





**III**

**Anuário Brasileiro**  
**de Direito Internacional**

VOLUME 1

*Brazilian Yearbook of International Law*  
*Annuaire Brésilien de Droit International*

**2008**

Copyright © 2008 by Leonardo Nemer Caldeira Brant/CEDIN  
Todos os direitos reservados

ISSN 19809484

Centro de Direito Internacional - CEDIN

PRESIDÊNCIA

Leonardo Nemer Caldeira Brant

CONSELHO CONSULTIVO E EDITORIAL DO CEDIN

Ademar G. Bahadian, Alain Pellet, André de Carvalho Ramos, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Antônio Remiro Brotóns, Arthur José Almeida Diniz, Bruno Simma, Celso Lafer, Eduardo Grebler, Francisco Orrego Vicuña, Francisco Rezek, Gilberto Guillaume, Ireneu Cabral Barreto, José Henrique Fischel, Laurence Boisson de Chazournes, Luigi Condorelli, Thomas M. Franck, Vicente Marotta Rangel, Welber Barral.

PRODUÇÃO EXECUTIVA

Luciana Diniz Durães Pereira

TRADUÇÃO DOS ARTIGOS EM LÍNGUA FRANCESA

Fernanda Araújo Kallas

COLABORADORES

Daniela Rodrigues Vieira, Délber Andrade Lage, Demian da Cunha Pereira França Magalhães, Karina Marzano Franco, Marinana Andrade e Barros, Pedro Ivo Ribeiro Diniz, Thiago Andrade Neves

Submissão de artigos para publicação | Articles submissions

Data limite para entrega dos artigos | Deadline: 04/2009

E-mail | [luciana@cedin.com.br](mailto:luciana@cedin.com.br) / [info@cedin.com.br](mailto:info@cedin.com.br)

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

Alexander Oliveira e Rosana Martins da Costa Diniz

APOIO

Centro Universitário UNA ([www.una.br](http://www.una.br))

Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG ([www.funag.gov.br](http://www.funag.gov.br))

Fundação Konrad Adenauer - FKA ([www.adenauer.com.br](http://www.adenauer.com.br))

Ramo brasileiro da *International Law Association* - ILA ([www.ilabrasil.org.br](http://www.ilabrasil.org.br))

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

---

A636 Anuário Brasileiro de Direito Internacional = Brazilian Yearbook of International Law = Annuaire Brésilien de Droit International /  
Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 - Belo Horizonte: CEDIN, 2006

Semestral

1. Direito Internacional. I. Centro de Direito Internacional II. Brant, Leonardo Nemer Caldeira. III. Título: Brazilian Yearbook of International Law. IV. Título: Annuaire Brésilien de Droit International.

CDU: 341

---





## SUMÁRIO

- 11 A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais  
ANA FLÁVIA PENNA VELLOSO
- 28 The Dogmatic Function of Law as a Legal Regulation Model for  
Cyberspace  
CARLOS ALBERTO ROHRMANN
- 56 A Atuação do Ministério Público nos Tribunais Penais Internacionais  
CARLOS AUGUSTO CANÊDO
- 79 The Growing Influence of Non-Governmental Organizations: Chances and  
Risks  
DÉLBER ANDRADE LAGE  
LEONARDO NEMER CALDEIRA BRANT
- 94 A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional  
de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro  
EDUARDO GREBLER
- 110 Os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos  
IRENEU CABRAL BARRETO
- 133 Sur les “Bons” et les “Mauvais” Emplois du *jus cogens*  
JOE VERHOEVEN
- 161 Principais Instrumentos Internacionais no Campo do Desarmamento e  
Controle de Armamentos - O Papel das Nações Unidas  
SERGIO DUARTE
- 174 Eficácia e Aplicabilidade dos Tratados em Matéria Tributária no Direito  
Brasileiro  
VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI
- 183 Dedicção ao Ensino e Evolução do Direito das Gentes  
VICENTE MAROTTA RANGEL
- 191 *La res judicata* dans L’Affaire du Génocide (C.I.J. Arrêt du Février 2007)  
VINCENT SOUTY





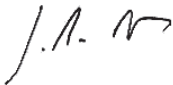
## APRESENTAÇÃO

A partir do diálogo entre o meio acadêmico e a sociedade civil, o Anuário Brasileiro de Direito Internacional tem como finalidade estabelecer no país, em definitivo, uma publicação semestral, com inserção internacional, engajada na promoção e consolidação de uma visão brasileira do Direito Internacional. Visa-se, assim, simultaneamente, contribuir para uma melhor compreensão do sistema normativo internacional, bem como assegurar um espaço para reflexão acerca de seus recentes desafios.

Neste terceiro número foram incluídos anexos que trarão jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relativa ao Direito Internacional. Ainda, a citação dos casos contenciosos e dos pareceres consultivos da Corte Internacional de Justiça dos anos de 2003 a 2007, bem como referência aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil no ano de 2007.

O objetivo é permitir a ampliação da pesquisa referente ao Direito Internacional e suas fontes, tanto no âmbito interno como no âmbito internacional.

Esta iniciativa é resultante da visão empreendedora do Centro de Direito Internacional - CEDIN, e conta com o relevante apoio da Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG, da Fundação Konrad Adenauer - FKA, do ramo brasileiro da *International Law Association* - ILA e do Centro Universitário UNA.



Leonardo Nemer Caldeira Brant

Belo Horizonte, julho de 2008.





# A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais

ANA FLÁVIA PENNA VELLOSO\*

## Resumo

Esta análise tem como destino avaliar a imprescritibilidade dos crimes internacionais, como disposto pelo artigo 29 do Estatuto de Roma em relação ao Tribunal Penal Internacional. O presente debate, a partir de um histórico sobre a prescrição penal, foca nos diferentes impactos que tal norma teria sobre ordenamentos baseados no common law e, em especial, aqueles de origem romano-germânica, no qual a regra genérica de prescrição penal é fortemente estabelecida. Ainda, pergunta-se se os Estados parte do Estatuto seriam obrigados a adotar internamente a imprescritibilidade.

## Abstract

This analysis is devoted to evaluate the non-applicability of statutory limitations to international crimes, as demonstrated by the Statute of Rome article 29 about the International Criminal Court. The current debate, based on a historical approach over criminal applicability of statutory limitations, is focused on the different impacts that this norm would have on the juridical orders constructed upon Common Law and, especially, those orders with roman-germanic origins, in which the general rule of criminal applicability of statutory limitations is strongly established. In addition, it is questioned if the states part of the Statute would be obligated to adopt internally the non-applicability of statutory limitations.

## Introdução

Dispõe o artigo 29 do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, que os crimes de competência dessa jurisdição *não prescrevem*. Sob a ótica das ordens jurídicas da *common law*, onde o princípio da prescrição é pouco ou nada conhecido, essa norma não inova. Nos países de tradição romano-germânica, entretanto, a imprescritibilidade excepciona a regra genérica da prescrição penal e desafia seus fundamentos filosóficos, estes associados à própria justificação do direito de punir que tem o Estado.

Para diversos publicistas o mencionado artigo não passa da codificação de regra costumeira preexistente em direito penal internacional. Este estudo pretende, num

---

\* Ana Flávia Penna Velloso é Mestre em Direito pela Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne e Professora do Uniceub, Brasília/DF

primeiro momento, compreender a trajetória dessa regra até os dias atuais, examinando a cronologia e os fundamentos do princípio emergente e discutindo a realidade e a amplitude desse costume.

No passo seguinte questiona-se a extensão do vínculo obrigacional do artigo 29 do Estatuto de Roma. Cuida-se de saber se os Estados que se obrigaram por esse tratado internacional comprometeram-se, com isso, a adotar o princípio da imprescritibilidade no âmbito de seus ordenamentos internos; e se, conseqüentemente, a não-intervalização da regra abre espaço ao exercício da *competência complementar* do Tribunal Penal Internacional, nos termos dos artigos 1º e 17 do Estatuto. Tal como redigido, o artigo 29 abre-se a duas interpretações. No primeiro entendimento, a obrigação consiste em fazer com que tais crimes sejam imprescritíveis no âmbito das ordens jurídicas nacionais dos Estados pactuantes. O segundo entendimento possível é o de que os crimes que relevam da competência do TPI são imprescritíveis perante a jurisdição dessa corte internacional, e não mais que isto.

O aparelho repressivo internacional começa a operar, concretizando um sonho comum da humanidade. São muitos, entretanto, os percalços que enfrenta essa justiça, diante de ambigüidades e insuficiências de variada natureza. O presente estudo tenciona integrar um salutar e necessário debate sobre princípios e uma análise crítica da autenticidade do empenho dos Estados em participar deste projeto.

### **Cronologia do Princípio**

A idéia de *jurisdição internacional* aparece de forma embrionária no Tratado de Versalhes, de 26 de junho de 1919, que cogitou do julgamento do *Kaiser* Guilherme II por um juízo militar das potências aliadas, «por motivos inspirados nos princípios mais elevados da política entre as nações, com a preocupação de assegurar o respeito às obrigações solenes e aos compromissos internacionais, assim como à moral internacional»<sup>1</sup>. Esse tópico do texto de Versalhes não chegou a ser operacional, nem tem maior conteúdo científico, faltando nele qualquer referência à prescrição da ação ou da pena.

Terminada a segunda grande guerra e instalados os tribunais especiais de Nuremberg e de Tóquio, o tema da prescrição dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade não parecia uma prioridade, tanto à luz do novo Direito das Gentes que nascia quanto para os direitos nacionais que se forjavam à sombra do direito internacional emergente. A Declaração de Moscou, de 30 de outubro de 1943, anunciava a perseguição dos criminosos de guerra «até as extremidades da terra», e a lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado, de 20 de dezembro de 1945, afirmava imprescritíveis os crimes contra a humanidade<sup>2</sup>. Mas nem o Estatuto de Nuremberg, anexado ao Acordo de Londres de 1945, nem a Convenção sobre o Genocídio, de

1 P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*. Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 201.

2 Artigo II-5: the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945.

1948, chegaram a prevê-la expressamente. Tampouco trataram do tema as Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário aplicável aos Conflitos Armados (1949), ou os *princípios de Nuremberg* adotados pela Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, em 1950. Tudo faz crer que essa omissão resultou da certeza de que os criminosos de guerra seriam todos julgados e punidos em curto prazo<sup>3</sup>.

Acredita-se hoje que o problema escapou à atenção dos juristas responsáveis pelos textos da época em razão das múltiplas dificuldades inerentes ao período que se seguiu de imediato à grande guerra<sup>4</sup>. Há quem, entretanto, afine a análise para ressaltar que os especialistas «*encarregados de assentar os fundamentos de um direito penal internacional eram majoritariamente marcados pelo direito anglo-americano*», que somente consagra a prescrição em raras hipóteses<sup>5</sup>.

### a) O Colóquio de Varsóvia e as leis nacionais.

Vinte anos se passaram até que a questão do castigo das atrocidades da grande guerra fosse relançada na ordem do dia; um lapso de tempo atribuído com frequência à rejeição psicológica dos dramas por suas vítimas mais diretas. Mas se aqueles que sofreram na carne com as práticas nazistas mergulhavam no traumatismo silencioso, seus descendentes procuravam, duas décadas mais tarde, o acerto de contas, a punição dos culpados<sup>6</sup>. A aproximação do prazo médio de vinte anos para a prescrição dos crimes cometidos durante aquela guerra desencadeou, na expressão utilizada por René Cassin, uma verdadeira «*corrida contra o tempo*» para evitar a impunidade dos nazistas<sup>7</sup>.

