio e informado fossem bem definidos. O segundo problema recorrente é o direito de permanência dos índios em suas terras. Embora esses problemas tenham sido debatidos nos tribunais nacionais (2.1.) e repercutido em instâncias internacionais (2.2.), a proteção desses direitos tem sido insuficiente.

2.1. Os tribunais nacionais e a insuficiente proteção dos direitos das comunidades indígenas

¹⁵ Ver sobre o tema: JAICHAND, Vinodh; SAMPAIO, Alexandre Andrade. Dam and Be Damned: The Adverse Impacts of Belo Monte on Indigenous Peoples in Brazil. *Human Rights Quarterly*, v.. 35, n. 2, 2013, p. 441 e s.

¹⁶ Ver sobre o tema: TIGROUDJA, Hélène. “Exploitation des ressources naturelles et droits fonciers des peuples autochtones”. In: AILINCAI, Mihaela; LAVOREL, Sabine. *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l’homme*. Paris : Pedone, 2013, p. 71-83.

A primeira ação que tratou do problema da desconsideração da oitiva prévia das comunidades indígenas afetadas foi a Medida Cautelar em ADI n. 3473, julgada em 2005.¹⁷ A ação tinha como pedido principal a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, que autorizou o Poder Executivo a implantar o aproveitamento hidrelétrico Belo Monte. De acordo com o Requerente Procurador-Geral da República, esse Decreto deveria ter a sua eficácia suspensa, pois não estaria em conformidade com os parâmetros do artigo 231 parágrafo 3º da Constituição Federal. O citado artigo prevê que o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas “(...) só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

O Congresso Nacional, parte requerida no processo, argumentou que o Decreto era um ato concreto desprovido de generalidade, o que impossibilitaria o julgamento da inconstitucionalidade do mesmo, pois apenas leis gerais podem ser inconstitucionais. Esse argumento foi acatado pela maioria dos ministros do STF,¹⁸ com base em precedentes¹⁹ que não conheceram a ADI. Ressalta-se que a posição do relator Carlos Ayres Brito foi no sentido de que o Decreto tinha função de lei abstrata e, portanto, deveria ser considerado como lei geral.²⁰ Ainda não houve decisão de mérito da ação. O resultado do não conhecimento dessa ação foi a continuidade da realização das obras.

O mesmo resultado foi obtido no julgamento no STF de SL n. 125 de 2007. A Ação Civil Pública que deu origem a essa SL foi interposta pelo Ministério

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3573 / DF

¹⁸ Em sentido contrário e, portanto, a favor do julgamento da inconstitucionalidade de ato concreto: Carlos Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Marco Aurélio.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 842. Rrelator: Celso de Mello. Julgamento em: 26/02/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266561>>. Acesso em: 2 de set. 2013.

²⁰ Parágrafo 8 da decisão “(...) O Decreto Legislativo 788/05 é comando voltado para o desencadeamento da atuação de órgãos, entidades e agentes públicos, tanto quanto do emprego de recursos financeiros e da prática de atos administrativos, sem que se possa prefixar o número deles e o tempo improrrogável de sua empírica manifestação. A patentear, então, que o Poder Legislativo Federal se manifestou pó rum modelo normativo de mandamento tão abstrato quanto genérico e impessoal (...)”.

Público Federal²¹ para suspender, liminarmente, a continuidade do licenciamento ambiental da Usina de Belo Monte pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Os argumentos principais dessa ACP se relacionaram à falta de oitiva prévia das comunidades indígenas afetadas, pelo Congresso Nacional, antes da promulgação do Decreto 788/2005 que autorizou a realização do empreendimento. Por meio de uma liminar, concedida pela Justiça Federal em 28 de março de 2006, o MPF obteve provimento ao seu pedido. Um ano depois da concessão da liminar, a Justiça Federal em Altamira, no Pará, julgou o mérito da decisão e decidiu pela improcedência do pedido do MPF, ou seja, não anulou o licenciamento ambiental prévio. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a sentença de Primeira Instância.

No entanto, em decisão decorrente de Embargos de Declaração, o Tribunal Regional Federal (TRF) reanalisou os argumentos do Ministério Público, principalmente no que tange à aplicação dos artigos 6º, 7º, 14 e 15 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizados no Brasil pelo Decreto Legislativo 143/2002.²² Com base nessa norma, o Tribunal entendeu que seria necessária a oitiva prévia das comunidades indígenas. A decisão foi, portanto, revertida no sentido de impedir que o IBAMA realizasse qualquer ato de licenciamento de Belo Monte.²³ A decisão declarou a invalidade material do Decreto Legislativo n. 788/2005 por violação do art. 231, parágrafo 3º da Constituição e dos seguintes artigos da Convenção n. 169/OIT: art. 3º, item 1; art. 4º, itens 1 e 2; art. 6º, item 1, alíneas a, b, c e 2; art. 7º, itens 1, 2 e 4; art. 13, item 1; art. 14, item 1 e art. 15, itens 1 e 2.

Em julgamento no dia 16 de março de 2007, o STF decidiu liminarmente que o acórdão do TRF teria sido “ofensivo à ordem pública”²⁴ ao considerar inválido o Decreto Legislativo e ao ter proibido o IBAMA de realizar a oitiva das comunidades no lugar do Congresso Nacional. Segundo o STF, o dispositivo não impõe um momento determinado para a oitiva das comunidades indígenas afetadas

²¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000711-8, proposta pelo MPF em face do IBAMA e da Eletronorte. Julgamento : 27/03/2007.

²² Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 3 set.2013.

²³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 5ª Turma, AI 2006.01.00.017736-8/PA. Julgamento: 13/12/2006.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Liminar 125, Pará.

pelo empreendimento e, portanto, o IBAMA poderia realizar a oitiva em momento posterior ao início das obras. A decisão da Ministra foi apresentada nos seguintes termos:

(...) c.2) inexistência de violação ao art. 231, § 3º, da Constituição da República, porquanto citado dispositivo não impõe um momento determinado para a oitiva das populações afetadas pelo empreendimento, sendo ainda certo que mencionada consulta depende de estudos prévios de natureza antropológica que indiquem, com certeza, quais as comunidades afetadas; ademais, "a promulgação prévia deveu-se, acima de tudo, à relevância do projeto, definido pelo Governo Federal como um dos pilares da política energética brasileira" (fl. 14); c.3) a realização posterior da oitiva da oitiva das populações nativas não lhes acarreta qualquer prejuízo, visto que a autorização está condicionada à conclusão favorável dos estudos de viabilidade.²⁵

A SL 125 é um instrumento processual e, portanto, não houve análise de mérito da questão. No entanto, a decisão autorizou a continuidade do processo de licenciamento ambiental pelo IBAMA.²⁶ A decisão irá vigorar até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal²⁷ que ainda não foi proferida.

No que tange à decisão à medida cautelar à Reclamação 14404, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto de agosto de 2012,²⁸ proposta pela União e pelo IBAMA, ela retoma o debate da decisão do TRF que interrompeu as atividades do IBAMA. A decisão da Reclamação foi no sentido de confirmar o julgamento da SL n.125.²⁹

O STF sinalizou por meio das decisões citadas que as comunidades indígenas não teriam direito à oitiva prévia. Na direção do Acórdão que entendeu que seria necessária a oitiva prévia das comunidades indígenas, demonstra-se que a legislação nacional prevê de forma clara e lógica o requisito da oitiva prévia. O direito das comunidades perderia completamente o sentido se ele não fosse garantido em momento anterior à autorização da obra, o que pode ser constatado no caso Belo Monte. Se esse não for o entendimento de mérito do STF, restará às

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Liminar 125, Pará., parágrafo 5.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Liminar 125, Pará.

²⁷ Lei nº 8.437/92, art. 4º, § 9º e o art. 297, § 3º do Regimento Interno do STF.

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n. 14404.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n. 14404, para. 4º.

comunidades postularem esse direito à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que já se posicionou favorável a esse direito.³⁰

Com relação aos argumentos de garantia de permanência das comunidades indígenas em suas terras, foi proposta pelo MPF uma ACP no sentido de proteger as comunidades indígenas da região. Na ACP ajuizada em 17 de agosto de 2011, o MPF pede a paralisação das obras pela violação dos direitos de povos indígenas que terão que ser removidos de suas áreas tradicionais. De acordo com os procuradores, a Constituição Federal veda a remoção de indígenas de suas terras nativas, exceto “em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país”, o que, na avaliação do MPF não é o caso da hidrelétrica.³¹ Segundo o MPF, dois povos indígenas serão diretamente afetados pelas alterações: os Juruna, da terra indígena Paquiçamba, na margem direita da Volta Grande, e os Arara, da terra indígena Arara da Volta Grande, na margem esquerda. A decisão de Primeira Instância não foi favorável ao MPF. O juiz considerou que o processo de licenciamento foi conduzido em conformidade com os procedimentos legais.³²

A propósito do direito das comunidades indígenas em permanecer em suas terras, ainda não é possível concluir se os parâmetros nacionais e internacionais

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Saramaka People v. Suriname*, n. 172, 2007, para. 133.

³¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. ACP n. 28944-98.2011.4.01.3900. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/salada-verde/27006-ministerio-publico-divulga-processos-contrabelo-monte>>. Acesso em: 3 de set. 2013.

³² É importante comentar que uma outra ACP foi interposta na Justiça Federal, com recursos posterior decidido pelo TRF da 1ª. Região em 21 de junho de 2013, com relação a áreas que deveriam ser demarcadas às comunidades da tribo Peresi na região da "Ponte da Pedra" no Mato Grosso. O MPF requereu que todos os atos realizados durante o licenciamento do empreendimento Belo Monte nessa área fossem considerados nulos, considerando que a área citada ainda estava sob processo de demarcação da FUNAI, que estava suspenso. Apesar de o pedido de nulidade dos atos não ter sido provido, a decisão de primeira instância, confirmada pela segunda instância, estipulou o prazo de 1 ano para que a demarcação fosse realizada pela FUNAI. A multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por mês em caso de atraso por parte da FUNAI que tinha sido fixada pelo juiz de primeiro grau foi alterada pela segunda instância para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês de atraso. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1. REGIÃO, AC 199936000097960, 4ª turma. Julgamento em: 21/06/2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 5 de set. 2013.

sobre o tema estão sendo violados no caso Belo Monte.³³ Recentemente, o STF tem se posicionado de modo a garantir que as tribos indígenas permaneçam em suas terras.³⁴ A CIDH também já se pronunciou a favor dessa garantia às comunidades indígenas.³⁵

De modo geral, pela análise dos casos supracitados, observa-se que liminarmente o STF tem se manifestado no sentido de que o Decreto Legislativo não é passível de controle de constitucionalidade e, além disso, que a Constituição não prevê a necessidade de oitiva das comunidades indígenas afetadas, pelo Congresso Nacional, antes de autorizar o aproveitamento dos recursos hídricos. Além disso, a posição dos tribunais tem sido no sentido de que o direito dos indígenas de permanecer em suas terras é respeitado pelos processos de licenciamento ambiental. As recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não impactaram nos posicionamentos que já haviam sido adotados no Brasil.

2.2. O irrelevante impacto das recomendações internacionais às decisões nacionais

Em razão dos resultados não satisfatórios decorrentes das ACPs interpostas, as comunidades indígenas,³⁶ representadas por organizações não governamentais, recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da (ComIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA).³⁷ Apesar de a Comissão ter feito recomendações ao Brasil, no sentido de respeitar os direitos das comunidades indígenas afetadas, não houve impacto significativo nos órgãos políticos e nos tribunais. É relevante apresentar os argumentos utilizados pelas comunidades indígenas para requerer a suspensão do processo de licenciamento e os argumentos

³³ Convenção 169 da OIT, art. 16. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100907.pdf>. Acesso em: 3 set. 2013.