Em junho de 1964 a República Federal da Alemanha, em vista de sua Constituição e leis, anunciou para 1965 o termo final da prescrição dos crimes de guerra cometidos até o ano de 1945. À notícia sobreveio grande mobilização na Europa. Inúmeras conferências se organizaram para debater a prescrição de tais crimes, entre as quais aquela que, por iniciativa de juristas poloneses, ocorreria em Varsóvia, de 5 a 7 de junho de 1964. O Colóquio Internacional de Varsóvia reuniu juristas vindos de todo o continente europeu: União Soviética, Polônia, Iugoslávia, Hungria, Tchecoslováquia, República Federal da Alemanha, Áustria, França, Itália, Dinamarca, Bélgica, Países Baixos<sup>8</sup>. Refletiu-se ali sobre o conceito da prescrição, à luz dos textos do pós-guerra que formulavam os princípios do direito repressivo (a Declaração de Moscou, a Resolução de Yalta, os Acordos de Potsdam), bem como daqueles que versavam as modalidades de sua aplicação (o Acordo de Londres e o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, a Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas de 11 de

3 M. DELMAS-MARTY. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités, in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (org.). Les juridictions nationales et les crimes internationaux, Paris, PUF, 2002, pp. 613-653 ; M. FRULLI Le droit international et les obstacles, in Crimes internationaux et juridictions internationales, in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (org.), Paris, PUF, 2002, pp. 236-243.

4 Ibidem

5 A. LAQUIÈZE. Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité in Droit. Revue française de théorie juridique, 31-2000, p.22. V. também J. GRAVEN, op.cit., apud A. LAQUIÈZE, op. cit., p. 22.

6 P. MERTENS, op. cit., p. 7.

7 B. STERN. De l'utilisation du temps en droit international pénal, in Le droit international et le temps, colloque de Paris. Société française pour le droit international. Paris, Pedone, 2001, p. 261. P. MERTENS, op. cit., p. 7.

8 P. MERTENS, op. cit., pp. 19-20.

dezembro de 1946, a Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado e a Diretiva nº 38, de 12 de outubro de 1946)<sup>9</sup>.

Ao término dos trabalhos de Varsóvia uma resolução foi assinada em favor da imprescritibilidade dos crimes nazistas. As reflexões resultantes desse colóquio assumiram dimensões importantes na escala internacional e influenciaram tanto a doutrina quanto as legislações internas de bom número de Estados. O debate prosseguiu no interior de diversas ordens jurídicas nacionais e, finalmente, no âmbito das Nações Unidas (1968) e no do Conselho Europeu (1974)<sup>10</sup>.

Ainda que uma orientação do Conselho Europeu só tenha sobrevivendo em 1974, este último já havia assumido posição no debate: em 5 de janeiro de 1965 ele lançara proposta de recomendação relativa à prescrição dos crimes contra a humanidade, convidando «os Estados a examinarem a possibilidade de modificar suas legislações relativas à prescrição penal, a fim de que tais violações de direitos humanos não ficassem impunes no âmbito dos Estados-membros do Conselho»<sup>11</sup>. Diversos Estados já haviam, no entanto, estreado soluções transitórias para prolongar em seus ordenamentos jurídicos internos o prazo da prescrição, evitando assim a impunidade dos criminosos da segunda guerra mundial. Foi no leste europeu o início desse processo, que se estendeu em seguida à Europa ocidental<sup>12</sup>.

Releva observar que Estados da área de influência soviética mostraram-se, frente ao princípio da imprescritibilidade, mais uniformes e receptivos em suas escolhas legislativas que algumas democracias da Europa ocidental. Pierre Mertens lembra que a República Democrática Alemã foi «a primeira das duas Alemanhas a optar pela imprescritibilidade, e isso num momento em que, na R.F.A., os meios mais autorizados tendiam claramente pela solução da prescrição»<sup>13</sup>.

Na Alemanha Federal o debate foi longo em face da resistência inicial das autoridades a reconsiderar a noção de prescrição. Argumentos de natureza jurídica opostos ao princípio da imprescritibilidade e relativos à igualdade do direito e à segurança jurídica foram expostos: um ato humano não pode ser sancionado por uma pena que não seja determinada por lei antes de seu cometimento; uma violação de direito não pode ser punida mediante lei de exceção; direitos fundamentais não podem ser violados sob pretexto de se salvaguardar outros. Os alemães discutiram ainda, demoradamente, o caráter - de fundo ou de forma - da regra da prescrição, havendo a controvérsia produzido cisões profundas na doutrina e na jurisprudência. Finalmente, o texto da lei alemã soube encontrar uma fórmula temporária que evitasse a prescrição dos crimes cometidos pelos nazistas: o prazo de prescrição não foi modificado, mas unicamente a data a partir da qual a prescrição começaria a correr. A ação pública poderia ser intentada até o dia 31 de dezembro de 1969, e não só até o dia 8 de maio de 1965<sup>14</sup>.

9 P.MERTENS, op. cit., p.21.

10 Ibidem

11 A. LAQUIÈZE, op. cit., p. 23.

12. Publicaram nesta ordem suas respectivas leis internas: República Democrática Alemã, (1º de setembro de 1964), Tchecoslováquia (lei de 24 de setembro de 1964), a Hungria (decreto-lei n. 27.1964), Bélgica (lei de 3 de dezembro de 1964), França (lei de 26 de dezembro de 1964), Áustria (lei de 31 de março de 1965) e República Federal da Alemanha (lei de 13 de abril de 1965). P. MERTENS, op. cit., pp. 25-83.

13 P. MERTENS, op. cit., p. 26.

14 P. MERTENS, op. cit., pp. 83-112.

Mertens observou que houve quem interpretasse a resistência da Alemanha ocidental como *indulgência* para com os criminosos nazistas. Certo, entretanto, é que na época os países sob a influência da União Soviética, como a Polônia, a Tchecoslováquia ou a Hungria, manifestaram-se claramente pela reafirmação expressa do princípio da imprescritibilidade, enquanto países mais democráticos demonstraram prudência. Foi o caso da Bélgica, onde, em contraste com a Europa oriental, Áustria e França, a lei propunha tão somente a *prorrogação dos prazos prescricionais* <sup>15</sup>.

### **b) As Nações Unidas e o Conselho Europeu.**

As iniciativas internas projetaram-se finalmente sobre a cena internacional. Em 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotaria em Nova Iorque a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, que visa tanto à prescrição da ação penal pública quanto à prescrição da pena (Artigo IV) <sup>16</sup>. Esta convenção não foi, entretanto, ratificada por um bom número de Estados <sup>17</sup>. O texto foi ainda bastante criticado em meio à comunidade jurídica internacional, por sua aplicação aos crimes cometidos antes de sua entrada em vigor (Artigo I) <sup>18</sup>, contrariando o princípio da irretroatividade da lei penal <sup>19</sup>.

Alguns anos mais tarde o Conselho Europeu levaria a referida crítica em consideração: foi em 1974, na cidade francesa de Estrasburgo, quando elaborou a Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Apesar desse acordo não prescrever a imprescritibilidade retroativa, só foi ratificado pelos Países Baixos e pela Romênia, o que evidencia a ausência, até então, de consenso em torno do tema. Depois das duas convenções citadas, o silêncio sobre a matéria duraria vinte anos, até ser rompido já no final do século XX.

### **c) A Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados.**

Foi este texto, de 9 de junho de 1994, que relançou o assunto na ordem do dia <sup>20</sup>, excluindo expressamente a prescrição das ações e das penas. Contudo, diversamente

15 Essa posição se traduz na exposição de motivos da referida lei, segundo o qual a aplicação do projeto de lei «se restringe às condenações pronunciadas por fatos cometidos durante a última grande guerra, e que nenhuma imprescritibilidade absoluta é pronunciada aqui, a fim de não se prejudicar o futuro.» M. ROLLAND. La prescription des crimes contre l'humanité. Revue de droit contemporain, 1964, n°2, p. 118.

16 Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, Artigo 4º: « Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos artigos 1º e 2º da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria. »

17 Os primeiros Estados a ratificar a Convenção de 1968 e a permitir, com essa iniciativa, sua entrada em vigor foram a União Soviética e os países de seu campo de influência imediata: Bulgária, Hungria, Mongólia, Polónia, Ucrânia, Romênia, Tchecoslováquia e Iugoslávia. Até o dia de hoje, os Estados que ratificaram a referida Convenção contam 49. É interessante observar que não figura nesta lista atual nenhum Estado da Europa ocidental. (V.: <http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/frenchinternetbible/partI/chapterIV/treaty8.asp>)

18 O artigo primeiro da referida Convenção diz que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade « são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos. »

19 Christine VAN den WYNGAERT & John DUGARD. Non-applicability of Limitations in the Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary. Oxford, 2002, pp. 873-888

20 Preâmbulo da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994): « OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (...) REAFIRMANDO que a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um crime de lesa-humanidade; E o Artigo VII : A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte ».

da Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas de 18 de dezembro de 1992, a referida Convenção não considera o desaparecimento forçado de pessoas como um delito contínuo e — por tal razão — imprescritível, mas determina que a imprescritibilidade resulte da classificação desses delitos entre os crimes contra a humanidade<sup>21</sup>.

#### **d) A jurisprudência dos tribunais internacionais *ad hoc*.**

Os estatutos dos tribunais *ad hoc* não contêm regra alguma determinando a imprescritibilidade dos crimes de sua competência. Mas a jurisprudência do TPIY revelou a percepção do tribunal sobre o tema: no caso *Furundzija*, o acórdão afirma que «a natureza imperativa da proibição da tortura» produz a imprescritibilidade desta infração, acrescentando que os crimes de competência da Corte não são prescritíveis. Essa decisão estende o campo de aplicação da imprescritibilidade às violações graves das Convenções de Genebra de 1949, à infração das leis e costumes da guerra, ao genocídio, aos crimes contra a humanidade<sup>22</sup>.

#### **e) O Estatuto do Tribunal Penal Internacional.**

Foi enfim o Estatuto do Tribunal Penal Internacional que deu à imprescritibilidade uma consagração explícita, geral e definitiva. O artigo 29 prevê a imprescritibilidade dos crimes definidos no Estatuto de Roma, tanto da ação penal quanto das penas<sup>23</sup>.

A prescrição jamais chegou, assim, a ser reconhecida como instituto e como princípio pelo direito penal internacional. Esta disciplina, nascida apenas algumas décadas atrás, desenvolveu-se sob o signo da imprescritibilidade, de início pela omissão de qualquer referência ao tema prescricional, e mais tarde pela adoção convencional da regra que exclui expressamente a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo. Os textos internacionais, e com eles as leis internas e a doutrina concebidas a partir das duas décadas seguintes à segunda grande guerra, forjaram os fundamentos teóricos do princípio emergente.

### **Fundamentos da Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais**

O preâmbulo da Convenção de 1968 justifica a imprescritibilidade dos crimes internacionais: ali se diz que a prescrição não decorre do direito penal internacional costumeiro, e que os crimes em questão são os crimes mais graves que o direito internacional define. Sublinha-se a importância da repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, além da “inquietude da opinião pública” mundial diante da prescrição dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, resultante de regras de direito interno.

*A Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra* (Estrasburgo, 1974) indica que a imprescritibilidade resulta

21 M. DELMAS-MARTY, op. cit., p. 621; M. FRULLI, op. cit., pp. 236-240.

22 Procurador c/ *Furundzija*, 10 dezembro 1998, § 157, apud M. FRULLI, op. cit., p. 238.

23 Artigo 29 do Estatuto de Roma para o T.P.I.: «Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem»



da necessidade de *salvaguardar a dignidade humana em tempos de guerra como em tempos de paz*. Essa dignidade estaria a exigir que a repressão de tais crimes nunca encontre obstáculo na extinção, pelo decurso do tempo, do processo penal ou da execução da pena.

Doutrina, textos internacionais e debates parlamentares no âmbito das ordens jurídicas nacionais registram a evolução do princípio da imprescritibilidade dos crimes internacionais. Os argumentos que aí se desenvolvem sugerem uma releitura dos fundamentos do princípio da prescrição penal. São eles: **a) a prescrição não é um direito natural ou uma liberdade fundamental**. Segundo esta corrente, a prescrição não é reconhecida por todas as ordens jurídicas. Ela é praticada em proporções bastante limitadas em países de tradição jurídica derivada da *common Law*<sup>24</sup>. A prescrição não seria desse modo uma regra geral, mas uma exceção à regra segundo a qual o crime deve ser punido. Por isso, ela não poderia ser considerada como um *direito natural* ou como uma *liberdade fundamental* do ser humano. De resto, na maior parte das ordens jurídicas nacionais a prescrição é regra processual, e não norma substantiva. Segundo certos autores, trata-se de uma *prática de oportunidade*, não suscetível de constituir direito adquirido<sup>25</sup>; **b) a prescrição não é de direito comum**. Os crimes internacionais têm por vítima o ser humano enquanto tal, de modo que sua repressão não deveria reger-se por princípios de direito interno. O direito penal internacional não conhece a prescrição, uma vez que nenhum tratado internacional dispõe sobre a prescrição daqueles crimes; **c) o impossível esquecimento, o improvável arrependimento**. Refuta-se aqui a teoria do esquecimento, fundamento clássico do instituto da prescrição penal, que consiste na idéia de que o decurso do tempo apagaria da memória coletiva certos efeitos do crime como a indignação e a insegurança sociais. O processo penal teria suprimido diversas de suas funções essenciais: a satisfação da opinião pública, a cessação do distúrbio social, a exemplaridade. A repressão se tornaria assim insignificante aos olhos da sociedade, que não mais a reclama. Mais grave ainda, conforme a teoria do esquecimento, a punição tardia teria efeito contrário, engendrando na opinião pública sentimentos de comiseração<sup>26</sup>. O esquecimento, segundo a doutrina da imprescritibilidade, seria, ao contrário, o terreno de repetição de certos crimes<sup>27</sup>. Esse raciocínio, com freqüência evocado, encontra suas raízes nos escritos de Beccaria: «*Os crimes terríveis cuja lembrança é guardada pelos homens durante muito tempo não admitem, uma vez provados, nenhuma prescrição em favor de um condenado que se tivesse subtraído ao castigo pela fuga*»<sup>28</sup>. Ao contrário dos crimes de direito interno ordinário, as conseqüências dos crimes internacionais «*não aparecem no primeiro momento, mas se desenvolvem com o tempo e não param de se ampliar.*»<sup>29</sup>. O caráter específico e grave dos crimes internacionais, enfim, neutralizaria,

24 J.-B. HERZOG, Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité. R.S.C. 1965 p. 364.

25 J. GRAVEN, Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription? Revue pénale suisse, 1965, p. 132.

26 V. M.R. TRIPPO, Imprescritibilidade Penal. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 47: esta noção é sustentada por Vidal e Magnol, Carrara, Hélie.

27 B. STERN, op.cit., p. 262.

28 C. BECCARIA, Des délits et des peines. Paris, Flammarion, 1991, p. 139.

29 V. JANKALEVITCH, L'imprescriptible. Paris, Seuil, 1986, p. 18.

na esfera internacional, os fundamentos da prescrição. A teoria do esquecimento seria o primeiro pilar a ruir, uma vez que, instalados na memória coletiva, tais crimes tenderiam a se perpetuar, e a impunidade teria sobre a opinião pública efeitos muito mais nocivos que o simples castigo tardio dos criminosos<sup>30</sup>; **d) o argumento da expiação moral repellido.** Esvaziam-se também as teses subjetivistas, que exaltam a transformação da identidade do delinqüente no curso do tempo. Segundo a nova doutrina, tais delinqüentes não são capazes de deplorar seus próprios atos. *«A idéia do arrependimento não existe para o genocida»*, sentencia Leben, evocando uma notícia publicada no jornal *Le Monde*, de 3 de outubro e de 25 de dezembro de 1998: durante uma entrevista, Hans Munch, médico assistente de Mengele, teria se expressado com uma *«certeza tranqüila»* a propósito de seus atos. Para ele, as câmaras de gás evitavam a propagação de epidemias, as experiências com seres humanos propiciaram progresso científico e a triagem à entrada do campo seria uma medida de salubridade<sup>31</sup>. Stefan Glaser, a seu turno, mostra-se convencido de que *«os grandes criminosos demonstram com freqüência arrogância ou indiferença agressiva, e que apesar do tempo transcorrido desde o cumprimento de seus maus atos, eles não sentem nenhum remorso, nenhuma reprovação de sua consciência e até mesmo se vangloriam de seus comportamentos»*.<sup>32</sup>; **e) a exemplaridade necessária.** Se os autores dos crimes aqui tratados agem em circunstâncias específicas, difíceis de se reproduzirem mais tarde, e se a reincidência, nesses casos, é necessariamente pouco provável, a punibilidade exemplar produziria o desvio das ideologias criminosas. A imprescritibilidade operaria pela dissuasão de criminosos em potencial. Os crimes internacionais são cometidos muitas vezes por detentores do poder político, e a imprescritibilidade teria o objetivo, entre outros, de convencer que a punição não será jamais impraticável, mesmo num futuro distante e num cenário político distinto. São as especificidades dessas infrações que impõem maior lapso de tempo para que sejam processadas. No caso dos crimes internacionais, com freqüência cometidos, ordenados ou ao menos tolerados por agentes do Estado, o decurso do tempo agiria em favor da impunidade, salvo na hipótese de mudança política radical no cenário do crime, em curto prazo<sup>33</sup>; e, por fim, **f) a prova facilitada.** A doutrina da imprescritibilidade refuta a tese do desaparecimento das provas com o passar do tempo. Perante a Assembléia Nacional francesa, quando dos debates que precederam a lei sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, o relator Coste-Floret exprimia sua recusa à teoria do desaparecimento de provas: *«longe de desaparecer, as provas reunidas para estabelecer a existência de crimes contra a humanidade tornaram-se mais fáceis. Enquanto no momento da Liberação os processos eram às vezes complicados, devido à falta de documentos e de testemunhos, há vinte anos os arquivos foram acumulados e publicados. “Obras sobre o tema*

30 S. GLASER. Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1964-1965, p. 524, apud G. LEVASSEUR, Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription. *JDI*, 1966, p. 277.

31 Mesa redonda tendo por tema a prescrição. *Revue française de théorie juridique*, 31- 2000, p. 63.

32 S. GLASER. Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1964-1965, p. 523, apud A.LAQUIÈZE, op. cit., p. 27.

33 M. DELMAS-MARTY, op. cit., Paris, PUF, 2002, p. 618.

*foram lançadas e testemunhos recolhidos, de forma que a prova é hoje mais fácil que no momento da Liberação.»*<sup>34</sup>.

Outros valores, oriundos da formulação do direito internacional dos direitos humanos, como o direito à memória, à verdade, à reparação, mais amplamente o dever de justiça e de luta contra a impunidade, a garantia da paz e da segurança coletiva colocam em cheque o princípio da prescrição e fundamentam o princípio da imprescritibilidade dos crimes internacionais<sup>35</sup>. Enfim, o Direito Penal Internacional clamaria por novas concepções. O imperativo decorreria das circunstâncias das infrações, da posição privilegiada dos delinquentes e, sobretudo, da idéia de que a vítima desses crimes seria não somente o conjunto dos indivíduos diretamente atingidos, mas a humanidade como um todo. É possível que esse esteio doutrinário tenha inspirado a aprovação da regra da imprescritibilidade no Estatuto de Roma. Afirma-se com freqüência que tal regra veio codificar um direito costumeiro existente há algum tempo. Essa assertiva é o objeto da análise que se segue.

### **Controvérsia sobre a natureza costumeira do princípio da imprescritibilidade**

Uma parte limitada da doutrina considera a regra da imprescritibilidade dos crimes internacionais como integrante do direito internacional positivo, desde pelo menos a Convenção de 1968. Esta última teria efeito meramente declaratório da regra costumeira preexistente, representando apenas sua codificação. O próprio caráter costumeiro da imprescritibilidade determinara o silêncio dos textos repressivos nos anos que se seguiram à segunda grande guerra: « *Os autores, convencidos desta imprescritibilidade por natureza, não teriam julgado necessário formalizá-la. Os textos posteriores não fizeram outra coisa que constatar a imprescritibilidade.* »<sup>36</sup>.

Outros autores acreditam que o modesto nível de adesão à *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*, de 1968, e à *Convenção Européia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra*, de 1974, demonstra a falta de consistência costumeira da regra da imprescritibilidade<sup>37</sup>. Além do mais, a comunidade internacional desprezou diversas oportunidades de esclarecer a matéria, como quando da elaboração dos estatutos do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, em 1993, e do Tribunal Internacional para Ruanda, em 1994. Não se falou no tema tampouco quando da adoção, no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1996, do *Projeto de código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade*. Essas omissões se explicariam

34 Relatório de Paul-Coste-Floret, JO Debate na Assembléia Nacional, sessão de 16 de dezembro de 1964, p. 6143, apud G.LEVASSEUR, op.cit., p.277.

35 MARTIN-CHENUT, Kathia, ABDELGAWAD LAMBERT, Elisabeth. Prescription de l'action publique: états des lieux et perspectives de réforme. Actualité Juridique, n. 7-8/2006, p.298. Tradução livre.

36 Y. JUROVICKS, Le procès international face au temps. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n. 4, oct/déc 2001, p. 795.

37 R. RATNER & J.S. ABRAMS. Accountability for Human Rights Atrocities, in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 26.

pela ausência, à época, de uma *opinio juris* sobre a imprescritibilidade de todas as categorias de crimes internacionais<sup>38</sup>.

Com a vigência do Estatuto de Roma, alguns estimam que a regra de seu artigo 29 reflete o estado do direito internacional costumeiro, ao menos em fase de consolidação, isto é, *in statu nascendi*. A resistência à Convenção das Nações Unidas de 1968 se explicaria pelo apeço ao princípio da não-retroatividade da lei penal. Esta preocupação, contudo, teria sido pacificada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que restringe a competência da referida corte ao julgamento dos crimes cometidos após sua entrada em vigor. Já a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas teria suprimido o dispositivo atinente à imprescritibilidade na segunda leitura do *Projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade*, com o propósito único de evitar a construção de uma regra aplicável a todos os crimes<sup>39</sup>.

Publicistas há que estimam, ainda, que só a imprescritibilidade dos *crimes contra a humanidade* e do *genocídio* integra o direito internacional costumeiro<sup>40</sup>. A prescrição dos *crimes de guerra*, reclamada a bom som por diversos Estados, faria obstáculo a que a imprescritibilidade do conjunto de três categorias de infrações internacionais fosse considerada como adquirida em direito internacional.

A leitura dos trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma faz sentir o caráter duvidoso da idéia de que o artigo 29 codifica uma regra costumeira internacional. A maior parte das cinco propostas ali apresentadas prestigiava o princípio da prescrição: duas entre elas, a primeira e a quinta, mencionavam a prescrição e apresentavam regras relativas à sua interrupção, assim como ao diferimento do termo inicial. A terceira proposta exprimia moderações : « *a corte pode declinar de sua competência se ela estima que, em razão do tempo transcorrido, o processo equânime não seria mais possível* ». A quarta proposta excluía os *crimes de guerra* da regra da imprescritibilidade. Uma única, a segunda, foi pela imprescritibilidade de todos os crimes do artigo 5º, nos termos precisos do texto finalmente aprovado<sup>41</sup>.

A pluralidade das soluções aventadas sugere, pois, que embora os Estados-partes no Estatuto de Roma tenham chegado a um acordo sobre a regra convencional da imprescritibilidade, à época da negociação o debate, iniciado trinta anos antes, não havia sido concluído. A natureza costumeira deste princípio não se havia consolidado, mas encontrava-se ainda em processo de afirmação.

Há que atentar, ainda, para a prática dos Estados no tocante a este tema. Todo costume, em Direito, repousa sobre dois elementos, um de natureza material e outro de natureza psicológica: uma prática reiterada no tempo e uma *opinio juris*. O primeiro consiste aqui na repetição regular de um procedimento por parte de certo número de Estados, quando não de todos. Já o segundo diz respeito à convicção de que aquela prática corresponde ao justo, ao bom, ao necessário — e portanto obrigatório. É preciso

38 M. FRULLI, op. cit., p. 237.

39 Christine VAN den WYNGAERT & John DUGARD, op. cit.

40 William BOURDON. La Cour pénale internationale. Paris, Seuil, 2000, p. 125.

41 United Nations Diplomatic Conference Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome, 15-17 July 1998). A/CONF.183/13/ (Vol. III, p. 32/33).

que os dois fatores se associem para formar uma norma costumeira: esta só pode ser assim considerada quando os Estados a exercitam com regularidade, persuadidos de sua imperatividade jurídica <sup>42</sup>.