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição n. 3388, *Raposa Serra do Sol*, . Rel. Carlos Britto. Julgamento em: 19-03-2009.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Awás Tingni Community v. Nicaragua*, n. 79, 31 ago. 2001.

³⁶ As comunidades foram as seguintes: Arara; Juruna de Paquiçamba; Juruna do “Kilómetro 17”; Xikrin da Trincheira Bacajá; Asurini do Koatinemo; Kararaô e Kayapó da terra indígena de Kararaô; Parakanã do Apyterewa; Araweté do Igarapé Ipixuna; Arara da terra indígena Arara; Arara da Cachoeira Seca e comunidades da bacia do Xingu.

³⁷ Dentre essas entidades, destaca-se o Movimento Xingu Vivo para Sempre. Para mais informações ver: <<http://xingu-vivo.blogspot.com/>>. Acesso em: 9 de jul de 2013.

da Comissão que recomendou ações do governo brasileiro no sentido de garantir os direitos das comunidades indígenas afetadas.

O argumento principal das comunidades indígenas tangenciava o problema da falta de consentimento prévio e informado para a construção do empreendimento. As vítimas argumentaram, ainda, que a os impactos ambientais da construção da usina estavam colocando em risco as condições de integridade às quais eles teriam direito.³⁸ O governo brasileiro contestou os argumentos das vítimas com base na seguinte posição: a Comissão não poderia intervir na soberania do Estado em conduzir as suas políticas que tinham levado em consideração o interesse público. Afirmou, também, que as comunidades indígenas tinham sido levadas em consideração nas políticas sociais e ambientais que foram adotadas pelo governo para o projeto³⁹.

A Comissão determinou, em 5 de abril de 2011, a suspensão imediata do processo de licenciamento ambiental para a construção de Belo Monte até o cumprimento de algumas medidas. Entre as medidas podem ser citadas: a realização de oitivas com as comunidades indígenas afetadas; a disponibilização dos estudos de impacto ambiental às comunidades; a adoção de medidas específicas para proteger a vida e a integridade dos povos indígenas.⁴⁰

Essas determinações da Comissão, decididas no âmbito de uma medida cautelar, não obtiveram uma resposta objetiva por parte do governo brasileiro. Ao se manifestar sobre a decisão, o Ministro das Relações Exteriores do Brasil declarou que a decisão tinha sido precipitada e injustificada.⁴¹

No dia 29 de julho de 2011, durante a seção regular no. 142, a Comissão revisou a decisão prolatada com relação à Medida Provisória 382/10 com base na petição submetida pelo Brasil .⁴² As medidas indicadas na decisão inicial

³⁸ Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp>>. Acesso em: 4 de ago. 2013.

³⁹ “Brasil entrega à OEA defesa da construção de Belo Monte”. Folha de São Paulo, 27/04/2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/907645-brasil-entrega-a-oea-defesa-da-construcao-de-belo-monte.shtml>>. Acesso em: 4 de ago. 2013.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp>>. Acesso em: 4 de ago. 2013.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2011/04/06/governo-diz-que-exigencias-da-oea-sobre-licenciamento-de-belo-monte-sao-precipitadas-e-injustificaveis-ongs-discordam/>>. Acesso em: 4 de ago. 2013.

⁴² Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp>>. Acesso em: 4 de ago. 2013.

foram alteradas por outras medidas. A decisão de abril havia requerido a suspensão do processo de licenciamento ambiental da hidrelétrica de Belo Monte, o que não foi mencionado na decisão de 29 de julho. Entre as medidas indicadas na nova decisão podem ser citadas: o Estado deveria conduzir um processo de consulta em relação a cada comunidade indígena afetada, com a garantia de que essas comunidades seriam devidamente informadas e teriam proteção de sua integridade física; o Estado deveria adotar medidas para proteger a vida e a integridade das comunidades indígenas do Rio Xingu por meio de Programas que lidassem com questões relacionadas à saúde e à regularização das áreas indígenas das comunidades do Xingu⁴³. A propósito do consentimento prévio e informado, a Comissão decidiu que esse tema seria uma questão de mérito e, portanto, estaria além da possibilidade de decisão no contexto das medidas provisórias. O resultado dessa modificação foi que o processo de licenciamento não foi suspenso.

Tanto nas decisões dos tribunais nacionais, quanto nas recomendações da Comissão, pode-se concluir que a argumentação principal foi no sentido de tentar garantir o direito das comunidades indígenas ao consentimento prévio e informado. Por meio desse argumento, objetivou-se suspender o licenciamento, o que não ocorreu. Outros argumentos, como a preservação ambiental e a garantia do acesso à informação e à participação pública foram utilizados de modo paralelo em outras ações. Esses argumentos devem ser analisados como outras perspectivas que devem ser consideradas relevantes para o caso.

3. A insuficiência de argumentos ambientais e de proteção das comunidades ribeirinhas nos casos de Belo Monte

Argumentos relacionados à proteção ambiental e à proteção das comunidades ribeirinhas têm sido julgados pelos tribunais brasileiros, mas ainda não foram tratados pelos tribunais superiores. Desse modo, é importante analisar esses argumentos de modo a identificar os argumentos que ainda podem ser explorados de modo a garantir a proteção do meio ambiente e das comunidades afetadas.

3.1. Problemas jurídicos ambientais suscitados durante a construção de Belo Monte

⁴³ Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp>>. Acesso em: 4 de ago. 2013.

As questões ambientais ligadas ao empreendimento envolveram, por exemplo, a área que será alagada para a construção da usina e a garantia de sobrevivência para espécies de plantas e peixes. Esses impactos resultaram na previsão de diversas condicionantes estabelecidas pelo órgão ambiental para a continuidade do projeto.⁴⁴ Alguns problemas jurídicos foram objeto de ações nos tribunais brasileiros como a competência para realizar o licenciamento ambiental e a necessidade do cumprimento das condicionantes para a concessão das licenças ambientais. É importante, portanto, observar quando e de que forma foram realizados os Estudos de Impacto Ambiental e como foi o processo de Licenciamento Ambiental.

Os debates com relação a Belo Monte iniciaram-se com o projeto de construção de uma usina hidrelétrica no Rio Xingu, em 1975. Nessa época, a empresa Centrais de Elétricas do Norte do Brasil S.A (Eletronorte, uma subsidiária da Eletrobrás na Amazônia) foi a responsável pelos estudos de inventários⁴⁵ da bacia hidrográfica do rio Xingu com o objetivo de mapear o potencial hidrelétrico da região. O mapeamento foi realizado pela construtora Camargo Corrêa com o intuito de analisar o rio e seus afluentes para identificar qual seria o local mais adequado para a construção das barragens da usina. O estudo do potencial hidrelétrico da área foi concluído no ano de 1980 com a previsão de produção energética de aproximadamente 19 mil megawatts.

Para tanto, a área total alagada alcançaria um raio de 18 mil km², o que afetaria diversas comunidades indígenas e ribeirinhas. Após manifestações de entidades engajadas na defesa do meio ambiente, o projeto de construção da usina teve que ser remodelado, diminuindo a área de inundação. O objetivo foi de aumentar a proteção social e ambiental, de modo a afetar menos as comunidades que viviam nas proximidades da região. O novo projeto, apresentado ao Departamento Nacional de Água e Energia reduziu a área alagada do reservatório de 1.225 km² para 400 km².⁴⁶

⁴⁴ Para analisar os documentos submetidos ao licenciamento ver: < <http://www.ibama.gov.br/licenciamento/index.php>>. Acesso em: 3 de set. 2013.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/hotsite_beloMonte/index.cfm?p=9>. Acesso em: 5 julho 2013.

⁴⁶ Ver: Relatório do Ministério de Minas e Energia, Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte - Fatos e Dados. Fevereiro de 2011. Disponível em:

Com esse novo formato, o projeto foi aprovado no ano de 1988⁴⁷ e logo depois a Eletronorte foi autorizada, por meio de uma Portaria do Ministério de Minas e Energia,⁴⁸ a realizar os estudos de viabilidade⁴⁹ da usina.

O projeto da usina de Belo Monte, assim como outros projetos nacionais de grande porte, é objeto de licenciamento ambiental conduzido, neste caso, pelo IBAMA, órgão ligado ao Poder Executivo Federal. A competência do IBAMA para conduzir o licenciamento ambiental de Belo Monte não foi pacífica entre os órgãos estaduais e federais, o que suscitou a propositura de uma ação civil pública pelo MPF para garantir que o licenciamento fosse feito por este órgão e não pelo órgão estadual ambiental do Pará.⁵⁰ O resultado dessa ação foi de que o IBAMA teria competência para licenciar o empreendimento.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA) foram concluídos pela Eletrobrás e entregues ao IBAMA para análise em maio de 2009. Os técnicos responsáveis pela elaboração do EIA-RIMA concluíram pela viabilidade de Belo Monte, desde que cumpridos os 14 planos, 52 programas e 62 projetos propostos.⁵¹ Além dessas condicionantes, o EIA indicou a necessidade de mudanças no projeto de engenharia da usina de Belo Monte para diminuir os efeitos negativos sobre o meio ambiente. Entre elas, podem ser citadas: a construção de um canal ao lado da barragem principal para passagem de peixes, ao invés de uma escada de peixes; a definição de um hidrograma ecológico para o trecho do rio Xingu entre a barragem principal e a casa de força, garantindo a navegação e a sobrevivência de espécies de peixes e plantas. O IBAMA aprovou o EIA-RIMA.

Diante dessa aprovação do IBAMA, o MPF ajuizou uma ACP para anular o aceite do EIA-RIMA incompleto pelo IBAMA, além de outros aceites realizados por outros órgãos públicos como a ANEEL que recebeu o inventário hidrelétrico da bacia hidrográfica do Rio Xingu sem ter realizado uma avaliação ambiental

<http://www.epe.gov.br/leiloes/Documents/Leil%C3%A3o%20Belo%20Monte/Belo%20Monte%20-%20Fatos%20e%20Dados%20-%20POR.pdf>. Acesso em: 6 de ago. 2013.

⁴⁷ Portaria DNAEE nº. 43, de 2 de agosto de 1988.

⁴⁸ Portaria MME nº. 1.077, de 30 de agosto de 1988.

⁴⁹ Ver o seguinte glossário: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/hotsite_beloMonte/index.cfm?p=9>. Acesso em: 9 de jul. 2013.

⁵⁰ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Ação Civil Pública n. 2001.39.00.005867-6.

⁵¹ Ministério de Minas e Energia. Informativo Eletrônico AHE Belo Monte, edição 11, março/abril de 2009, p. 8.

integrada.⁵² A decisão da Primeira Instância de junho de 2012 foi no sentido da improcedência dos pedidos do MPF, considerando que os procedimentos adotados tanto pelo IBAMA quanto pela ANEEL estavam em consonância com as normas aplicáveis.

Em fevereiro de 2010 foi concedida pelo IBAMA a licença prévia, após análise e aprovação do EIA de Belo Monte.⁵³ As condicionantes supracitadas deveriam ser cumpridas pelos responsáveis pelo empreendimento. Além das condicionantes, outras circunstâncias como a necessidade de regulamentação do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, nos termos do artigo 176 da Constituição Federal, passaram a ser utilizadas pelo Ministério Público como argumento para suspender a licença ambiental. Com base nos argumentos citados, o MPF ajuizou outra ACP para que o licenciamento fosse suspenso até que fosse regulamentado o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas por lei complementar.⁵⁴ A decisão do TRF da 1ª Região, de 23 de janeiro de 2013, foi pela improcedência do pedido, considerando que a eficácia da norma constitucional seria de eficácia limitada, ou seja, dependente de regulamentação para ter eficácia. Portanto, não seria necessária essa regulamentação para dar continuidade ao licenciamento ambiental.⁵⁵ O MPF recorreu da decisão, mas ainda não há decisão sobre o recurso.

A segunda licença ambiental concedida para viabilizar a construção da usina de Belo Monte foi a licença parcial de instalação nº. 770/2011 34, emitida pelo IBAMA em 26 de janeiro de 2011, autorizando a remoção de vegetação e a instalação dos canteiros de obras da usina. Essa licença teve validade de um ano e estava condicionada ao cumprimento de condicionantes específicas como a implantação de programas socioambientais e programas de monitoramento socioeconômicos, que englobaram cuidados com a saúde, educação e saneamento para as comunidades afetadas. Essas condicionantes não foram todas cumpridas, o

⁵²JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública n. 25779-77.2010.4.01.3900. Julgamento: 1/06/2012.

⁵³ Licença Prévia nº. 342/2010. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/licenca%20Belo%20Monte.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2013.

⁵⁴JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública n. 25997-08.2010.4.01.3900. Julgamento: 21/01/2013.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/salada-verde/27006-ministerio-publico-divulga-processos-contrabelo-monte>>. Acesso em: 3 de ago. 2013.

que resultou na propositura pelo MPF de nova ação civil pública⁵⁶ requerendo a declaração de nulidade da licença parcial de instalação nº. 770/2011 emitida pelo IBAMA. O MPF argumentou que esta licença não poderia ter sido emitida sem o cumprimento das condicionantes impostas na concessão da licença prévia nº. 342/2010. Além disso, sustenta não existir a figura do licenciamento parcial no ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, o IBAMA argumenta que a licença parcial de instalação tinha sido substituída pela licença de instalação de n. 795/2011 no dia 1º de junho de 2011.

Em 25 de fevereiro de 2011, esta licença foi cassada pela Justiça Federal do Pará, pois prevaleceu o entendimento de que a licença era ilegal por não ter cumprido as condicionantes estabelecidas pelo IBAMA. De acordo com o juiz da 9ª Vara da Justiça Federal em Belém, que proferiu a decisão liminar, o consórcio empreendedor que tem estabelecido os procedimentos a seguir para a obtenção do licenciamento, o que deveria estar sendo feito pelo IBAMA.⁵⁷ Entretanto, no dia 28 de agosto de 2012 foi prolatada a decisão de mérito pela Primeira Instância no sentido de extinguir o processo sem resolução do mérito, pois no momento da decisão a licença parcial de instalação já tinha se convertido em licença de instalação. O MPF recorreu da sentença, mas ainda não foi julgado o recurso.

A licença de instalação nº. 795/2011⁵⁸ autorizou o consórcio vencedor a iniciar a construção da usina. Com a emissão dessa licença, o Governo anunciou uma série de medidas para reduzir os impactos ambientais da construção de Belo Monte. Entre elas foi realizado um Plano de Desenvolvimento Regional Sustentável do Xingu⁵⁹ com o objetivo de preparar a região de integração do rio Xingu aos impactos das obras de Belo Monte. As seguintes medidas fazem parte do plano: regularização fundiária, licenciamento ambiental, capacitação da população

⁵⁶ JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública nº. 968-19.2011.4.01.3900. Julgamento : 28/08/2012. Movida em face de Norte Energia, IBAMA e BNDES.

⁵⁷ JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública nº. 968-19.2011.4.01.3900. Julgamento : 28/08/2012.

⁵⁸ Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/LI_770_26jan2011_Belo_Monte.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2013.

⁵⁹ [Decreto nº 7.340, de 21 de outubro de 2010](#). Institui o Plano de Desenvolvimento Regional Sustentável - PDRS do Xingu, o seu Comitê Gestor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7340.htm>. Acesso em: 3 set. 2013.

local, ampliação de escolas e universidades públicas, universalização do acesso à energia elétrica, melhoria dos transportes rodoviário e hidroviário, entre outras. O empreendedor também irá destinar recursos para a realização dessas atividades.

Não obstante a adoção dessas medidas pelo governo, o MPF ingressou com outra ACP, cinco dias após a concessão da licença de instalação, objetivando a declaração de nulidade desta licença.⁶⁰ Segundo o MPF, esta licença tinha sido emitida pelo IBAMA sem o cumprimento das condicionantes impostas na concessão da licença prévia nº. 342/2010. A decisão de primeira instância ainda não foi prolatada.⁶¹

Observa-se que há diversos argumentos ambientais que podem ser utilizados para a garantia da proteção ambiental. Ainda que os tribunais tenham se manifestado mais contra que a favor do argumento da prevenção possíveis danos socioambientais, as licenças foram sendo concedidas sem que as condicionantes estabelecidas pela licença anterior tivessem sido cumpridas. Além da problemática ambiental, o objeto de outras ACPs buscou garantir uma melhor participação pública das comunidades que foram atingidas, não apenas das indígenas, mas também das ribeirinhas.

3.2. A insuficiente participação das comunidades afetadas

Durante o processo de licenciamento, a participação das comunidades afetadas, tanto de indígenas como de ribeirinhas, no processo de decisão e de implementação do projeto, foi um dos problemas mais questionados pelo MPF nas ACPs. No decorrer do processo foram realizadas quatro audiências públicas com as comunidades afetadas.⁶² Outras audiências públicas foram realizadas no âmbito de outras organizações como a Câmara dos Deputados,⁶³ porém sem resultados efetivos. Dessa forma, é importante apresentar os motivos da insuficiente participação das comunidades destacando quando e como ocorreram as audiências,

⁶⁰ JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública 18026-35.2011.4.01.3900.

⁶¹ Disponível em: <<http://portal.trfl.jus.br/sjpa/>>. Acesso em: 30 set. 2013.

⁶² Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/hist.asp>>. Acesso em: 3 set. 2013.

⁶³ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/197417-AUDIENCIA-DISCUTIRA-IMPACTOS-DA-HIDRELETRICA-DE-BELO-MONTE.html>>. Acesso em: 3 set. 2013.

além dos principais argumentos levantados pelo MPF para garantir a participação das comunidades ribeirinhas. Serão analisados, também, os argumentos que poderiam ter sido incluídos na defesa das comunidades diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No dia 26 de agosto de 2009, o IBAMA publicou o edital de convocação de audiências públicas destinadas a ouvir as comunidades que seriam direta e indiretamente afetadas pelo empreendimento. As quatro audiências públicas realizadas sobre Belo Monte aconteceram nos municípios de Altamira, Brasil Novo, Belém e Vitória do Xingu. O objetivo desses encontros foi de apresentar os resultados dos estudos de impacto ambiental às comunidades que seriam afetadas pela construção da usina e ouvir as suas opiniões sobre o empreendimento. Os organizadores das audiências públicas providenciaram cartilhas, transporte e publicidade das audiências para algumas das comunidades atingidas.⁶⁴ Nessas audiências, dirigentes do IBAMA, juntamente com representantes da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Eletronorte, defenderam a importância da usina, afirmando que ela será responsável pela geração de renda e de emprego nessa região.

Embora essas audiências tenham ocorrido, alguns atores se manifestaram no sentido de que não houve uma efetiva participação dos interessados nessas reuniões. Entre os atores, podem ser citados membros do Ministério Público,⁶⁵ membros da sociedade civil como ONGs, com os seguintes argumentos: de que as prerrogativas do MP tinham sido cerceadas; de que o objetivo das audiências teria sido de apenas apresentar a vontade do governo e não considerar a posição das comunidades atingidas com relação ao empreendimento. Diante desses fatos, o MPF interpôs ACP⁶⁶ para tentar garantir a participação de todas as comunidades afetadas. Nessa ação, O MPF sustentou que considerando a distância entre os municípios e a dimensão do projeto, o número de audiências não foi suficiente

⁶⁴Disponível

em:

<http://licenciamento.ibama.gov.br/Hidretricas/Belo%20Monte/Outros%20Documentos/Audi%EAncias%20-%20Esclarecimentos/Relatorio_Geral_Audiencias_Publicas_AHE_Belo_Monte_Elabore_08set2009.pdf>. Acesso em: 3 de jul. 2013.

⁶⁵ Conforme a notícia “Índios protestam contra Belo Monte”, veiculada no site do jornal Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,indios-protestam-contrabelo-monte,435625,0.htm>>. Acesso em: 6 jul. de 2013.

⁶⁶ JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública nº. 26161-70.2010.4.01.3900.

para garantir a oitiva de todos os afetados pela construção e operação da usina. Por tal motivo, pede que sejam declaradas nulas as audiências realizadas pelo IBAMA no licenciamento ambiental do empreendimento, nos dias 10, 12, 13 e 15 de setembro de 2009. O governo federal, por sua vez, defendeu que foram cumpridas as exigências legais que impõem a realização de audiências públicas com as comunidades afetadas pela construção da usina.

Não houve análise dos tribunais superiores com relação a esses argumentos. Quando essa análise for feita será possível afirmar se os direitos de acesso à informação e à participação estão sendo respeitados. Caso os tribunais superiores não garantam esses direitos, será possível trabalhá-los em uma futura ação diante da CIDH. Nesta Corte, o direito ao acesso à informação foi reconhecido como um direito humano tanto por normas,⁶⁷ bem como por sua jurisprudência.⁶⁸ Além disso, a OEA tem avançado na elaboração de uma Lei Modelo sobre o acesso à informação.⁶⁹ Com relação à participação pública, a Carta da OEA estabelece que entre os objetivos dos Estados membros está a plena participação de seus povos em decisões relativas ao desenvolvimento (Artigo 34), com destaque para a participação de setores marginais da população (Artigo 45.f).

Diante da exposição dos principais problemas jurídicos debatidos no caso Belo Monte, observa-se que os argumentos de proteção dos direitos das comunidades ribeirinhas e da proteção ambiental ainda estão sendo apresentados nas instâncias inferiores, podendo fazer parte de futuras ações diante dos tribunais

⁶⁷ A Convenção Americana trata em seu art. 13 do direito à liberdade de expressão e de pensamento que compreende o direito de buscar e de receber informação (art. 13.1 da Convenção). Na Opinião Consultiva de 5 de 1985, a Corte delimitou as diversas dimensões do direito à liberdade de expressão que inclui o aspecto do direito a ter acesso à informação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-5/85, n. 5, 1985, parágrafo 5).

⁶⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou em favor dessa interpretação no caso *Claude Reyes contra Chile*. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Decisão n. 151, 2006. O caso trata de um grupo de ambientalistas que solicitaram informações sobre um projeto de industrialização florestal que foi negado pelo governo. A Corte destacou que nesse caso o direito ao acesso está compreendido na liberdade de expressão que resulta em obrigações para todos os níveis do poder público no âmbito do Estado. A decisão da Corte estabeleceu que as obrigações do Estado diante desse direito são: informar de forma oportuna, completa e acessível a todas as solicitações; contar com instrumentos que possibilitem a satisfação desse direito; garantir a publicidade e a transparência na gestão pública; realizar a implementação adequada e a adequação ao ordenamento.

⁶⁹ Disponível em :< http://www.oas.org/dil/AG-RES_2607-2010_por.pdf>. Acesso em: 5 março 2012.

superiores. Caso os direitos de acesso à informação e de participação pública não sejam garantidos pelos tribunais nacionais, há a possibilidade de recorrer à CIDH. Ademais, a falta de procedimentos claros e precisos quanto a forma, o prazo e os instrumentos que possam garantir um efetivo acesso à informação e uma real participação pública, apresenta-se como um limite da efetividade desses direitos no Brasil.