A atuação dos Estados na cena internacional parece autorizar, hoje, a conclusão de que a imprescritibilidade se afirma como regra costumeira. Se levado em conta, no entanto, o direito interno da maioria dos países, alguma dúvida poderia ressurgir, vez que o direito penal comparado registra que poucos Estados reconhecem a imprescritibilidade de todos os crimes internacionais mencionados pelo Estatuto de Roma <sup>43</sup>. É comum que a imprescritibilidade, quando aqui e ali admitida, alcance infrações consideradas graves pela respectiva ordem jurídica, mas não necessariamente os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. É perceptível, ainda, a tendência à extensão do prazo prescricional de diversas infrações penais que não aquelas cobertas pelo Estatuto <sup>44</sup>.

O que precede faz ver que a imprescritibilidade penal é, no âmbito internacional, no mínimo uma norma costumeira em formação. No que tange à não-consolidação, no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, da regra prevista no artigo 29 do Estatuto de Roma, duas ambigüidades parecem emergir: convém indagar se a não-integração da regra equivaleria ao seu descumprimento e, em caso afirmativo, se os Estados faltosos poderiam ver subtraída sua jurisdição primária em favor da competência complementar do Tribunal Penal Internacional, nos termos dos artigos 1º e 17 do Estatuto da Corte.

### **Imprescritibilidade e complementariedade perante o Tribunal Penal Internacional: a ambigüidade do Tratado de Roma**

Os Estados que ratificaram o Estatuto de Roma comprometeram-se, ou não, a introduzir em seus sistemas penais a regra da imprescritibilidade dos crimes definidos no Estatuto? Os que não o fizeram estariam sujeitos a ver subtraída sua jurisdição primária mediante a aplicação do princípio da complementariedade do artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional? Certos autores parecem convencidos disto <sup>45</sup>. A questão não tem, entretanto, resposta segura.

Segundo o artigo 29 do Estatuto do TPI, os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. O dispositivo não precisa, contudo, a ordem jurídica perante a qual tais crimes não poderiam prescrever. A omissão, simples na aparência, suscita uma dúvida crucial. Segundo parte da doutrina, se a obrigação consiste em que tais crimes devam ser considerados imprescritíveis perante as ordens jurídicas nacionais dos Estados-partes, é possível que a omissão de determinado Estado em legiferar em tal sentido

42 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 2007, 10ª ed., pp118-121.

43 A doutrina se divide sobre a idéia de que o exame direito interno dos Estados possa conduzir à conclusão sobre o caráter costumeiro de uma determinada regra internacional ou princípio geral do direito das gentes. Paul Weis não vislumbra essa possibilidade, enquanto que Ian Brownlie recomenda, em determinadas situações, análise de legislações nacionais. A este respeito v. REZEK, Francisco, op. cit., p. 123.

44 CHENUT, Kathia, ABDELGAWAD LAMBERT, Elisabeth. Op.cit., p.297. Tradução livre.

45 M. FRULLI, op. cit., p. 238; V. aussi W. A. SCHABAS. Non-applicability of statute of limitations. In *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*. Otto Trifflerer (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 526, DELMAS-MARTY, Mireille. La responsabilité pénale en échec: prescription, amnistie, immunités, in *Crimes internationaux et juridictions nationales*, dir. A.Cassese et M. Delmas-Marty, Paris, PUF, maio 2002.

possa desencadear a competência do Tribunal Penal Internacional, no exercício da jurisdição complementar prevista e regida nos artigos 1º e 17º de seu Estatuto.

Por outro lado, se os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional são imprescritíveis tão-só perante a jurisdição internacional, a prescrição declarada por um juízo nacional não refletiria necessariamente *recusa* ou *incapacidade* do Estado justificadoras da competência complementar do TPI.

Esta questão foi precocemente levantada no quadro dos trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma. Durante a conferência diplomática de plenipotenciários das Nações Unidas para a criação de uma corte penal internacional (Roma, 15 de junho a 17 de julho de 1998), o grupo de trabalho sobre os *princípios gerais de direito penal* optou pela afirmação da imprescritibilidade. Foi no entanto incluída em pé de página a observação seguinte: «*Dois delegações eram de opinião que os crimes de guerra deveriam ser prescritíveis. Será preciso voltar à questão da prescrição se os crimes definidos pelos tratados forem aceitos (...). A imprescritibilidade dos crimes de competência do TPI levanta um problema no que concerne ao princípio da complementaridade. A possibilidade existe de que uma prescrição em direito interno impeça os tribunais nacionais de estatuir, passado certo tempo, enquanto que o TPI estaria sempre em condições de exercer sua competência.*»<sup>46</sup>.

Os delegados não se exprimiram, em definitivo, sobre o problema levantado<sup>47</sup>. Concordaram unicamente com a afirmação de que os crimes de competência da Corte não prescrevem. A omissão abre a possibilidade de interpretações contraditórias. Primeira possibilidade: a regra se impõe só perante o Tribunal Penal Internacional, e a justiça do Estado-parte tem o direito de declarar prescrito um crime sem abrir espaço à competência complementar do TPI. Segunda interpretação possível: os Estados-partes estão comprometidos de forma implícita a modificar suas próprias leis para adaptá-las à regra da *imprescritibilidade objetiva* dos crimes definidos no Estatuto de Roma.

#### **a) Primeira tese: os crimes internacionais são imprescritíveis perante a jurisdição internacional.**

A restrição da imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional unicamente ao âmbito dessa corte não suprime o efeito útil do artigo 29 do Estatuto de Roma. Haveria, de todo modo, diversas situações em que o preceito preserva sua razão de ser. Em primeiro lugar, imprescritíveis os crimes internacionais perante o TPI, a defesa estaria impedida de alegar, no juízo internacional, a prescrição. A norma serviria ainda para justificar a entrega ao TPI de um acusado que se encontrasse no território de país sem competência primária para julgar o crime em questão. Assim, mesmo que a justiça do país de asilo do acusado seja freada pela prescrição, o Estado renunciaria à jurisdição subsidiária em favor do TPI à vista da natureza internacional

<sup>46</sup> W.A. SCHABAS, Non-applicability of statute of limitations, in Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court. Otto Triffler (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 525. O grifo é nosso.

<sup>47</sup> Comissão diplomática de plenipotenciários das Nações Unidas para a criação de uma corte penal internacional. Comissão plenária, relatório de análise da segunda sessão ocorrida na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, terça-feira, 16 de junho de 1998, às 15 horas. (A/CONF.183/C.1/SR.2), pp. 6-9.

do crime. O foro local não conheceria do caso, e o exame da prescrição não seria sequer realizado, aplicando-se a regra do artigo 29 do Estatuto de Roma.

A circunscrição da imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional ao seu próprio domínio não esvaziaria, portanto, a regra do artigo 29 do Estatuto de Roma. Esta tese tem, assim, consistência à luz do rigor da hermenêutica.

**b) Segunda tese: os crimes internacionais são objetivamente imprescritíveis.**

Cuida-se, neste contexto, de presumir que pesa doravante sobre os Estados-partes no Tratado de Roma a obrigação de adaptar suas leis nacionais à regra da imprescritibilidade dos crimes definidos pelo Estatuto. Isto impõe desde logo duas indagações de extrema seriedade. Os delegados nacionais tinham essa intenção quando lavraram o texto? Estavam eles investidos por seus governos do poder de decidir sobre a revisão de um tema tão sensível para bom número de ordens jurídicas quanto o da prescrição?

Nada, no que disseram em Roma, permite concluir que estivessem movidos pelo desígnio de arrastar seus Estados a um comprometimento desse porte <sup>48</sup>, e não há como cogitar de uma *vontade implícita*. Na hipótese de que os delegados nacionais estivessem providos de autoridade para esse fim, e houvessem ocupado a mesa de negociações com o propósito de aceitar, em nome de seus Estados, tal inovação, restaria saber por que motivo não o teriam anunciado expressamente. Um compromisso de dimensões tão complexas pode operar-se de forma tácita?

**c) A interpretação do artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.**

Para Claude Lombois, «...toda convenção tendo por objetivo coordenar a repressão, pelas ordens jurídicas internas, de uma infração determinada, enuncia, em termos claros, a obrigação de incriminar em direito nacional » <sup>49</sup>. À luz desse entendimento, se o artigo 29 do Estatuto de Roma fosse de natureza a modificar as leis internas dos Estados pactuantes, esta obrigação ali figuraria expressa, o que não ocorre. Pode-se, entretanto, interpretar o dispositivo segundo a técnica proposta pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. A Convenção manda considerar (i) o contexto da regra, (ii) sua finalidade e objeto, e (iii) a prática posterior dos Estados.

Para analisar o contexto em que a regra se insere, é preciso ter em conta os demais artigos do Estatuto. Estes se referem unicamente à competência *da Corte*. O caráter recorrente da expressão «relevando da competência da Corte» induz à conclusão de que o Estatuto não prescreve imposições às jurisdições nacionais, que a Convenção somente visa à competência e ao procedimento do Tribunal Penal Internacional.

Há imprecisão quanto à finalidade e ao objeto do artigo 29, onde resulta manifesta a vontade de tornar imprescritíveis certos crimes, mas pouco claro se a regra foi

<sup>48</sup> Nações Unidas, A/CONF.183/C.1/SR.2, pp. 6-9.

<sup>49</sup> C. LOMBOIS. Un crime international en droit positif français, in *Mélanges Vitu*. Paris, Cujas, 1989, pp. 367-388.



concebida em caráter exclusivo para o Tribunal Penal Internacional ou se é extensiva às jurisdições nacionais. A finalidade e o objeto da Convenção, tais como descritos no seu preâmbulo, revelam ambigüidade, pois aí consta que «*é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais.*»<sup>50</sup>.

Resta a *prática posterior dos Estados*, elemento chave na interpretação da regra da imprescritibilidade. Se aceita como confirmação da prática dos Estados a análise da recepção, pelas ordens jurídicas internas, da imprescritibilidade, pode-se concluir que, até o presente momento, a regra não foi assimilada por grande parte dos integrantes da comunidade internacional.

É hoje difícil sustentar, ante a simples leitura do Estatuto de Roma, que tenha sido criada para os Estados a obrigação de modificar seus conceitos nacionais sobre o tema da prescrição. O artigo 17 do mesmo texto prevê, de resto, situações justificadoras do exercício complementar da competência do Tribunal Penal Internacional, e a declaração de prescrição do crime segundo a lei nacional, após processo regular, não foi aí arrolada.

Somente uma interpretação extensiva do artigo 17(2), do Estatuto de Roma permitiria admitir o exercício da jurisdição complementar do TPI quando uma jurisdição nacional prioritária tenha declarado prescrito um dos crimes internacionais descritos no Estatuto e em seu próprio ordenamento interno. A doutrina ensina que existe um «*reconhecimento geral de que a interpretação restritiva se impõe a respeito de cláusulas que limitem, de algum modo, a soberania dos Estados, ou que importem, da parte destes, submissão a juízo arbitral ou permanente*»<sup>51</sup>, e que a interpretação restritiva é aquela que se aplica «*às cláusulas atributivas de competência arbitral ou jurisdicional, às cláusulas derogatórias a um princípio geral e às cláusulas limitativas da soberania estatal*»<sup>52</sup>.

A interpretação extensiva do artigo 17 (2) do Estatuto de Roma, resultante de uma visão abrangente do alcance de seu artigo 29, não é a mais correta. A prática dos Estados não autoriza, no presente estado de coisas, a deduzir o consentimento deles sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais perante as ordens jurídicas nacionais, e sobre o risco conseqüente do exercício complementar da jurisdição do TPI quando o foro doméstico tenha declarado extinta a punibilidade, ou a pena, pelo decurso do tempo.

50 Cabe aqui indagar se a declaração da prescrição significa a recusa de traduzir em justiça determinado delinqüente ou, ao contrário, seria uma afirmação desta última, em conformidade com os princípios que regem determinado ordenamento jurídico nacional e mediante o exercício regular de jurisdição.