4. Conclusões preliminares

O STF sinalizou, no contexto das ações que foram analisadas pelo tribunal, que não será recepcionado o argumento de que seria necessária a oitiva prévia das comunidades indígenas para a autorização da construção de Belo Monte. Outros direitos procedimentais e substanciais devem ser utilizados para garantir o direito das comunidades afetadas e requerer a proteção ambiental. Nesse sentido, é relevante destacar quais argumentos devem ser aprofundados e quais são os limites para a consideração dos tribunais nacionais e internacionais desses direitos.

O direito ao acesso à informação e de participação devem fazer parte dos argumentos utilizados na defesa das comunidades afetadas pela construção. Todavia, há lacunas no Brasil no que tange à regulamentação nacional desse direito. A inexistência de procedimentos claros e definidos no Brasil, quanto à forma de oitiva das comunidades indígenas afetadas, resultou diversas ações nos tribunais que poderiam ter sido evitadas. Além disso, a mera existência de normas que garantam o acesso à informação ou a participação pública não é suficiente para que exista uma verdadeira garantia desses direitos. As normas sobre acesso devem ser tempestivas, pertinentes, capazes de atingir quem precisa da informação. No mesmo sentido, a mera existência de leis que citem a possibilidade de participação não é suficiente para garantir a participação tempestiva, informada, capaz de influenciar as decisões políticas.

Além disso, constata-se também a insuficiência de parâmetros técnicos gerais que sirvam de base para as análises dos problemas ambientais. O processo de licenciamento precisa estabelecer critérios e fases mais definidas que possam garantir segurança jurídica para o empreendedor e para a sociedade. Esse

argumento deve ser utilizado principalmente nos tribunais nacionais, pois o meio ambiente ainda tem proteção limitada no contexto do direito internacional.⁷⁰

No que tange aos tribunais internacionais, o direito das comunidades indígenas e das comunidades ribeirinhas poderá ser levado à Corte Interamericana. Considerando que há julgados favoráveis à necessidade de consentimento prévio e informado às comunidades indígenas, além de julgados no sentido de garantir o acesso à informação às comunidades, é provável que esse direito venha a ser reconhecido.

5. Referências bibliográficas

5.1 Livros

CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAINGUELERNT, Maíra Borges. *Belo Monte: um Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2013.

OLIVEIRA, Carina Costa de. *La réparation des dommages environnementaux en droit international: contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2012.

OLIVEIRA, Carina Costa de. *Solução de conflitos ambientais no direito internacional*. Porto Alegre : Núria Fabris ed., 2010.

SANTANA, Raimundo Rodrigues. *Justiça ambiental na Amazônia: análise de casos emblemáticos*. Curitiba: Juruá, 2010.

TIGROUDJA, Hélène. “Exploitation des ressources naturelles et droits fonciers des peuples autochtones”. In: AILINCAI, Mihaela; LAVOREL, Sabine. *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*. Paris : Pedone, 2013, p. 71-83.

5.2 Artigos

⁷⁰ Ver sobre o tema: OLIVEIRA, Carina Costa de. *Solução de conflitos ambientais no direito internacional*. Porto Alegre : Núria Fabris ed., 2010; OLIVEIRA, Carina Costa de. *La réparation des dommages environnementaux en droit international: contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2012.

FEARNSIDE, Philip M. Dams in the Amazon: Belo Monte and Brazil's Hydroelectric Development of the Xingu River Basin. *Environmental Management*, v. 38, n. 1, 2006, p. 16–27.

HOCHSTETLER, Kathryn. The Politics of Environmental Licensing: Energy Projects of the Past and Future in Brazil. *St Comp Int Dev*, v. 46, 2011, p. 349–371.

JAICHAND, Vinodh; SAMPAIO, Alexandre Andrade. Dam and Be Damned: The Adverse Impacts of Belo Monte on Indigenous Peoples in Brazil. *Human Rights Quarterly*, v. 35, n. 2, 2013, p. 408–447.

STICKLERA, Claudia M.; COEB Michael T.; COSTAC, Marcos H.; NEPSTADA, Daniel C.; MCGRATHB David G.; DIAS, Livia C.; RODRIGUESF, Hermann O.; SOARES-FILHO, Britaldo S. Dependence of hydropower energy generation on forests in the Amazon Basin at local and regional scales. *PNAS*, v. 110, n. 23, 2013, p. 9601–9606.

5.3 Jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3573 / DF. Relator: Min. Carlos Britto, relator para o acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 01/12/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Liminar 125, Pará. Decisão da Ministra Ellen Gracie. Julgamento em: 16/07/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC na Reclamação n. 14404. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 27/08/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 842. Rrelator: Celso de Mello. Julgamento em: 26/02/1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição n . 3388, *Raposa Serra do Sol*, . Rel. Carlos Britto. Julgamento em: 19-03-2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1. REGIÃO, AC 199936000097960, 4ª turma. Julgamento em: 21/06/2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000711-8, proposta pelo MPF em face do IBAMA e da Eletronorte. Julgamento : 27/03/2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 5ª Turma, AI 2006.01.00.017736-8/PA. Julgamento: 13/12/2006. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. ACP n. 28944-98.2011.4.01.3900.

TRIBUNAL . TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Ação Civil Pública n. 2001.39.00.005867-6.

JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública n. 25779-77.2010.4.01.3900. Julgamento: 1/06/2012.

JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública n. 25997-08.2010.4.01.3900. Julgamento: 21/01/2013.

JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública nº. 968-19.2011.4.01.3900. Julgamento : 28/08/2012.

JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública 18026-35.2011.4.01.3900.

JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ. Ação Civil Pública nº. 26161-70.2010.4.01.3900.

5.4 Decisões de Cortes Internacionais

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Saramaka People v. Suriname*, n. 172, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Awas Tingni Community v. Nicaragua*, n. 79, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Claude Reyes contra Chile*, n. 151, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-5/85, n. 5, 1985.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL *153 (28 E 29 DE ABRIL DE 2010)*

Fabia Fernandes Carvalho Veçoso

1. Introdução

Este artigo possui como objetivo discutir os principais aspectos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF 153),¹ proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e julgada pelo pleno do STF entre 28 e 29 de abril de 2010. Em votação por maioria, a ADPF foi julgada improcedente, nos termos do voto do Ministro Relator Eros Grau.

A longa decisão de 266 páginas tratou do pedido da OAB que teve como objetivo a declaração de não recebimento, pela Constituição Federal de 1988 (CF 88), de dispositivo contido na Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Essa lei concedeu anistia àqueles que, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou crime conexo com esses, cometeram crimes eleitorais e àqueles que foram punidos com base em Atos Institucionais e Complementares adotados durante o período de nossa ditadura militar. Segundo a OAB, a ADPF seria o instrumento adequado para definir, com eficácia geral, se a lei de anistia brasileira está em conformidade com a ordem constitucional instaurada em 1988 em nosso país.

A decisão do STF na ADPF 153 está relacionada à complexidade dos contextos de mudança de regime, com atenção especial para a estratégia jurídica adotada pelo Brasil para possibilitar o início da transição para a democracia. A adoção de uma lei de anistia por aquele que se beneficiará dela, o próprio regime militar, foi objeto de intensas críticas no Brasil e fora de nosso país, como discutido em capítulo desta obra que analisa o Caso *Gomes Lund* (“Guerrilha do Araguaia”),

¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Tribunal Pleno, j. 29 abr. 2010, Min. Rel. Eros Grau, DJe n. 145, publicação 6 ago. 2010. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no mesmo ano de 2010, apenas alguns meses após a decisão do STF. Nesse caso, a Corte Interamericana determinou a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o conflito conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, as quais restaram impunes justamente pela adoção da anistia de 1979.²

A decisão do STF será discutida nesse trabalho considerando-se a dimensão contestável dos processos de transformação política. Para além de uma demonização da anistia brasileira, o que se busca é chamar a atenção para a complexidade dos processos de mudança de regime, nos quais a adoção de estratégias jurídicas que possibilitem transformação política não se dá em um contexto neutro, mas em um contexto repleto de conflitos e embates sobre qual seria o melhor esquema jurídico-institucional para iniciar a transição democrática. Assim, refletir sobre a anistia brasileira e a sua análise pelo STF décadas após a sua edição deve considerar essa dimensão contestável, sob pena de excessiva simplificação de nosso passado autoritário.

2. A ADPF 153

O pedido inicial da OAB,³ que teve como arguidos o Presidente da República e o Congresso Nacional, centrou-se em alegada controvérsia constitucional a respeito do âmbito de aplicação da lei n. 6.683/79, em especial sobre o parágrafo 1º do artigo 1º dessa lei.⁴ Para a arguente, haveria dúvidas se houve ou não anistia dos agentes do Estado brasileiro responsáveis pelo cometimento de crimes, como homicídio, desaparecimento forçado, abuso de

²Vide capítulo de minha autoria sobre o caso no volume II desta obra.

³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” BRASIL, Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 25 nov. 2013.

autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar.⁵ Argumentou ainda a OAB que, caso o STF admita que a lei foi recepcionada pela CF 88, seria “imperioso interpretá-la e aplicá-la à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal.”⁶

Restaram superadas as questões preliminares⁷ apresentadas pela Advocacia Geral da União, pela Procuradoria Geral da República, pelo Ministério da Defesa e pelo Senado Federal, as quais trataram basicamente do cabimento da ADPF, da ausência de impugnação de todas as normas relacionadas à questão da anistia (além da lei de 1979, a emenda constitucional n. 26 de 1985 deveria ter sido incluída no pedido inicial), da falta de indicação de autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceito fundamental, do não cabimento da ação diante de atos cujos efeitos se esgotaram com a edição da lei 1979 e da prescrição dos crimes cometidos pelos agentes estatais à época do regime militar.⁸ Vencido o Ministro Marco Aurélio,⁹ que afirmou falta de interesse processual e, assim, inadequação da ADPF, na medida em que a lei de 1979 é anterior à CF 88, já estariam prescritos os crimes cometidos durante a ditadura, o que também impossibilitaria o pagamento de indenizações às vítimas.

Na sessão plenária de julgamento realizada entre 28 e 29 de abril de 2010, participaram 9 dos 11 ministros do STF. Em votação de 7 votos a favor e 2 votos contra, a ADPF foi julgada improcedente nos termos do voto do Ministro Relator Eros Grau, vencidos o Ministro Lewandowski, que deu parcial provimento à ação proposta pela OAB, e o Ministro Ayres Britto, que a julgou parcialmente

⁵ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., fls. 2.

⁶Idem, fls. 4.

⁷Presentes à sessão de julgamento os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. O Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado à época e o Ministro Dias Toffoli impedido na ADPF 153. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Extrato de Ata, Op. Cit., fls. 76-77.

⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., fls. 12-14 Voto Min. Eros Grau; fls. 48 Voto sobre Preliminar Min. Cármen Lúcia; fls. 49-50 Voto sobre Preliminar Min. Ayres Britto; fls. 51 Voto sobre Preliminar Min. Ellen Gracie; fls. 52 Voto sobre Preliminar Min. Gilmar Mendes; fls. 57-69 Voto sobre Preliminar Min. Celso de Mello; fls. 70-71 Voto sobre Preliminar Min. Cezar Peluso.

⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., fls. 53-56 manifestação Min. Marco Aurélio.

procedente para excluir da anistia os crimes previstos no art. 5º, XLIII da CF 88 (tortura, tráfico de drogas, terrorismo e os crimes hediondos).¹⁰

O Ministro Relator Eros Grau¹¹ dividiu seu voto em dez tópicos principais, os quais trataram das questões preliminares, das primeiras considerações sobre a inicial, da afronta a preceitos fundamentais, da interpretação conforme a constituição e os crimes conexos, da jurisprudência do STF em matéria de anistias, da interpretação do direito e as leis-medida, da transição para a democracia, da interpretação e revisão da lei de anistia, da emenda constitucional n. 26/85 e observações finais. Apenas pela menção a esses tópicos é possível perceber a complexidade dos temas relacionados ao julgamento da ADPF 153.

Ao empreender suas primeiras considerações sobre a inicial, o Ministro Eros Grau chamou a atenção para uma distinção que norteou todo o seu voto: a diferença entre texto normativo e norma jurídica, ou a diferença entre a dimensão textual e a dimensão normativa. Assim, para o ministro, a interpretação do direito deve ser vista como constitutiva e não meramente declaratória, eis que todo texto normativo é obscuro até a sua interpretação. Tais considerações permitiram ao ministro atacar a alegada obscuridade da lei n. 6.683/79, tal como afirmado pela OAB.

A OAB alegou em seu pedido a afronta a quatro preceitos fundamentais: isonomia em matéria de segurança, direito à informação, princípios democrático e republicano e a dignidade da pessoa humana. Para o Ministro Eros Grau, não houve afronta à isonomia, pois mesmo com a persecução criminal de alguns (opositores políticos ao regime militar) e ausência de persecução criminal de outros (agentes estatais), a lei pode sim tratar de forma desigual os desiguais, podendo “anistiá-los, ou não, desigualmente”.¹² Relativamente ao direito à informação, valendo-se do parecer do Procurador Geral da República, o Ministro Eros Grau buscou chamar a atenção para uma característica geral das anistias: elas se ligam a fatos e são concedidas a pessoas indeterminadas. Nesse passo, reconhecer a legitimidade de uma anistia não implica, necessariamente, em apagar ou esquecer o passado.

¹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Extrato de Ata, Op. Cit., fls. 265-266.

¹¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 12-46.

¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 17.

Quanto aos princípios democrático e republicano, segundo a OAB, a anistia deveria ter sido legitimada pelo povo brasileiro após a CF 88, mediante referendo. Para o Ministro Eros Grau, se assim fosse, toda a legislação anterior à CF 88 deveria ser considerada formalmente inconstitucional, o que se caracteriza como forte contradição. E se fosse considerada revogada toda a lei n. 6.683/79, como fazer com todas as indenizações pagas até o momento pelo governo brasileiro? Tudo deveria ser devolvido aos cofres públicos para que fosse mantida a coerência do argumento.

Finalmente, o quarto preceito fundamental que teria sido violado pela lei de anistia, segundo a OAB, seria a dignidade da pessoa humana. A arguente questionou em que medida a anistia de fato esteve ligada a um acordo político que pudesse permitir a transição para a democracia. Quais teriam sido os termos desse pacto? Todos os brasileiros teriam, de fato, dele participado? Neste ponto, o Ministro Eros Grau empreendeu argumentação muito relevante para afastar a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afirmou o ministro que a OAB, ao ressaltar a preponderância desse princípio de forma descolada da história recente do Brasil, ignora todo o contexto brasileiro de transformação política. A “batalha pela anistia” ocorreu e foi amparada por movimentos sociais brasileiros segundo Eros Grau. Ademais, utilizando-se de depoimento de Dalmo de Abreu Dallari, os opositores ao regime sabiam que concessões seriam necessárias à ideia de anistia “ampla, geral e irrestrita” para que os militares pudessem deixar o poder.¹³ O pedido da OAB simplifica, assim, as complexidades relacionadas a esse importante momento da história de nosso país.¹⁴

¹³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 22-23.

¹⁴ “21. A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la.(...) Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do “Dr. Tancredo”, como diziam os que pisavam o chão da História. Essas jornadas, inesquecíveis, foram heróicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, o Ministro Eros Grau chama a atenção para um ponto absolutamente relevante para o debate que se pretende articular neste artigo, qual seja, o uso de valores universais motivado por interesses particulares. Na medida em que a dignidade da pessoa humana pode ser “preenchida” por perspectivas particulares, perde-se o caráter universal do princípio e temos a chamada “tirania dos valores”.¹⁵

O ministro seguiu sua argumentação para tratar da interpretação da CF 88 e os crimes conexos. Eros Grau sublinhou que, de fato, a lei de anistia de 1979 buscou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes estatais contra os opositores ao regime militar. Neste ponto, o ministro chamou a atenção para a necessidade de se compreender o sentido da expressão “crimes conexos a crimes políticos” em relação ao contexto histórico em que foi adotada a lei de anistia. Não se trata do conceito técnico de conexão criminal, mas de um sentido mais amplo para a expressão, relacionado ao momento histórico de mudança de regime. Tivemos, assim, uma anistia bilateral, ampla e geral, que envolveu os dois lados do conflito político da época. O Ministro Eros Grau ponderou “Anistia que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou, veremos logo adiante – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.”¹⁶

empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 21-22 (grifos no original).

¹⁵“Tem razão a Arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arroga a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 23-24.

¹⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 26-27.

Seu voto continua com a menção à jurisprudência do STF sobre o caráter amplo das anistias, mencionando acórdãos que analisaram anistias concedidas no Brasil desde os anos 1900. Em seu próximo tópico, o Ministro Eros Grau aprofundou seu entendimento sobre a interpretação do direito. Afirmou que as leis de anistia devem ser consideradas leis-medida, pois tratam diretamente de certos interesses, caracterizando-se como imediatas e concretas. Neste passo, essas leis-medida devem ser interpretadas contextualmente: “o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.”¹⁷

Sobre a questão da transição para democracia, o Ministro Eros Grau reafirmou o caráter conciliado de nossa transição democrática. Negar esse acordo equivaleria a colocar na sombra todos aqueles que se manifestaram politicamente em nome dos opositores políticos, incluída aqui a própria OAB.

Ponto relevante do voto do ministro relator relaciona-se com a questão da interpretação e revisão da lei de anistia. Neste momento do voto, Eros Grau afirmou categoricamente que o poder Judiciário não está autorizado a revisar textos normativos. O STF pode, por meio de sua atuação interpretativa, produzir distintas normas, mas o tribunal não está autorizado a rescrever leis de anistia. O ministro amparou seu entendimento mencionando jurisprudência do STF específica a essa autolimitação em matéria de anistias.

Importante destacar que o Ministro Eros Grau não se manifestou contrariamente à revisão da lei de anistia de 1979. Ele admite que mudanças na sociedade podem ensejar uma revisão na concessão do benefício, mas essa revisão deve ser empreendida pelo poder Legislativo e não pelo Judiciário.¹⁸

Finalmente, sobre a emenda constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, sublinhou o ministro que essa emenda reafirmou a anistia da lei de 1979, de forma que o texto da lei n. 6.683/79 foi substituído pelo texto da emenda

¹⁷Idem, fls. 30.

¹⁸46. Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Eros Grau fls. 39.

constitucional n. 26/85, em um processo de constitucionalização da anistia de 1979. “Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental.”¹⁹

O Ministro Eros Grau encerrou seu voto afirmando a necessidade de desembaraçar tudo aquilo que ainda dificulta conhecer o que ocorreu no Brasil durante o regime militar. Ressaltou que a sua decisão pela improcedência do pedido não deve ser entendida como defesa da tortura, eis que “há coisas que não podem ser esquecidas.”²⁰

Entre os sete ministros que acompanharam o voto do relator, algumas questões merecem ser apontadas. A Ministra Carmen Lúcia²¹ não concordou com o argumento sobre a emenda constitucional n. 26/85, pois para ela a emenda não integraria a ordem constitucional vigente. A Ministra Ellen Gracie²² sublinhou o caráter complexo de uma transição pacífica para a democracia, processo que envolve concessões recíprocas. O Ministro Marco Aurélio,²³ vencido no julgamento das questões preliminares, acompanhou o relator em seu voto, mas manifestou seu descontentamento com a análise de mérito da questão, uma vez que independentemente da decisão do STF no caso (pela constitucionalidade da lei de 1979 ou pela sua inconstitucionalidade), tal decisão não teria o condão de alterar nosso atual contexto. Já o Ministro Celso de Mello²⁴ salientou o caráter bilateral de nossa anistia, o que tornaria impossível caracterizá-la como auto-anistia, afastando assim a jurisprudência da Corte Interamericana neste tema. Outro ponto importante salientado pelo Ministro Celso de Mello diz respeito aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil posteriormente à edição da lei de 1979, os quais não teriam o condão de alterar a lei de 1979. O Ministro Cezar

¹⁹Idem, fls. 44.

²⁰Idem, fls. 45.

²¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministra Carmen Lúcia fls. 78-98.

²²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministra Ellen Gracie fls. 151-153.

²³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Marco Aurélio fls. 154-153.

²⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Celso de Mello fls. 158-203.

Peluso²⁵ salientou o caráter de acordo político de nossa transição, afirmando que essa foi a escolha do Brasil naquele momento histórico. Por fim, o Ministro Gilmar Mendes²⁶ adotou a interpretação histórica que considera o momento de adoção do benefício e reafirmou a incorporação da anistia constante na lei de 1979 na ordem constitucional vigente por meio da emenda constitucional n. 26/85.

Os Ministros Lewandowski²⁷ e Ayres Britto²⁸ não acompanharam totalmente o relator em suas considerações. Os ministros Lewandowski e Britto julgaram parcialmente procedente a ADPF 153, excluindo do alcance da lei de anistia de 1979 os autores de crimes contra a humanidade. O Ministro Lewandowski se valeu da jurisprudência do STF para afirmar que crimes hediondos, justamente aqueles cometidos pelos agentes estatais durante o regime militar, não podem ser considerados crimes conexos e que o STF empreende distinção clara entre crimes políticos típicos e crimes políticos relativos. Já o Ministro Ayres Britto afirmou que o texto da lei de anistia de 1979 é, de fato, pouco claro, e que faltou coragem para assumir que houve clara intenção de anistiar torturadores. Para Britto, a anistia brasileira não teria sido “ampla, geral e irrestrita”, de forma que lei de 1979 deve ser interpretada conforme a CF 88, sendo excluídos do benefício os já citados crimes previstos no art. 5º, inciso XLIII da constituição.

O embate argumentativo relacionado ao julgamento da ADPF 153 no STF aponta claramente para a complexidade do tema. Trata-se de um caso difícil que articula ao mesmo tempo questões políticas e questões jurídicas, sem que seja possível estabelecer claros limites entre esses dois campos. A próxima seção do texto debaterá essa dimensão complexa relacionada aos contextos de mudança de regime.

²⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Cezar Peluso fls. 204-214.

²⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Gilmar Mendes fls. 215-264.

²⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Lewandowski fls. 99-130.

²⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Op. Cit., voto Ministro Ayres Britto fls. 134-146.

*3. Justiça de transição e a dimensão contestável dos processos de transformação política*²⁹

Sociedades que experimentaram conflitos envolvendo guerras civis, governos repressores e/ou violações generalizadas de direitos humanos enfrentaram, em alguma medida, questões relacionadas ao término do conflito e ao restabelecimento de relações pacíficas em face do legado do regime político anterior. A chamada justiça de transição se ocupa da concepção de justiça associada a períodos de mudança política, em que são discutidas as alternativas jurídicas aplicáveis às transgressões empreendidas pelo regime anterior.³⁰

Nesse sentido, há uma relação estreita entre a política e o direito em um cenário radical de alteração de regime, de forma que as soluções jurídicas pensadas para concretizar o momento de transição possuem um papel importante na constituição do novo regime. Em momentos extraordinários de mudança política, a função do direito é fortemente paradoxal: ao mesmo tempo em que deve restabelecer a ordem e a estabilidade – sua função em situações ordinárias –, também deve possibilitar a transformação política, com a constituição de um regime diverso do visto no passado. Ao mesmo tempo em que a concepção de justiça constitui a transição política, essa concepção também é constituída pela transição.³¹

A concepção de justiça relacionada a períodos de mudança política seria, portanto, diversa da concepção vigente em momentos em que não são vivenciadas tais transformações. O que é considerado justo depende de uma vivência anterior tida como injusta, de forma que a concepção de justiça em momentos de transição política seria parcial e contingente.³²

²⁹ Os argumentos desta seção de texto se baseiam em minha tese de doutorado, em que analisei e discuti a jurisprudência da CIDH sobre anistias. Ver VEÇOSO, Fabia F. Carvalho. Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2012. 155 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

³⁰ TEITEL, Ruti G. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 69, 2003.

³¹ TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. Nova York: Oxford University, 2000, p. 4-6.

³² Idem., p. 6. Para uma visão diversa, que nega o caráter especial da concepção de justiça em momentos de transição política, ver POSNER, Eric A.; VERMUELE, Adrian. Transitional justice as ordinary justice, *Harvard Law Review*, v. 117, n. 3, p. 761-825, 2004. Thomas Carothers critica fortemente a perspectiva de justiça tida como excepcional em momentos de mudança de regime, afirmando que aquilo que é considerado como extraordinário ou precário seria, na realidade, a

Em processos de mudança política, diversas questões se apresentam para debate e para decisão: como demarcar claramente a divisão entre o velho e o novo regime? Para a superação da situação de conflito, haveria uma medida adequada entre uma ação ostensiva de “caça às bruxas” e um total esquecimento do passado? O que fazer com os líderes do regime anterior, com as pessoas que trabalharam como funcionários públicos e com eventuais colaboradores informais? Todos devem ser processados judicialmente? Ou somente os líderes do antigo regime? Deve-se purgar o novo regime dos antigos funcionários públicos? Seria possível alcançar um consenso sobre quem seria vítima e quem seria algoz em regimes que afetaram sociedades como um todo? Se a última pergunta puder ser respondida de maneira afirmativa, devem-se reparar as vítimas? Qual seria a medida adequada de reparação, considerando não só a situação das vítimas, mas também a questão mais ampla de alocação de recursos materiais para constituição do novo regime? De uma forma geral, como lidar com os custos desse processo de mudança política? Seria possível obter reconciliação nacional nesse processo, com o objetivo de prevenir a ocorrência de novas violações de direitos humanos? Como reconhecer o passado em termos históricos, em meio a narrativas concorrentes sobre as ações do antigo regime? Seria possível alcançar a verdade sobre tais fatos? Quem seria a voz portadora dessa verdade?³³

situação de normalidade para muitos Estados, incluindo países em desenvolvimento e países que deixaram o regime comunista. In: CAROTHERS, Thomas. The end of the transition paradigm. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 1, p. 18, 2002. O debate sobre o que pode ser considerado normal ou excepcional em termos de justiça de transição foi abordado expressamente por Ruti Teitel, sendo afirmado pela autora um movimento de normalização ou globalização desse campo de estudos no momento atual. Teitel explica que essa fase do campo da justiça de transição seria caracterizada por um movimento que parece deixar de lado o caráter excepcional das respostas encontradas em momentos de transição política para uma condição invariável de justiça transicional (*steady-state transitional justice*), relacionada a fenômenos pós-conflito que emergem de situações das mais diversas, incluindo conflitos étnicos e guerras civis, com a correspondente expansão do uso do direito internacional humanitário. In: TEITEL, Ruti G. Editorial note: transitional justice globalized. *The International Journal of Transitional Justice*, v. 2, n. 1, p. 1-4, 2008. Não constitui objeto deste trabalho debater as transformações relacionadas ao campo da justiça de transição, mas, considerando as situações excepcionais de mudança de regime político vivenciadas na América Latina, adoto posição relativa ao caráter especial da concepção de justiça em momentos de transformação política.

³³KRITZ, Neil J. The dilemmas of transitional justice. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington: United States Institute of Peace, 1995. v. 1, p. xxxix-xl.

Diferentes objetivos podem ser identificados com base nas questões referidas acima, tais como a responsabilização dos integrantes do regime anterior pelos atos do passado (*accountability*), a prevenção de novos conflitos, a implementação dos direitos das vítimas, a pacificação social, a reconciliação nacional, a construção da verdade sobre o passado, dentre outros.

Em situações concretas, como a analisada na ADPF 153, esses objetivos podem se apresentar em tensão entre si por força do mencionado paradoxo relacionado à justiça de transição – ao mesmo tempo em que é preciso restabelecer a ordem e fazer cessar a situação de conflito, mecanismos de justiça de transição devem possibilitar a transformação política, legitimando a criação de um novo regime.³⁴

O que se busca salientar é a dimensão de contestação envolvida em processos de transição política. Muitas questões estão abertas para reflexão e debate e as escolhas empreendidas durante o processo de transição podem ter consequências variadas, as quais também se relacionam com as estratégias adotadas para transformação do antigo regime.³⁵

Não há garantias de que todas as dificuldades serão enfrentadas e superadas, tendo em vista a ampla gama de interesses que se apresenta em processos de alteração de regime, articulados por grupos dos mais diversos. Faz-se necessário, assim, atentar para as referidas complexidades dos processos de transformação política, em que a concretização de determinados objetivos pode deixar outras questões obscurecidas.³⁶

Essas observações a respeito do campo da justiça transicional são relevantes para o debate da ADPF 153. A decisão pela concessão de anistia (ou pelo julgamento de responsáveis por violações de direitos humanos) envolve também a discussão a respeito do que é considerado relevante em determinado caso concreto, o que depende dos objetivos do processo de alteração de regime. Verificam-se

³⁴LEEBAW, Bronwyn Anne. The irreconcilable goals of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, v. 33, n 1, p. 97, 2008.

³⁵Essas considerações não pretendem reforçar os argumentos analisados pelo debate específico de justiça transicional que ficou conhecido como *peace v. justice*. Nesse debate, as escolhas a fazer em um processo de transformação política estariam relacionadas a uma dicotomia forte entre o pleno esquecimento do passado em prol de reconciliação, por meio da adoção de leis de anistia, e a obtenção de justiça retributiva por meio da realização de julgamentos de perpetradores de violações de direitos humanos. In: MALLINDER, Louise. *Amnesty, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 2.

³⁶LEEBAW, Bronwyn Anne. The irreconcilable goals of transitional justice. Op. Cit., p. 118.

fortes embates políticos a respeito de quais deveriam ser tais objetivos, uma vez que se trata de temas disputados. A adoção de mecanismos de justiça de transição, como anistias e julgamentos, está intimamente relacionada a essas batalhas e escolhas políticas.³⁷

Não se busca aqui a definição da melhor resposta jurídico-institucional sobre transição política, mas apenas lançar luz sobre a importância de compreender o que está em jogo em processos de mudança de regime. Deve-se ressaltar que o campo da justiça transicional, tal como se apresenta atualmente, tampouco seria capaz de apresentar *a priori* a melhor saída em termos de transição política. Adota-se aqui o entendimento discutido por Christine Bell,³⁸ segundo o qual transição seria algo diverso de uma situação pós-conflito. A atuação da justiça de transição compreende a esperança de lidar com situações conflituosas de maneira menos violenta em comparação com o verificado no passado, buscando-se traduzir a violência do conflito em um conjunto de estruturas institucionais políticas e jurídicas capazes de permitir que as mesmas batalhas políticas relacionadas à situação conflituosa do passado possam ocorrer, mas de forma menos violenta, possibilitando o estabelecimento de novos acordos políticos.

Não há qualquer garantia de que a mera adoção dos chamados mecanismos de justiça de transição – como anistias, comissões de verdade, julgamentos, programas de reparação, dentre outros – possa resolver e encerrar os conflitos políticos relacionados ao regime anterior. A problemática da justiça de transição não se reduz a um conjunto de alternativas técnicas, como se houvesse uma caixa de ferramentas disponível para consertar situações conflituosas – o próprio uso do termo “mecanismo” parece contribuir para esse entendimento.³⁹

Assim, a análise empreendida pelo Ministro Eros Grau em seu voto, posição que se sagrou vencedora no julgamento do caso no STF, dialoga com um entendimento mais amplo a respeito do que está em jogo em processos de transformação política. Para além de considerar o direito e as estratégias jurídicas, “mecanismos” de justiça de transição, há uma dimensão de discordância, de contestação, ou de embate relacionada a contextos de transformação política. Desconsiderar essa dimensão enseja uma simplificação demasiada de nosso passado autoritário e aqui concordo com os argumentos de Eros Grau a respeito de uma

³⁷TEITEL, Ruti G. Editorial note. Op. Cit., p. 2.

³⁸BELL, Christine. Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the ‘field’ or ‘non-field’, *The International Journal of Transitional Justice*, v. 3, n. 1, p. 25, 2009.

³⁹Idem, p. 27.

utilização descontextualizada do princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, essas considerações não implicam ser contrária à revisão da anistia no Brasil, mas defender que esse processo seja realizado com amplo debate público, considerando as consequências de uma mudança tão significativa em nossa democracia atualmente estabelecida.

4. Considerações finais

Este artigo teve como objetivo discutir os principais aspectos do acórdão proferido pelo STF na ADPF 153. A decisão tratou do pedido da OAB que teve como objetivo a declaração de não-recebimento, pela Constituição Federal de 1988, de dispositivo contido na Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, diploma legal que concedeu o benefício da anistia no contexto de transição democrática em nosso país.

Pelo exposto, é possível perceber que a experiência brasileira de transição política pode ser narrada considerando aspectos diversos no que tange à adoção da lei de anistia e à impunidade. Não restam dúvidas de que crimes foram cometidos por agentes estatais e que eles não foram investigados e julgados por força da lei n. 6.683/79. Da mesma forma, o benefício da anistia foi concedido pelo próprio regime militar, em um contexto autoritário e de severas limitações ao modelo de Estado de Direito. No entanto, considerar como única motivação da anistia brasileira a impunidade de criminosos parece ser uma argumentação que conta apenas uma parte da história brasileira de transformação política.

A anistia brasileira esteve relacionada a um contexto de abertura política que viabilizou o início de um movimento em prol da transição democrática, ainda que restrita e negociada pelo próprio regime. Enquanto medida de reconciliação, a lei de 1979 possibilitou que as divisões políticas vivenciadas durante o regime autoritário pudessem ser repensadas. Os opositores do regime voltaram a ter voz no cenário brasileiro, o que incluiu a restauração de direitos políticos cassados e a volta de muitos exilados ao país. Dessa forma, foi possível o início das discussões para o estabelecimento de novos acordos entre as forças políticas do país.

Diante de todo o exposto, conclui-se que no Brasil, a concretização da democracia e a superação do regime militar foram tidas como questões fundamentais, motivando a adoção do benefício da anistia para parte dos opositores do regime e para os agentes estatais que cometeram crimes. Para além da questão da impunidade, outros argumentos podem ser apresentados para a

reflexão a respeito das anistias, o que favorece um entendimento da complexidade dos processos de transição política, foco de análise desta contribuição.

5. Referências bibliográficas

BELL, Christine. Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the 'field' or 'non-field'. *The International Journal of Transitional Justice*, v. 3, n. 1, p. 5-27, 2009.

BRASIL, Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 25 nov. 2013.

CAROTHERS, Thomas. The end of the transition paradigm. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 1, p. 5-21, 2002

KRITZ, Neil J. The dilemmas of transitional justice. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington: United States Institute of Peace, 1995. v. 1, p. xix-xxx.