51 REZEK, Francisco. Op. cit. São Paulo, Saraiva, 2007, 10ª ed., p. 92.

52 C. ROUSSEAU. Droit international public. Paris, Dalloz, 1987, 11ª ed., pp.64-65. Como quer que seja, estaríamos aqui, diante de um impasse. Prevalence no domínio do direito das gentes a preferência pela interpretação restritiva. Entretanto, no âmbito das Nações Unidas, essa tendência geral foi flexibilizada a partir do século XX em favor da organização, de seus poderes e de sua agilidade. O exemplo mais eloqüente é a exegese, patrocinada por Hans Kelsen, do artigo 27 da Carta das Nações Unidas, no sentido de afirmar, o que ainda hoje subsiste, que o veto dos cinco Estados com cadeira permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas exige um voto negativo de cada uma daquelas potências, a tanto não equivalendo a abstenção ou ausência.



## Conclusão

O princípio da imprescritibilidade dos crimes internacionais, exceção à regra da prescrição penal no sistema jurídico de inspiração romano-germânica, é suscetível de questionamento entre juristas desta formação. A tal respeito são ilustrativas as apreensões de Kathia Martin-Chenut e Elisabeth Lambert ao descreverem aquilo que chamam de *hipertrofia da repressão*: «*Ao defender a imprescritibilidade, não se deve temer uma justiça absolutista? Mas entre a punição e a impunidade, qual é o maior escândalo? A resposta é talvez: tudo depende da gravidade dos crimes cometidos. Para os crimes que atingem a própria humanidade, pela sua amplitude e nível de gravidade, a impunidade é certamente o maior escândalo em democracia. Uma parte da doutrina tem se mostrado cética quanto ao fenômeno contemporâneo de expansão da justiça na esfera espacial (e, sobretudo internacional) e na esfera temporal, histórica. Há ainda que saber se reconhecer a imprescritibilidade dos crimes internacionais não faria, nas hipóteses mais otimistas, simplesmente aproximar a prática dos Estados da comunidade internacional de um justo meio termo, ou a desviaria para uma justiça perigosa.*»<sup>53</sup>.

Ressaltam entretanto que, em face do grande número de obstáculos de natureza diversa em matéria de repressão dos crimes internacionais, uma imprescritibilidade absoluta, desde que adotada por todos os Estados, talvez permitisse a melhor aproximação de uma justiça média<sup>54</sup>.

Esse consenso no seio da comunidade internacional, embora complexo, não parece inviável. Mireille Delmas-Marty sugere um recurso de interpretação (semelhante ao que opera nas Cortes europeia e interamericana de direitos humanos) na Corte Internacional de Justiça ou no Tribunal Penal Internacional, para facilitar o conhecimento das práticas estatais existentes. Delmas-Marty insiste, porém, em que essa adesão não se dê de uma só vez, mas no quadro de uma gradual reunião das consciências jurídicas estatais em torno de princípios diretivos comuns. Permitir-se-ia, assim, um movimento progressivo de aproximação entre as proposições da ordem universal e os sistemas nacionais.

Para a notável autora, esta harmonização, assim como o aludido recurso, teria o mérito de «*precisar o sentido do direito convencional, das evoluções do costume internacional e de evitar interpretações diferentes e contraditórias. Assim, sem fixar muito um sistema em plena formação, estar-se-ia permitindo a formação de uma cultura jurídica comum, abastecida ao mesmo tempo do direito internacional e de estudos comparativos. Desta forma, poderiam estes últimos contribuir com a garantia de uma verdadeira complementaridade entre as jurisdições nacionais e o TPI.*»<sup>55</sup>.

Essa aproximação respeitosa entre ordens jurídicas internas e a jurisdição internacional não ocorrerá da noite para o dia. Mas, afinal, tudo parece consistir numa questão de tempo. É da releitura, aliás, dessa noção que decorre a imprescritibilidade

53 MARTIN-CHENUT, Kathia & ABDELGAWAD LAMBERT, Elisabeth, op. cit, p. 299. Tradução livre.

54 Idem.

55 DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit.

dos crimes internacionais: da idéia de que o tempo não pode ser aquele do decurso das vidas humanas, mas o de movimentos empreendidos por sociedades, por sistemas de poder, e de que é preciso esperar o lento e tantas vezes penoso virar das páginas da história.

O tempo parece ser enfim a contingência do direito penal internacional. É provável que nesse domínio toda precipitação prejudique o pleno alcance dos objetivos principais desse ramo da justiça. É tormentoso não se saber ao certo se ao cabo desses dias ou anos sobrevirão novos obstáculos ao percurso evolutivo da repressão da delinquência internacional. Sabendo que o tempo é por vezes também o senhor dos encontros perdidos, parece incontornável que se amargue o risco de vermos envelhecer uma instituição antes mesmo de seu florescimento.

Se o caminho se prenuncia longo e árduo, parece ser este o sacrifício que se impõe pela passagem de uma justiça penal de emergência — ou *de circunstância* — a uma justiça repressiva universal e definitiva. Mais importante que ver operar sem demora o sistema, e em seu potencial máximo de coerção, é trabalhar para que esta estrutura, ainda incipiente, possa erguer-se sobre bases as mais sólidas e seguras.

#### Bibliografia

##### I. Livros

- BASSIOUNI, M.C. *Crimes against Humanity*. The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Des délits et des peines*. Paris, Flammarion, 1991.
- BOURDON, William. *La Cour pénale internationale*. Paris, Seuil, 2000.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford, University Press, 6ª ed., 2003.
- DESPORTES, Frédéric et LE GÜNEHEC, Francis. *Droit pénal général*. Paris, Economica, 8ª ed., 2001.
- GARAPON, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*. Paris, Odile Jacob, 2002.
- GINSBURG, C. *Le juge et l'historien*. Paris, Verdier, 1997.
- JANKALEVITCH, V. *L'imprescriptible*. Paris, Seuil, 1986.
- LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de droit international pénal. Termes choisis*. Paris, PUF, 1998.
- LOMBOIS, Claude. *Droit pénal international*. Paris, Dalloz, 2ª édition, 1979.
- LOZANO Jr., José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- MACHADO, Fabio Guedes de Paula. *Prescrição penal. Prescrição funcionalista*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- OST, François & VAN HOECKE, Mark (org.): *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Bruxelles, Bruylant, 1998.
- RATNER, R. & ABRAMS, J.S. *Accountability for Human Rights Atrocities, in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford, Clarendon Press, 1997.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 11ª ed., 2007.
- RICOEUR, P. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris, Le Seuil, 2000.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris, Dalloz, 11ª ed., 1987.
- SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruylant, Bruxelles, 2001.
- TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. Recueil des Cours (1923), vol. 1.
- TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2004.
- VATTEL, Emmerich de. *Le droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Paris, Guillaumin & Cie, 1863.
- VERHOEVEN, Joe & ARGENT, Pierre. *Guerre et responsabilité internationale*. Bruxelles, Bruylant & LGDG, 2002.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público* (trad. esp. A. Truyol y Serra), Madrid, Aguilar, 1969.

##### II. Monografias e Teses

- MERTENS, Pierre. *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*. Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974. *L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans les travaux du Conseil de l'Europe et dans la Convention de l'ONU, in Le procès de Nuremberg, conséquences et actualisation*. Bruylant & Université libre de Bruxelles, Coll. Droit international n° 22, 1988, pp. 67-88.
- VERYKIOS, P.A. *La Prescription en droit international public*. Paris, Pedone, 1934.

##### III. Artigos (Francês)

- Table ronde ayant pour thème la prescription. *Revue française de théorie juridique*, n° 31. Paris, 2000, pp. 40-77.
- DELMAS-MARTY, M. *La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)*, in CASSESE, Antonio & DELMAS-MARTY, Mireille (org.): *Les juridictions nationales et les crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 613-653.

- DUPUY, P.-M. *Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes*. Revue générale de droit international public, 1999, pp. 290-295.
- FRULLI, Michaela. *Les crimes internationaux, la prescription, l'amnistie*, in CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. Paris, PUF, 2002. *Crimes internationaux et juridictions internationales*, pp. 236-243.
- GLASER, Stefan. *Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre*. Revue de droit pénal et de criminologie, 1964-1965.
- GRAVEN, Jean. *Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?* Revue pénale suisse, 1965.
- HENZELIN, Marc. *Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures*, in M. HENZELIN, M. & ROTH, R. (org.) : *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 69-118.
- HERZOG, J.B. *Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité*. R.S.C. 1965, pp. 337-371.
- JUROVIKS, Yann. *Le procès international face au temps*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°4, out/dec., 2001, 781-797.
- LAQUIÈZE, Alain. *Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité in Droit*. Revue française de théorie juridique, 31-2000, pp. 19-40.
- LOMBOIS, Claude. *Crimes contre l'humanité - crimes de guerre*, R.S.C., 1987, pp. 937-942.
- LEVASSEUR, Georges. *Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription*. JDI, 1966, pp. 259-284.
- NILS-CHRISTIE, Robert. *La criminalisation du monde*, in HEZELIN, Marc & ROTH, Robert (org.) : *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, Genève, Bruxelles, L.G.D.J., Georg, Bruylant, 2002, pp. 337-345.
- NORDMANN, Joë. *L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*. Gaz. Pal., 23 A.1983, pp.163-164.
- PINTO, Roger. *La prescription en droit international*. Académie de Droit international de La Haye. Recueil des Cours, 1955, t. I, pp. 387-455.
- PONCELA, P. *Imprescriptibilité in ASCENIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel & PELLET, Alain (org.) : Droit international pénal*. Cedim Paris X, Ed. A. Pedone, 2000, pp. 887-895.
- PONCELA, P. *Mesure et motivations de la peine dans les jugements du TPIY* in HEZELIN, Marc & ROTH, Robert (org.) : *Le droit international à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, LGDG, 2002, pp. 325-336.
- RADOVANOVIĆ, L. *La prescription des crimes de guerre*. Revue de la politique internationale, n°358, 1965, pp. 9-11.
- ROLLAND, Maurice. *La prescription des crimes contre l'humanité*. Revue de droit contemporain, 1964, n°2, pp. 115-125.
- SOTTILE, A. *La prescription des crimes contre l'humanité et le droit pénal international*. Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 1965, pp. 5-18.
- STERN, Brigitte. *De l'utilisation du temps en droit international pénal*, in *Le droit international et le temps, colloque de Paris*. Société française pour le droit international. Paris, Pedone, 2001, pp. 253-264.

#### IV. Artigos (Inglês)

- CASSESE, A. *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*. EJIL, 1999, pp. 108-123.
- FRULLI, Micaela. *Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?* EJIL, 2001, pp. 329-350.
- MERON, Theodor. *Is international law moving towards criminalization?* EJIL, 9, 1998, pp. 18-31.
- MILLER, Robert H. *The Convention On The Non-Applicability of Statutory Limitations To War Crimes And Crimes Against Humanity*. AJIL, vol. 65, 1971, pp. 477-501.
- REZEK, J.F. *Reciprocity as a Basis of Extradition*. 52 British Yearbook of International Law, Oxford, Clarendon Press, 1981, pp.171-203.
- SCHABAS, W. A. *Non-applicability of statute of limitations*, in *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*. Otto Triffler (ed.), Baden-Baden, 1999, pp. 523-526.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine & DUGARD, John. *Non-applicability of Statute of Limitations*, in CASSESE, A. (org.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford, 2002, pp. 873-888.

#### V. Artigos (Português)

- BADARO, Gustavo. *O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas*, in AMBOS, K./ MALARINO E. & WOISCHNIK, J. (org.): *Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 97-115.
- CASTIGLIONE, Theodorindo. *Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código penal internacional*. Revista dos Tribunais, nov. 1967, vol. 385, pp. 7-47.
- FÁRIA COSTA, José. *O direito penal e o tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição*. Boletim da Faculdade de direito, Coimbra, n° spcial, 2003, pp. 1139-1165.
- MIRANDA, Jorge. *Tribunal Penal Internacional. Paineil II: A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Brasília, CEJ, 2000, pp. 23-26..
- MOTA, José Luis Lopes de. *Impunidade e direito à memória: a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional*. Revista do Ministério Público, Lisboa, vol. 20, n° 78, abril-junho 1999, pp. 33-36.

#### VI. Documentos

- Nations Unies, A/CONF.183/C.1/SR.2  
Nations Unies, A/CONF.183/13/(vol.III, pp. 32/33).

## The Dogmatic Function of Law as a Legal Regulation Model for Cyberspace

CARLOS ALBERTO ROHRMANN\* \*\*

### Resumo

A regulação da internet e do ciberespaço vem sendo discutida por todo o mundo, sendo possível identificar alguns modelos teóricos. Acordos internacionais, regulamentos baseados em códigos e modelos tradicionais de regulação para aplicação de leis domésticas ao ciberespaço são três exemplos destes modelos. Este artigo propõe que o direito tem uma função dogmática inerente. O direito cria dogmas que são aceitos pela sociedade e que dão força ao dogma legal. Um dogma legal pode não se tornar aceitável pela sociedade para a qual o dogma é aplicado. Neste caso, em sociedades democráticas, onde os dogmas legais não podem ser mantidos pela força autoritária do Estado, o dogma colapsa e novos dogmas são criados. Nós demonstramos que dogmas legais podem ser usados para regular o ciberespaço, apesar de suas particularidades tecnológicas e de suas arquiteturas. Dessa forma, ajustar e aplicar os dogmas legais existentes ao ciberespaço o é nossa proposta para a regulação legal da Internet. A aplicação deste modelo regulador ao ciberespaço é tratada segundo a perspectiva do Direito Brasileiro. No Brasil, a Lei Federal vem sendo interpretada para definir a Internet como um ambiente privado. Portanto, no Brasil, a Internet não está dentro do mesmo quadro legal baseado no direito público no qual as telecomunicações ordinárias estão inseridas. Tal enfoque legal mais bem regula a Internet no Brasil, porque torna possível para os empresários privados desenvolver a Internet sem ter que se candidatar para licenças do Governo Federal. Este artigo conclui que, hoje, uma importante fonte de regulação para a Internet no Brasil é o Código Brasileiro de Proteção ao Consumidor – CDC.

### Abstract

Internet and cyberspace regulation has been discussed throughout the world and we can identify some theoretical models. International agreements, code-based regulation and the traditional regulation model of applying domestic laws to cyberspace are three examples of those models. This article proposes that law has an inherent dogmatic function. Law creates dogmas that are accepted by the society that gives the strength to the legal dogma. A legal dogma may become not acceptable by the society to which the dogma is applied. In that case, in democratic societies, where legal dogmas cannot be maintained by the authoritarian strength of the state, the dogma collapses and

\* Professor of Law at Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC (Brazil), J.S.D. – Boalt Hall (USA), LL.M. – UCLA (USA), Master of Commercial Law – UFMG (Brazil), L.B. – FDMC (Brazil), B.S. (Computer Science) – UFMG (Brazil)

\*\* This essay was presented at the University of Ottawa, *The Internet and the Law - A Global Conversation*, October 2, 2004.

new dogmas are created. We demonstrate that legal dogmas can be used to regulate cyberspace, despite of its technological particularities or architectures. In doing so, adjusting and applying existing legal dogmas to cyberspace is our proposal for Internet legal regulation. The application of that regulation model to cyberspace is addressed under the Brazilian Law perspective. In Brazil, Federal Law has been interpreted to define the Internet as a private environment. Therefore, in Brazil, the Internet is not within the same legal public law-based framework as ordinary telecommunications are. That legal approach is better for the regulation of the Internet in Brazil because it makes it possible for private entrepreneurs to develop the Internet without having to apply for licenses from the Federal Government. This article concludes that, today, an important source of regulation for the Internet, in Brazil, is the Brazilian Consumer Protection Code – CDC.

## **Summary**

### **I. Introduction**

### **II. A Theoretical Approach towards the Regulation of Cyberspace**

- A) The Theory of the Dogmatic Function of Law Applied to Cyberspace*
- B) Historical Origins of the Regulation of Telecommunications in Brazil*
- C) The Legal Framework for the Internet in Brazil: A Public Service or a Private Enterprise?*

### **III. Legal Analysis of the Dogmatic Regulation of the Internet in Brazil**

- A) Tax Law and the Legal Dogmatic Definition of the Internet Service Providers (ISPs)*
- B) Consumer Protection Laws and the Regulation of Electronic Transactions in Brazil*
- C) Legal Responsibilities for Virus Infections in Cyberspace*

### **IV. Conclusion**

## Introduction

This is an article about the legal regulation of cyberspace, under a theoretical approach. This text is the basis of my presentation on October 2<sup>nd</sup>, 2004, at the “Internet and the Law – A Global Conversation”, a conference held at the University of Ottawa, in Canada, when we gave a talk about the Internet and Regulation in Brazil.

We will review the dogmatic function of the law that we take as inherent to the law, despite to the legal system it belongs to. This article presents the dogmatic function of law as an efficient regulatory model for cyberspace. In fact, we think that the challenge for cyberlaw is to identify the correct legal dogmas that will regulate cyberspace, accordingly and in respect to the culture and the tradition of each country.

After presenting the theory, this paper shifts to the identification of the application of the dogmatic function of law, under a Brazilian legal perspective.

This text basically covers the origins of telecommunications law in Brazil and how it was adapted to regulate the Net.

Brazilian net surfers are well ranked among international Internet users.<sup>1</sup> That fact could sound interesting to foreigners. How could a developing country, such as Brazil, show relatively good Internet use rates? The answer may be in the past history of Brazilian high inflation rates.

Electronic transactions have not been something new for the average person in Brazil. That fact has some historical roots in the late seventies and early to mid eighties. One of the most important reasons for the acquaintance of the Brazilian people with the on line world is indeed an economical issue.

During the second half of the last century, the Brazilian economy experienced very high inflation rates. Due to many economical factors that are beyond the scope of this text, the inflation kept rising throughout the seventies and the eighties. Inflation rates reached a tremendous rate of 80% (eighty per cent) a month in the early nineties.

A high inflation economy makes paper money a useless asset. Therefore, money was mostly kept in the banks, where there was some protection against the day-to-day devaluation of the currency. Brazilian banks developed their electronic networks very rapidly during the eighties. Debit cards and ATM machines were spread throughout the country. Money transfers were easily made throughout the vast territory of the country, even from Southern Brazil to the most far away regions of the West or the Northern region.

Brazilians had to learn how to make electronic transactions to avoid great losses due to the day to day devaluation of the currency. Of course, that was a very good reason for people to get involved with the on line world.

---

<sup>1</sup> *Internautas Brasileiros Superam Americanos em Tempo On-Line*. Folha On line (visited May 21, 2004) <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u16018.shtml>>. Accordingly to a recent research done by IBOPE, there are 12 million residential Internet users in Brazil, which spent an average of 13 hours and 43 minutes on line on April 2004.

If, on the one hand, the electronic sector was relatively developed in Brazil, during the last decades of the past century, on the other hand, telecommunications was really a problem. The telecommunications system had been working slowly under a state-owned public monopoly model. The Federal Government controlled all telecom companies but had little or almost no money to invest in the services. The consequence was a very low offer of phone lines to consumers. Besides that, phone lines were highly expensive in the market.

The change for the telecom market came in the mid nineties, when the market was deregulated. Actually, an amendment<sup>2</sup> to the Brazilian Constitution of 1988 was required to break-up the public monopoly of the Federal Government. With the deregulation of the telecom market, private investment, both, Brazilian and foreign, became welcome in the country. Brazilian consumers, of course, rapidly felt the good results of the privatization. Telephone lines had their very high prices lowered to something very close to zero in less than six or seven years.

The good news from the telecom sector and the experience that Brazilian consumers had with electronic banking led to a wide growth of the Internet in the country. Not only the private sector, but also most of the government agencies felt comfortable in investing time and resources to develop the Brazilian “.br” branch of the Internet.

The public sector did also contribute a lot to the development of the on line world in Brazil. A Federal Statute of 2000 created a fund of 1% of the gross revenue of telecom companies for the development of Internet access for schools and public libraries.<sup>3</sup> At this point in time, the public sector has turned its attention to fostering the use of open software.

The country had its first electronic election for president in 1994. At this point in time, ten years later, almost all of the Brazilian states have adopted e-voting machines and paper ballots have become something of the past.

Brazilians tax payers are used to filing their tax returns to the Federal Government through the Internet. The system was made available during the mid nineties and, at this point in time, most of the tax payers send their tax returns on line. Besides that, the Brazilian “IRS” has become very efficient in providing on line services to tax payers such as on line tax compliance certificates.

Brazilian courts have also taken a positive approach towards the use of cyberspace. Some circuits of the Federal Justice have implemented electronic lawsuits.<sup>4</sup> Courts are analyzing projects that could lead to the wide use of the Internet as a way to make judges closer to the people, especially in the remote areas of the North (usually of difficult access due to the Amazon forest).

In the academic legal field, researches began during the mid nineties. The law of the on line world became a legal discipline. Actually, the discipline “Virtual Law”

---

2 We refer to the Eight Amendment to the 1988 Constitution of Brazil, August 15<sup>th</sup>, 1995

3 Lei n. 9.998/2000.

4 We refer to the “Especial Federal Lawsuits”. These courts have jurisdiction over federal civil and federal criminal cases. Civil cases must discuss a value not higher than sixty minimum wages (around five thousand United States dollars). Criminal cases are heard only when the maximum sentence for the felony is not higher than two years in prison. The federal statute n. 10.259, enacted in July 12<sup>th</sup>, 2001, article 8<sup>th</sup>, section 2, allows for the filing of electronic documents before the Federal Courts in those cases.



(Cyberlaw) was first taught for LL.B. students in 1997 as a mandatory discipline at Faculdade de Direito Milton Campos.<sup>5</sup> Cyberlaw turned to be a regular discipline offered in most of the Brazilian first tier law schools and the scholarship has grown a lot in the area.<sup>6</sup>

The law of the on line world in Brazil addresses legal issues related to the use of cyberspace. Consumer laws, on line torts, cyber crimes, privacy issues, freedom of expression and the legal protection of intellectual property are some of the legal issues that Cyberlaw teachers and law students deal with in Brazil.

This Article covers the dogmatic theory for cyberspace regulation and some of the most relevant issues of the regulation of the Internet in Brazil. Due to the fact that the scope of the article could become too wide, we will focus on two separate main issues, divided in two the parts of the text.

The first part of the Article presents a theoretical analysis of the law of cyberspace. Item A of part one identifies the existence of some academic schools of regulation of the on line world. We will present the dogmatic function of law as an inherent characteristic of the legal regulation. After explaining our approach or the dogmatic function of law, we will present it as a model of regulation for cyberspace and we will take the position that legally choosing the right dogmas for each society is the best way to regulate cyberspace. After that study of the theory of cyberlaw, we turn to the application of the theory for the law of the on line world in Brazil. Item B of the first part will review the telecommunications law and policy in Brazil, from the state-owned public monopoly times to the legal and practical effects of the deregulation of the market (pos the 1995 Amendment of the Brazilian Constitution), when the first Brazilian Agency was created. In item C, at the end of the first part of this Article, we will explain the legal dogmatic framework that the Internet has had in Brazil, since its beginning in the mid nineties. Finally, we will demonstrate that the Internet is not a public service in Brazil and, therefore, the Internet is legally considered to be a private enterprise in the country. The legal consequences of that dogmatic regime for the Internet in Brazil will be briefly addressed at the very end of the first part.

The second part of the Article deals specifically with some of the most important Brazilian legal dogmas regarding the Internet in Brazil. Item A of the second part addresses the regulation of the Internet Services Providers in Brazil, under a tax perspective. It is an interesting legal analysis because it demonstrates how courts are still struggling with the law in order to determine what legal dogma will be applied to the ISPs in order to tax their services. Items B and C deal with e-commerce. In doing so, this Article presents the importance of Consumer Laws in the Brazilian regulation of e-commerce. We will show that Brazilian Consumer Laws have grown

---

<sup>5</sup> We started to offer that discipline at the Faculdade de Direito Milton Campos School of Law (FDMC), in Belo Horizonte, MG, during the first semester of 1997. Since then, it has become an obligatory third-year discipline for all of the LL.B. students at FDMC. From 1997 to today many other Law Schools have followed the approach first taken by Milton Campos School of Law, and many top law schools offer Cyberlaw (or other related discipline, under another title) in Brazil for both LL.B. and LL.M. students.