LEEBAW, Bronwyn Anne. The irreconcilable goals of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, v. 33, n. 1, p. 95-118, 2008.

MALLINDER, Louise. *Amnesty, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Petição inicial. 21 out. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Tribunal Pleno, j. 29 abr. 2010, Min. Rel. Eros Grau, DJe n. 145, publicação 6 ago. 2010. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. Nova York: Oxford University, 2000.

_____. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, p. 69-94, 2003.

_____. Editorial note: transitional justice globalized. *The International Journal of Transitional Justice*, v. 2, n. 1, p. 1-4, 2008.

AÇÃO PENAL 470 (CASO “MENSALÃO”) (17 DE DEZEMBRO DE 2012)

Valerio de Oliveira Mazzuoli

1. Introdução

O eminente Min. Celso de Mello, no primeiro dia de julgamento da Ação Penal 470 (doravante “AP 470” ou “Mensalão”), ao analisar, em Questão de Ordem, a possibilidade de julgamento conjunto de todos os réus do “Mensalão” (mesmo aqueles sem foro por prerrogativa de função) perante o Supremo Tribunal Federal (doravante, “STF”), assim concluiu:

A própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, em extensa análise do artigo 8º, item 3º, alínea ‘h’, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante ‘o Tribunal Máximo de cada país’, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal. A mim me parece, desse modo, Senhor Presidente, com toda vênia, que não há que se cogitar de transgressão às cláusulas quer da Convenção Americana de Direitos Humanos quer do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.⁸⁶³

Seguindo esse posicionamento, o STF, por maioria (9 votos contra e 2 a favor⁸⁶⁴), rejeitou o pedido do advogado Márcio Thomaz Bastos de desmembramento do processo, o que fez com que *todos* os réus do “Mensalão” (os que tinham e os que não tinham foro por prerrogativa de função) passassem a ser julgados pelo Supremo conjuntamente. Honrou-nos o Min. Celso de Mello com a

⁸⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470/MG, Questão de Ordem, voto do Min. Celso de Mello, julg. 02.08.2012, p. 152-153.

⁸⁶⁴ Os 2 votos a favor foram dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

citação de obra de nossa autoria, como suporte para justificar a tese da impossibilidade de desmembramento do processo. Cabe destacar, contudo, que a passagem doutrinária citada⁸⁶⁵ faz referência ao sistema regional *européu* de direitos humanos, em que realmente existe cláusula permissiva a *excepcionar* o duplo grau de jurisdição quando há processos instaurados pelas cortes supremas de cada país.⁸⁶⁶ De fato, dispõe o art. 2º, § 2º, do Protocolo 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (de 1950) que o direito ao duplo grau “pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, *ou quando o*

⁸⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 135.

⁸⁶⁶ Frise-se, contudo, que o Min. Celso de Mello, na sessão plenária do dia 18.09.2013, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Penal 470, reviu o seu posicionamento do dia 02.08.2012, para afirmar (agora corretamente, e também com apoio em doutrina de nossa lavra) o seguinte: “Esse direito *ao duplo grau de jurisdição*, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, *em sede originária*, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, *como obrigatória*, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica. Não custa lembrar que o Brasil, *apoiando-se em soberana deliberação*, submeteu-se *à jurisdição contenciosa* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa – *considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade* de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, ‘*a cumprir a decisão da Corte em todo caso*’ de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). ‘*Pacta sunt servanda*’... É importante ter presente, no ponto, o magistério, sempre autorizado, dos eminentes Professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, cuja lição, no tema, a propósito do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, notadamente após a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva vs. Venezuela, vale rememorar: ‘As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus [europeus!], são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta. Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição’. (...) Nem se diga que a soberania do Estado brasileiro seria oponível à autoridade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa” [grifos do original] (p. 26-28).

interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição” (grifo nosso). Regra semelhante, porém, não existe na sistemática da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), em que a garantia do duplo grau não comporta qualquer exceção. Nesse exato sentido, o Min. Ricardo Lewandowski, na decisão da Questão de Ordem referida, bem observou:

Preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará, segundo penso, negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁸⁶⁷

Como se percebe, houve divergência na votação da Questão de Ordem perante o Supremo, tendo a tese (correta) do desmembramento do processo (baseada na garantia estabelecida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos) restado vencida. Este ensaio tem justamente a finalidade de compreender a regra do duplo grau de jurisdição no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem assim como poderá, eventualmente, o caso do “Mensalão” ser levado à análise tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana.

2. Precedente da Corte Interamericana (Caso Barreto Leiva v. Venezuela)

O tema relativo ao duplo grau de jurisdição já foi debatido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do caso *Barreto Leiva v. Venezuela* (doravante, caso *Barreto Leiva*), em 17 de novembro de 2009. Neste caso específico, o Sr. Oscar Enrique Barreto Leiva, ex-diretor geral setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da Venezuela, respondeu a uma ação judicial juntamente com o ex-presidente Carlos Andrés Pérez e outras autoridades detentoras do foro privilegiado; Barreto Leiva, contudo, não detinha a prerrogativa do foro, porém, mesmo assim, em razão da regra da

⁸⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF], AP 470/MG, Questão de Ordem, voto do Min. Ricardo Lewandowski, julg. 02.08.2012, p. 92.

conexão, foi julgado pela instância máxima do Judiciário venezuelano, tendo sido condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público praticados durante a sua gestão, em 1989. Após condenado, Barreto Leiva recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, em 2008, admitiu a queixa e fez recomendações à Venezuela. Ausente qualquer resposta do Estado, a Comissão submeteu, então, a causa à jurisdição da Corte Interamericana, que entendeu, ao final, que a Venezuela violara o direito (consagrado na Convenção Americana) relativo ao duplo grau de jurisdição, ao não oportunizar ao Sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior, eis que a condenação sofrida por este último proveio de um tribunal que conheceu do caso em única instância. Em outras palavras, a Corte Interamericana entendeu o sentenciado não dispôs, em consequência da conexão, da possibilidade de impugnar a sentença condenatória, o que estaria a violar a garantia do duplo grau prevista (sem ressalvas) na Convenção.

Destaque-se o seguinte trecho da sentença da Corte Interamericana, que condenou o Estado nos seguintes termos:

O Tribunal assinalou nos parágrafos anteriores que a Venezuela violou o artigo 8.2.h da Convenção, porque não permitiu que o senhor Barreto Leiva recorresse da sentença condenatória prolatada em seu desfavor. A Comissão e o representante não solicitaram nenhuma medida de reparação, distinta da indenização, tendente a reparar essa violação. Sem embargo, a Corte, tendo em conta que a reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que possível, a plena restituição (restitutio in integrum), a qual consiste no restabelecimento da situação anterior, decide ordenar ao Estado que oportunize ao senhor Barreto Leiva a possibilidade de recorrer da referida sentença (tradução nossa).⁸⁶⁸

Como se percebe, o precedente do caso *Barreto Leiva* coincide perfeitamente com a situação dos réus condenados no processo do “Mensalão”, uma vez que todos eles (tendo ou não foro por prerrogativa de função) foram impedidos de recorrer da sentença condenatória para *outro* tribunal interno (eis que julgados pela instância máxima do país), em violação à regra expressa na Convenção Americana (art. 8º, §2º, “h”). Na Convenção Europeia de Direitos

⁸⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CIDH]. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*, Sentença de 17.11.2009 (Fundo, Reparações e Custas), Série C, nº 206, § 128.

Humanos (1950) há ressalva expressa a permitir o julgamento de quaisquer pessoas pelo mais alto tribunal do país, sem que tal configure violação ao duplo grau de jurisdição (art. 2º, §2º, do Protocolo 7 à Convenção Europeia). Porém, no que tange ao Brasil é certo que o país encontra-se sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde que aceitou a competência contenciosa daquele tribunal, por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998; e não há qualquer ressalva ou exceção – diferentemente do que faz a Convenção Europeia – no que tange ao direito ao duplo grau de jurisdição na sistemática da Convenção Americana.

A Corte Interamericana, em outra passagem da sentença, assim consignou:

Cabe observar, por outro lado, que o senhor Barreto Leiva poderia ter impugnado a sentença condenatória emitida pelo julgador que havia conhecido de sua causa se não houvesse operado a conexão que levou à acusação de várias pessoas em mãos de um mesmo tribunal. Neste caso, a aplicação da regra de conexão, admissível em si mesma, traz consigo a inadmissível consequência de privar o sentenciado do recurso ao que alude o artigo 8.2.h da Convenção (tradução nossa).⁸⁶⁹

A Corte fez valer tal posicionamento inclusive para os réus que detinham, à época, foro por prerrogativa de função, entendendo que também a eles deveria ser garantido o duplo grau de jurisdição, nestes termos:

Sem prejuízo do anterior e tendo em conta as violações declaradas na presente sentença, o Tribunal entende oportuno ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável, adeque seu ordenamento jurídico interno de tal forma que garanta o direito de recorrer das sentenças condenatórias, conforme o artigo 8.2.h, da Convenção, a toda pessoa julgada por um ilícito penal, inclusive aquelas que gozem de foro especial (tradução nossa).⁸⁷⁰

Como se vê, esse precedente da Corte Interamericana, o caso *Barreto Leiva*, demonstra nitidamente tratar-se de violação a um direito humano o cerceamento (pelo motivo que for) ao duplo grau de jurisdição, mesmo quando o julgamento se deu pelo mais alto tribunal de um país (como é o caso, no Brasil, de um julgamento perante o STF).

⁸⁶⁹ CIDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, op. cit., § 91.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, § 134.

3. Possibilidade de condenação internacional do Brasil e anulação do julgamento do “Mensalão”

Considerando a similitude absoluta entre o caso *Barreto Leiva*, julgado pela Corte Interamericana em 17 de novembro de 2009, e o que foi decidido na *Questão de Ordem* da Ação Penal 470, não há dúvidas de que esta última poderá ser objeto de demanda perante o sistema interamericano de direitos humanos (a iniciar-se na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, EUA).

Tal se dará exatamente pelo fato de não ter o STF devidamente controlado a convencionalidade das leis brasileiras – em especial, o Código de Processo Penal, que estabelece a regra da conexão (arts. 76, III e 78, III) – em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁸⁷¹ No caso do “Mensalão” apenas três réus – Valdemar Costa Neto (PR-SP), João Paulo Cunha (PT-SP) e Pedro Henry (PP-MT) – exerciam o mandato, à época do julgamento, de deputados federais, e, portanto, estavam amparados pelo foro privilegiado perante o Supremo; todos os demais 35 réus foram conjuntamente julgados pelo fato de o STF ter entendido que as conexões entre as acusações não autorizavam o desmembramento da ação penal. Foi incoerente o STF nessa decisão, especialmente levando-se em conta que o próprio Supremo (desde dezembro de 2008) admite o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.⁸⁷² Assim, uma vez que o Estado não controlou a convencionalidade das leis, ou a controlou de forma errônea ou equivocada, pode o sistema interamericano de direitos humanos, mediante queixa de qualquer cidadão, avocar para si a competência de controle e ordenar que nova solução seja dada ao caso concreto.

O próprio Min. Celso de Mello, a certa altura do julgamento, aventou essa hipótese, dizendo que:

⁸⁷¹ Para um estudo completo do controle de convencionalidade, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2013.

⁸⁷² V. STF, RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 03.12.2008, in *DJe* 05.06.2009. Sobre a posição do STF relativa ao *status* normativo dos tratados de direitos humanos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 393-403; e MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 589-605.