<sup>6</sup> See generally Carlos Alberto Rohrmann, *Notas Acerca do Direito à Privacidade na Internet: A Perspectiva Comparativa*, 38 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2000); see also Carlos Alberto Rohrmann, *O Governo da Internet: Uma Análise sob a Ótica do Direito das Telecomunicações*, 6 *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* (1999); see also Carlos Alberto Rohrmann, *O Direito Comercial Virtual - A Assinatura Digital*, 4 *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* (1997).



in importance as a source of legal dogmas for cyberspace in Brazil. Item B of the second part will also make the policy analysis of the Panasonic Case, decided by the Superior Court of Justice in Brazil. Even though it is not a cyberlaw case, it is important to analyze the Panasonic Case due to the fact that the Brazilian Consumer Law was applied to a transaction between a Brazilian consumer and an American offeror. This application of the Brazilian Consumer Law to transactions occurred outside the boundaries of Brazil may be a precedent for applying the same law in electronic transactions. Finally, in item C, we will address the legal responsibility for computer virus infections under a Brazilian tort analysis. We will show that Brazilian courts are likely to impose liability on web site owners for damages caused by computer virus on third parties.

This article concludes that law has an inherent dogmatic function that can be applied as a good model of regulation for cyberspace in democratic societies. Therefore, domestic laws should be used to regulate cyberspace. When legal dogmas are correctly chosen by courts and by the legislature, for the regulation of cyberspace, other kinds of regulation such as code-based regulation would have more of a symbolic value to help the dogmatic function of law than a legal role.

Finally, under a theoretical and comparative perspective we will demonstrate that the regulation of the Internet, in Brazil, as a private place is very close to the way American Law has addressed the issue (as decided by the United States Supreme Court in the 1997 case *Reno v. ACLU* – the first internet law case<sup>7</sup> to be heard by the Supreme Court). Besides, this article concludes that, under the application of the Theory of the Dogmatic Function of the Law, the application of Brazilian Consumer Laws as a source of legal dogmas for cyberspace is, at this point in time, one of the most important sources of regulation for cyberspace in Brazil.

## **I. A Theoretical Approach towards the Regulation of Cyberspace**

### **a) The theory of the dogmatic function of law applied to cyberspace.**

We define cyberspace as the telecommunications medium that was created back in 1835 when Morse invented the telegraph. We take cyberspace and the on line world as synonymous. Therefore we assume that Cyberlaw is the legal discipline that studies the law of the on line world

We know that, on the one hand, there are many legal scholars who argue that there are some instances of the technology should or could not be *regulable* by the law itself without a change in the code of the software. On the other hand, there is the so called “traditional regulation model”, or “applying existing rules and developing new legal frameworks at the individual country level”, as defined by UCLA law Professor Stuart Biegel, in his book *Beyond our Control*.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>8</sup> See STUART BIEGEL, *BEYOND OUR CONTROL? CONFRONTING THE LIMITS OF OUR LEGAL SYSTEM IN THE AGE OF CYBERSPACE* 123 (2001).

The question of how would be the legal regulation of cyberspace is a much debated issue. Legal scholars have proposed interesting different solutions. The proposals range from the position that the Internet should have no external legal regulation<sup>9</sup> (or even that the Internet should be established as a separate jurisdiction<sup>10</sup>) to the other extreme, considering the Internet as nothing new for the law (therefore no new external legal regulation should be specifically designed for the Net).<sup>11</sup>

The libertarian position reflects the early American concept of a group of people that forms a free community without direct government interference.

That position has its roots in the formation of the United States, when people came first and built communities where they could enjoy their freedom such as the freedom of religion. Since the people was searching for more freedom that usually was not the situation of the place where they had come from, new communities and the lack of government were associated to freedom. A government, a law would be seen under precaution due to the risk of restriction of freedom. Therefore, the external rulers would represent something such as a threat to the freedom of the people of the new community.<sup>12</sup>

In other words, under that theory, law could be a threat to freedom; law could restrict the freedom that the community enjoys from its own rules.

We can identify an analogy between that American concept of community and the modern concept of communities in the Internet. Under the new cyberspace approach it has been said that “technology creates freedom”. After the technological freedom has been enabled, the same way as the old communities would fear the government, nowadays there is a fear of the law (or of the lawyers) as what could “take freedom away from cyberspace”.

Law creates freedom, not technology. Cyberspace technology helps people in enhancing creativity and communication. Thus, technology has a strong symbolic function in the expression of freedom but technology is no guarantee of freedom.

The tool that society has to enable freedom in cyberspace is law, not technology. We can quote as example countries that restrict freedom of speech. In those countries the law imposes a dogmatic restriction on cyberspace speech. If the government decides to adopt an Internet filter solution, to make it harder (or not possible) for its nationals to access a certain web site, that computer code has a strong symbolic function. The symbolic function of the computer code, in that case, does not confer to the code the role of regulating the behavior of the people when they go online. People will comply with the law for some reasons, among which: first, the society

<sup>9</sup> See generally David R. Johnson & David Post, *Law and Borders--The Rise of Law in Cyberspace*, 48 Stan. L. Rev. 1367 (1996) [hereinafter Johnson and Post, *Law and Borders*]; see also David G. Post & David R. Johnson, “Chaos Prevailing on Every Continent”: *Towards a New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1055 (1998) and DAVID R. JOHNSON & DAVID G. POST, AND HOW SHALL THE NET BE GOVERNED?: A MEDITATION ON THE RELATIVE VIRTUES OF DECENTRALIZED EMERGENT LAW, IN COORDINATING THE INTERNET (1997).

<sup>10</sup> See generally Timothy S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? – The Internet and the International System*, 10 Harv. J.L. & Tech. 647 (1997).

<sup>11</sup> See generally Eugene Volokh & Jack Goldsmith, *Regulation of the Internet: Three Persistent Fallacies*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1119 (1998).

<sup>12</sup> See generally John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace* (visited Apr. 10, 2000) <<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.”

might agree that accessing those restricted web sites might not be a good idea (what happens for most of the people in the case of child pornography); or, second, because the society fears the government (mostly common in dictatorships).

From the example we gave, we can identify that the code of the software has a symbolic value but bypassing it does not mean that someone would be outside of the scope of the law (and therefore outside of the sanctions that might be imposed). Besides, if someone wants to access the restricted web sites, he or she will always have the law as the way to access them. Under the law, the one which will ultimately decide if someone will access the restricted web sites is a judge. In other words, it is not the computer code that determines what shape the speech has in a certain place, but the law as it is applied to cyberspace.

One could take that example of free speech and say that cyberspace is not *regulable* because the law would not be able to stop people from accessing this or that web site. Besides, another one could also say that, without the aid of the blocking software, cyberspace would not be *regulable* (the regulation would require a change in the architecture).

We think, on the contrary, that cyberspace is *regulable* and, despite the fact of being a new media, we should apply the traditional law as the main source of regulation for Cyberspace. Of course this position does not mean that we don't need to make changes and adjustments in the Law in order to better regulate cyberspace. Those changes must reflect the dogmatic aspects of the law that we need to address specifically for cyberspace.<sup>13</sup>

Our position means that the Internet is not a separate jurisdiction. Therefore, we do need public laws to regulate the Internet, instead of codes or "virtual states". We also realize that an international agreement<sup>14</sup> could be reached in order to better regulate certain aspects of the Internet that is to say, once again, a body of laws that are edited by the public power (or by public powers from various states throughout the real world). Of course, those treaties should be implemented by the local state.

We take the law as a much broader concept than the narrow concepts of "statutes" and "law enforcement", for example. Law has some characteristics that make it separated from other systems of rules such as moral norms, technical norms, etiquette norms or even "netiquette norms".

The law is made for the public good, it is made for the public benefit, and its ultimate goal is to promote general and equal justice. If the law is corrupted at a certain point in time and in a certain place up to a point where the law stops to pursue the public good, that system naturally collapses. Of course the means to achieve the public good vary throughout the world, but the goal, the focus of multiple juridical systems is ultimately always the same: the achievement of the public benefit, the final achievement of justice.

---

<sup>13</sup> Of course there are certain aspects of the on line world that makes it important for the off-line law to make a certain regulation that does only apply to the virtual world. A good example is the Digital Signature Laws. They are laws that were made in the real world to better regulate the on line world.

<sup>14</sup> This position of an international perspective for the on line regulation reflects the movement that some countries have taken towards the liberalization of their markets for certain partners. The European Union initiatives for cyberspace regulation are a good example of this perspective. See generally EU Declaration Sets Stage for Global Internet Regulation, 9 No. 9 J. Proprietary Rts. 20 (1997).

Besides the public benefit, we do take the position that law has a universal authority, which means that all the people under the jurisdiction of the law are bound by the law. No one in a certain jurisdiction can just “bypass” the law. No one in the jurisdiction of the law can claim to be outside the scope of the legal system. Of course there might be situations in which a specific statute is not applicable to a certain individual. This does not mean, however, that such law lacks universal authority. The reason is simple: if a certain individual who is not subjected to such statute, for example, decides to become a member of the class of persons that are subjected to that statute, he or she will be bound by such piece of legislation. We could take as an example the law that regulates the legal profession. Such laws only bind someone after he or she decides to go into the legal profession (but indirectly, that law binds everyone, since whenever anyone decides to become a lawyer, he or she will face the parameters set by that law).

Finally, public authority ultimately enforces the law.<sup>15</sup> Rules that are not enforceable by the public authority, such as the rules of the *Netiquette*,<sup>16</sup> are not within the scope of the law. They are not laws and they are not the objects of the juridical science.

All of the three characteristics of the law enumerated above point to a common objective: the achievement of justice. We cannot make confusions between the law and the instruments of the law enforcement. The difficulties of the law enforcement do not mean that the law would not be able to regulate a specific human relationship.

The reason for not keeping the aim of the analysis exclusively in the law enforcement aspect is simple. There are many people that obey the law, regardless of the level of the enforcement. The law is often taken as a model to be followed, to be observed. This thought is demonstrated by the great number of juridical relationships that take place everyday, within the scope of the law. If we take into consideration the number of times that the law is obeyed, we can see that relatively only few cases are brought to court. Besides, the fact that if in some instances the system fails to enforce the law; it does not mean that the public benefit is not still being targeted by the society.

We see the law as a dogmatic system of regulation that the human society uses to regulate whatever relationship it wants to regulate. We understand the law as dogmatic because the law can create legal dogmas to impose legal fictions in some relationships. Once those legal fictions are created by the law, and accepted by the society, they are also able to regulate any given situation.

Law can create legal dogmas. Legal dogmas often ignore the “architecture” of the real world. Legal dogmas can redefine the nature the way the law wants. The legal dogmas can be understood in the same way as the religious dogmas. A legal dogma is a legal statement that is accepted as true, for the juridical system, regardless of any scientific (or architectural) accuracy. The reasons why the legal dogma is accepted as true are many and they are related to the cultural aspects of each society and of each country.

<sup>15</sup> The “public authority” can be understood as the “state”.

<sup>16</sup> For a list of the “Netiquette Guidelines”, see generally *RFC 1855, Netiquette* (visited Jan. 29, 2000) <<http://sunsite.cnlab-switch.ch/ftp/doc/standard/rfc/18xx/1855>>.

Take for example the way humans have sons and daughters. No one could disagree with the science, at this point in time, that we have sons and daughters through sexual intercourse (or through artificial insemination). The law can create a dogma that allows for someone to have a son or a daughter without sexual intercourse (or artificial insemination). It is the institution of adoption. No scientist would say that an adopted child is a biological son or daughter, but that does not change anything for the dogmatic aspect of the law. The dogmatic function of the law can make an adopted child have exactly the same legal status as a biological child has.

We think that the digital technology may present some questions to be addressed by new laws. But we understand that believing that technology itself is not *regulable* (or that it should be established as a separate jurisdiction) would be almost the same as a utopia. It would be the utopia of a new technological world, created by the computer digital technology that could be “free from the power of law” and that would lead to the growth of code regulation.<sup>17</sup>

The idea that the Internet should be established as a separate jurisdiction demonstrates this utopia of the “technological world”. In that case, technology would have created a world of freedom that would be set outside the scope of the legal systems of the “real” world. The proposal of establishing the Internet as a separate jurisdiction is another attempt at having a world of freedom, created by technology. Under that proposal, technology would have created, as Hanna Arendt has lectured about, a “promised land”<sup>18</sup> of freedom, away from the legal system. Once again, we propose the law and its dogmatic function as the main source of freedom.