Nada impedirá, contudo, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, D.C., esgotada a jurisdição doméstica (ou interna) e atendidas as demais condições estipuladas no Artigo 46 e nos Artigos 48 a 51 do Pacto de São José, submeta o caso à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ordem a permitir que esta exerça o controle de convencionalidade (grifos do original).⁸⁷³

De fato, não há dúvidas que o STF negou vigência à regra do art. 8º, § 2º, “h”, da Convenção Americana, abrindo, a partir desse momento, a possibilidade de os interessados recorrerem ao sistema interamericano contra o Estado brasileiro (que agiu, por meio de um dos seus Poderes, o Judiciário, de maneira inconvenção, ou seja, contrária a um tratado de direitos humanos). Cabe destacar que esse posicionamento do STF que negou vigência ao art. 8º, § 2º, “h”, da Convenção Americana, não vem de hoje, tendo sido estabelecido desde o julgamento do RHC nº 79.785/RJ, em 29 de março de 2000. A decisão do STF, neste último caso, foi assim ementada:

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou

⁸⁷³ STF, AP 470/MG, Min. Celso de Mello, debate do dia 15.08.2012, p. 569-570.

tribunal superior. 4. *Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.* II. *A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.* 1. *Quando a questão – no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional – é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.* 2. *Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).* 3. *Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.* 4. *Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.* III. *Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição.* 1. *Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o*

tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais –, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores – o STF e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.⁸⁷⁴

Como se percebe com total clareza, este aresto citado fez tábula rasa dos critérios contemporâneos mais importantes de solução de antinomias, em especial o do “diálogo das fontes”,⁸⁷⁵ ao não aceitar uma *norma mais benéfica* por sobre um comando de índole constitucional.⁸⁷⁶ Esse posicionamento, contudo, há de ser revisto pela nossa Suprema Corte, especialmente depois da entrada em vigor da EC nº 45/4004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, bem assim da nova concepção (a partir de 2008) que vem demonstrando ter o STF sobre o *status* normativo dos tratados de direitos humanos no plano do Direito brasileiro (v. RE nº 466.343-1/SP). A propósito, frise-se também que, desde 2007, a 1ª Turma do STF vem entendendo que as disposições da Convenção Americana sobrepõem-se às do

⁸⁷⁴ STF, RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. 29.03.2000, DJ 22.11.2002 (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso).

⁸⁷⁵ A expressão é de Erik Jayme, empregada originalmente no seu Curso da Haia de 1995. V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 259: “Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos humanos, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas ‘falam’ uma com a outra. Os juízes devem coordenar essas fontes escutando o que elas dizem” (tradução nossa).

⁸⁷⁶ Para um estudo do “diálogo das fontes” no direito internacional contemporâneo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010.

Código de Processo Penal (perceba-se que o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos somente viria a ser definitivamente reconhecido pelo Supremo na histórica decisão do citado RE nº 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008). Veja-se a ementa do acórdão que inaugurou esse posicionamento da 1ª Turma do STF:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA.

I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado.

II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação.

III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP.

IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais.

V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal.

VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.

VII - Ordem concedida (grifos nossos).⁸⁷⁷

Observe-se que essa decisão, ao declarar a inaplicabilidade do então vigente art. 594 do Código de Processo Penal, teve fundamental importância para que dito dispositivo fosse, pouco tempo depois, revogado pelo Poder Legislativo (Lei nº 11.719 /2008). É curioso que o STF, no caso do “Mensalão”, não tenha seguido esse posicionamento (de superioridade da Convenção Americana) já reconhecido pela

⁸⁷⁷ STF, HC nº 88.420, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, v.u., julg. 17.4.2007, *DJe* de 06.06.2007.

1ª Turma desde 2007 (HC nº 88.420), e pelo Pleno desde 2008 (RE nº 466.343-1/SP).

Quando tal incongruência ocorre no plano do direito interno, e tratando-se de questão afeta a direitos humanos, cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos dar a última palavra, harmonizando a aplicação da Convenção Americana no Estado em causa. Como destaca Carolina Alves de Souza Lima, a “criação de Tribunais Internacionais visa à resolução de conflitos com base no Direito Internacional referendado pela maioria dos países participantes e sempre com a preocupação latente de preservação dos Direitos Humanos, que ultrapassam os limites da territorialidade estatal para serem protegidos também por organismos internacionais”.⁸⁷⁸ No caso específico de reconhecimento do duplo grau de jurisdição pela Corte Interamericana, assim destaca a mesma autora:

Com base nos dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica, é possível recorrer primeiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e depois à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que cada uma delas, dentre as suas competências, tome as providências cabíveis quanto ao desrespeito de dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica, no caso em questão, a não aplicação do Duplo Grau de Jurisdição às autoridades sujeitas ao foro por prerrogativa de função. Deve-se recorrer primeiramente à justiça brasileira. Caso esta não tome as providências jurídicas cabíveis, recorre-se à justiça internacional.⁸⁷⁹

Uma vez esgotada a competência da justiça brasileira – no caso do “Mensalão”, o processo já começou em última instância – é incontroverso que poderão os condenados, imediatamente, demandar o Brasil perante a Comissão Interamericana. A Comissão, por sua vez, se entender admissível eventual queixa proposta, e depois de percorrido certo trâmite interno previsto na Convenção Americana,⁸⁸⁰ poderá ingressar com a ação competente perante a Corte Interamericana (em San José, Costa Rica) requerendo a anulação do julgamento do “Mensalão”, para que os réus (todos eles) sejam julgados por uma instância inferior

⁸⁷⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 8-9.

⁸⁷⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Idem*, p. 9, nota nº 12.

⁸⁸⁰ Sobre o trâmite das queixas individuais perante a Comissão, v. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 262-281.

e, se condenados, tenham a oportunidade de recorrer à instância superior, em respeito ao duplo grau de jurisdição consagrado no art. 8º, § 2º, “h”, da Convenção Americana.

Eventual defesa do Estado, no sentido de que o STF julgou os embargos declaratórios e de que estes supririam a regra do duplo grau, não poderá ser levada em conta, eis que o art. 8º, § 2º, “h”, da Convenção Americana, refere-se ao direito de recorrer da sentença a um juiz ou tribunal “superior”.

Também não se poderá alegar, perante o sistema interamericano, que o direito brasileiro (segundo o entendimento atual do STF) aloca os tratados de direitos humanos em nível *abaixo* da Constituição. De fato, toda a discussão existente no Brasil – especialmente a partir do julgamento, pelo STF, do RE nº 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008 – sobre a *hierarquia* dos tratados no plano do nosso direito interno, à luz das normas internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana (assim como de todos os demais tribunais internacionais) não obsta a que o tribunal internacional condene o Estado por desrespeito a um tratado que ele mesmo, no exercício de sua soberania, ratificou e se comprometeu a cumprir. A Constituição de cada Estado, sabe-se, é um simples “*fato*” para o direito internacional dos direitos humanos, não impedindo a condenação do Estado perante um tribunal de índole internacional.⁸⁸¹ O ato de ratificar e se comprometer para com um dado tratado é também um ato *soberano* do Estado, que ele mesmo não pode revogar sem causa, a menos que se utilize do instrumento próprio da *denúncia*, que é o modo pelo qual o Estado (somente assim) se desengaja voluntariamente de um compromisso internacionalmente assumido.

É interessante notar que mesmo os réus que detêm foro por prerrogativa de função, segundo a sistemática da Convenção Americana, *devem* ser julgados por juiz ou instância judiciária *inferior*, eis que a regra do duplo grau (como se falou) é absoluta na Convenção Americana; esta não faz acepção a qualquer tipo de pessoa ou agente para fins de aplicação da regra.

⁸⁸¹ A respeito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, op. cit., p. 101; CRAWFORD, James, *Brownlie's principles of public international law*, 8th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 52-54; e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.), *Desafios do direito internacional contemporâneo*, Brasília: FUNAG, 2007, p. 209, nota 6.

Destaque-se, ainda, que o Brasil, ao ratificar (em 1992) a Convenção Americana, não fez qualquer *reserva* ao tratado, especialmente com a finalidade de bloquear o comando do art. 8º, 2, *h*, da Convenção. Nesse sentido, o Estado brasileiro assumiu para si exatamente o que dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem” outros direitos decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ademais, nenhum processo internacional relativo a direitos humanos, ajuizado perante um tribunal internacional de direitos humanos do qual o Brasil é parte, afronta a Constituição brasileira; ao contrário, a Constituição sempre reconheceu (e aceitou) essa sistemática desde a sua promulgação, quando fez constar, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” (art. 7º).⁸⁸²

Há, por fim, a possibilidade de os réus do “Mensalão” requererem, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um provimento *cautelar* tendente a impedir o imediato cumprimento das penas impostas no acórdão do Supremo, nos termos do art. 63, § 2º, da Convenção Americana, que assim dispõe: “Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. *Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão*” (*grifo nosso*).

Em suma, faz sentido e dispõe de fundamento jurídico a tese de que o STF não observou, como deveria, a regra do duplo grau de jurisdição quando do julgamento do “Mensalão”, abrindo caminho para que o Estado brasileiro seja demandado perante o sistema interamericano de direitos humanos.

4. Conclusão

⁸⁸² Nesse exato sentido, v. LIMA, Carolina Alves de Souza, *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*, cit., p. 10, que afirma: “A Carta de 1988 está dentre as Constituições abertas ao Direito Internacional dos Direitos do Homem, uma vez que o seu art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias preceitua que ‘O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos’. O dispositivo em questão reafirma a posição da República Federativa do Brasil em aderir á proteção internacional dos Direitos do Homem e as suas consequências no plano jurídico”.

Num momento em que o Brasil experimenta a efetiva punição dos responsáveis por crimes que envergonharam o país, é certo que poderá ser o julgamento do “Mensalão” objeto de análise (e eventual anulação) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência da decisão do STF que não autorizou o desmembramento do processo, em violação à regra do “duplo grau de jurisdição” prevista no art. 8º, § 2º, “h”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Se, eventualmente, a Comissão Interamericana aceitar a denúncia dos réus do “Mensalão” e submeter à Corte Interamericana a competente ação de responsabilidade internacional contra o Estado brasileiro, poderá a Corte decidir pela anulação do julgamento da AP 470, determinando a baixa do processo ao juiz de piso para que novo julgamento seja levado a efeito, valendo a decisão para todos os réus do processo ou, ao menos, para os que não detinham, à época da decisão do STF, o benefício do foro privilegiado.

Cada Estado é soberano para dispor, como lhe aprouver, dos mecanismos internacionais de monitoramento dos direitos humanos, tanto do sistema global (ONU) quanto dos sistemas regionais (*v.g.*, o interamericano). E o Brasil assim o fez, quando ratificou (em 1992) e, posteriormente, aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (em 1998). Esse gesto, em tudo *soberano* do Estado brasileiro, não pode agora ser afastado, especialmente sob o mesmo argumento (utilizado de modo contrário) de que eventual condenação internacional do Brasil afronta a nossa *soberania*. Ato de soberania, esse sim, é a ratificação de um tratado internacional de direitos humanos; o seu efetivo cumprimento torna-se consectário daquele ato soberano de engajamento do Estado para com a proteção dos direitos humanos.

5. Referências Bibliográficas

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CIDH]. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*, Sentença de 17.11.2009 (Fundo, Reparações e Custas), Série C, nº 206, § 128.

CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 8^{ha} ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2010.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251, , p. 9-267, 1995.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 7^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 3^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 8^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 470/MG, Questão de Ordem, voto do Min. Celso de Mello, julg. 02.08.2012.

_____, RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 03.12.2008.

_____. STF, HC nº 88.420, 1^a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, v.u., julg. 17.4.2007.

_____. RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. 29.03.2000.