We think that instead of establishing a separate jurisdiction for the internet, it would be more efficient trying to identify the correct dogmatic function of the law for each country, accordingly to each culture, in order to regulate the international aspects of the Internet. If we took the French Yahoo! case as an example, we would see that someone who makes online business with consumers of other countries should be aware of the possible application of the laws of the country of the consumer. As a matter of fact that might be a pretty general rule, despite of the electronic commerce.

As we have seen, through the dogmatic function of the law, it can create the legal dogmas that are necessary for the regulation of cyberspace. Therefore, we will take the regulation of the Internet in this text as the law of the net, a law that is being applied to the Net in Brazil, at this point in time.

Now that we have defined our theoretical understanding of the legal regulation of the Internet (as a *regulable* environment under the correct application of the Dogmatic Function of the Law), we turn to some practical specific issues related to the legal treatment of cyberspace in Brazil. We will begin with an overview of telecommunications law.

---

<sup>17</sup> See generally Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998).

<sup>18</sup> See HANNA ARENDT, *DA REVOLUÇÃO* (2nd. Ed., Ed. Ática, 1990, p. 111) where she says that technology made the American dream of a “promised land” true.

### **b) Historical origins of the regulation of telecommunications in Brazil**

Since we have defined the on line world as also referring to telecommunications and not only to the internet itself, this article dedicates some words to explain the legal framework for the regulation of telecommunications services in Brazil. We will see that telecommunications service has been regulated as a state owned monopoly and than, under the dogmatic function of law it has evolved, in Brazil, to be public service that can be offered by private players.

Telecommunications has been, since its origins, an international and widespread enterprise. It is interesting that, despite the fact of being an undeveloped country in the Eighteenth Century, Brazil was one of the first customers that Mr. Graham Bell had for his invention, the telephone.

The second emperor of Brazil, D. Pedro II, went to the fair in Philadelphia and bought a telephone from Mr. Bell. The Emperor went to the exhibition in Philadelphia, where he got impressed by the telephone Mr. Bell had invented.<sup>19</sup> The first line was installed in Rio de Janeiro, connecting the Imperial Palace to another palace, in the late 1870s. After that, the first line was working under a license granted to Mr. Charles Paul Mackie to explore telephone lines in the Rio de Janeiro area and also in the nearby city of Niterói (across the Guanabara Bay). That first telephony license was granted by the Imperial Decree n. 7.539, in November 15<sup>th</sup>, 1879.<sup>20</sup>

Of course, Brazil had had telegraph lines before the first licenses for telephony were granted. Back to 1873 a license to explore under the sea lines between Brazil and Europe (more specifically, between Rio de Janeiro and the capital of Portugal, Lisbon) was granted to a Brazilian entrepreneur of the nineteenth century called *Barão de Mauá*.<sup>21</sup>

Brazilian telecommunications services were first governed by a system that followed the American model for the regulation of telecom. Just like in the early twentieth century, in the U.S., where AT&T was a private player, a regulated monopoly, due to the “natural monopoly” argument<sup>22</sup>, in Brazil, private telecom companies were free to apply for licenses from the government. That legal model had its roots in the imperial licensing framework. The declaration of the Republic of Brazil, in 1889, did not itself change the legal framework for telecommunications service in the country.

The first problems with the old Brazilian telecom model began to arise in the late 1920s, and the early 1930s. The lack of investments in infrastructure was a major problem for the development of a telecom company in a big country such as Brazil. We have to remember that Brazil was still a mostly agricultural country in the early twentieth century. The industrialization process of Brazil did only begin until the middle of the past century.

19. See generally GASPAR LUIZ GRANI VIANNA, *DIREITO DE TELECOMUNICAÇÕES* (1976).

20. See generally JOÃO CARLOS MARIENSE ESCOBAR, *O NOVO DIREITO DE TELECOMUNICAÇÕES* (1999).

21. See GASPAR LUIZ GRANI VIANNA, *supra* note 5, at 16.

22. See THOMAS G. KRATTENMAKER, *TELECOMMUNICATIONS LAW AND POLICY* 344 (1998) [hereinafter Krattenmaker, *Telecommunications Law and Policy*], where Prof. Krattenmaker explains why the local telephony is a natural monopoly.

The lack of private investment in telecom infrastructure led to a movement towards increasing in the role of the Brazilian state as the investor in the field of telecommunications.

The legal framework thus changed in order to accommodate the role of the state as the new most important player in the telecom industry. Telecommunications started to be a public service in the hands of the Brazilian state.

Here we have to make a little explanation about the Brazilian federalism. The country has adopted federalism since it became a republic in 1889. The Brazilian states were “artificially created” from the unitary imperial state. Therefore, Brazilian states have never been as autonomous as, for example, American states. Most of the legal and the constitutional powers are concentrated in the hands of the federal government. Brazilian commentators refer to federalism in Brazil as always “converging to the center”.<sup>23</sup>

Throughout the last century, Brazilian constitutions started to concentrate the responsibility for the telecommunications service in the hands of the federal government. That is a trend that started with the 1946 Constitution. In 1967, the Constitution imposed by the military government established that only the Federal Government was allowed to exploit telecommunications services in Brazil.<sup>24</sup>

A federal, state-owned company, named “Embratel” had been created back in September 16<sup>th</sup>, 1965, to provide long distance inter-exchange telecom services. Seven years later, still during the military administration that ruled the country from 1964 to 1985, a holding telecom company, named “Telebrás” was created to centralize the operation of all of the local telecom providers. Only very few private telecom companies were allowed to provide the service in very restricted areas of the country, nothing relevant at all.

It is important to make it clear that the first years of the military administration back in the mid sixties to the mid seventies was a period of high intervention of the federal state-owned government in the Brazilian economy. Not only “Telebrás”, but many other public federal companies were created. Of course, the federal government did invest a lot of public resources and money in those companies. The results for the telecom services were pretty good: a lot of public investment in infrastructure and a quick increase of the total area of the Brazilian territory covered by the state-owned telecom companies.

As an example of the fast development of the telecom services in Brazil, we quote the rate of the increase of new fixed telephone lines installed in Brazil during the twenty first years of the activities of the Telebrás holding: almost five hundred percent (500%).<sup>25</sup>

The project that once began with the hope of the construction of a developed country through massive state investments did not work for more than twenty (20)

23 See generally: ALEXANDRE DE MORAES, DIREITO CONSTITUCIONAL (2000) and KILDARE GONÇALVES CARVALHO, DIREITO CONSTITUCIONAL DIDÁTICO (1999).

24 Constitution of Brazil of 1967, article 8th, section XV.

25 See LUCAS DE SOUZA LEHFELD, AS NOVAS TENDÊNCIAS NA REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÕES PELA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL 15 (2003).



years. The economic crisis of the oil prices in 1973 was the start point for the reduction of foreign investments and of foreign loans to Brazil. The lack of incoming capital to the country led to a crisis of state investment. With very little, or no money to invest in the state-owned telecommunications company, the state model that had been conceived to be a solution, came to be a problem.

The eighties are known as “the lost decade” for the Brazilian economy. The economy was shaken by problems such as: There were almost no investments neither from the state, nor from foreign players; the interest rates were very high and Brazil faced many difficulties in the renegotiation of old foreign credit lines. The results were almost two large defaults in the payments of external debts, one in 1982 and the other in 1987.

The new Federal<sup>26</sup> Constitution of Brazil dates back to 1988. It is a democratic Constitution that kept the most of the model of the intervention of the state in the economy. Therefore, telecommunications services were constitutionally regulated as a “public service”, among the exclusive powers of the Federal Executive Branch of the government. It means that not only new laws pertaining to telecommunications had to be federal laws, but also, only the federal government, directly, was legally entitled to offer telecommunications service. It was a public monopoly of the telecom system.

The trend of liberalization and privatization only started in Brazil during the first years of the nineties. It was only after the inauguration, in 1990, of the first president of Brazil to be elected by the people, after the military dictatorship, since the early sixties that the Brazilian economy turned back to a liberal capitalist model.

The first democratic administration of Brazil after the military period did not address the issue of the federal monopoly for telecommunications services. It was only during the Administration of President Fernando Henrique Cardoso that the model for telecom changed in Brazil. The Cardoso Administration had the privatization of the “Telebrás” system as one of its goals.<sup>27</sup>

Brazilian commentators refer to the crisis of the Brazilian state and the lack of state investments as two of the most important reasons that led to the privatization wave that swiped the country during the nineties.<sup>28</sup>

The legal problem related to the privatization of “Telebrás” was that a constitutional reform would be required. Since the federal constitution of Brazil established that only companies controlled by the Federal Government were allowed to provide telecommunications services in the country, the Federal government had to amend the Brazilian Constitution of 1988, in order to be able to sell its telecom companies.

The Brazilian Constitution is very extensive<sup>29</sup> and it establishes many legal conditions for its amendment procedure. Therefore, amending the Constitution is not an easy task at the Brazilian Congress. The Constitution requires that the proposed Amendment has to be approved by three fifths (3/5) of each house in two separate

---

26 See generally JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *TEORIA GERAL DO FEDERALISMO* (1986).

27 See José Alfredo de Oliveira Baracho, *A Teoria Geral das Privatizações*, Revista do Conselho da Justiça Federal, set-dez 1998, at 57.

28 See generally MESSOD AZULAY NETO & ANTÔNIO ROBERTO PIRES DE LIMA, *O NOVO CENÁRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO* (2000).

29 There are 250 articles in the 1988 Constitution of Brazil.



occasions. The Constitution of Brazil of 1988 is a rigid one, when we consider the procedure related to its Amendment.

Despite the fact that it is difficult for the Federal Constitution of Brazil to be amended, the Fernando Henrique Cardoso Administration was able to make many amendments. During the second semester of the first year in office, President Cardoso had the article of the Federal Constitution of Brazil that refers to the telecommunications service amended by the Congress of Brazil. We refer to the Eight Amendment to the Brazilian 1988 Federal Constitution. The new constitutional regulation for telecom in Brazil, after the edition of the Eight Amendment to the Brazilian Constitution of 1988 is that the Federal Government is entitled to the powers to explore directly, or through licensing (private companies), the services of telecommunications, under the terms of the federal statute that shall regulate the organization of the services, the creation of a regulatory agency and other institutional aspects.<sup>30</sup>

It is interesting to highlight that the Eighteenth Amendment to the Brazilian Constitution of 1988 not only made it possible for the federal government to sell its telecom companies but also mandated the creation of a regulatory agency.

Brazilian administrative law did not have the institution of the “Administrative Agency” (or the “Regulatory Agency”) before the Eight Amendment became law. Even though there was a similar institution in Brazil, it was not a real independent agency such as the American Federal Communications Commission – FCC.

The intention of the Eight Amendment was really to enable the creation of an independent agency for the regulation of the telecommunications service in the country. Once again we refer to the tradition of Brazil of having a strong federal government. An independent agency was an idea that would start to change the concentration of powers in the hands of the federal administration (and, therefore, in the hands of the president of the country).

Brazilian commentators<sup>31</sup> say that the Cardoso administration did also start the period of the “agencification” of the Brazilian administrative law. Brazilian commentators also pointed that the North-America administrative law was the source of inspiration for the regulation of the Brazilian recently created agencies.<sup>32</sup> There are Brazilian commentators that even see that theory with some restrictions.<sup>33</sup>

An agency was created to regulate the public telecommunications in Brazil. Federal Statute n. 9.472, enacted on July 16<sup>th</sup>, 1997, created the “National Agency of Telecommunications” – ANATEL.<sup>34</sup>

The next step was the total privatization of the Brazilian telecom system. That was a much more complex process due to the legal reactions. Of course the discussion was

30. See Art. 21 of the Brazilian Constitution: “Art. 21. The Federal Government has the powers to: [...] XI – explore, directly, or through licensing [private companies], the services of telecommunications, under the terms of the statute that shall regulate the organization of the services, the creation of a regulatory agency and other institutional aspects;” (our translation) “Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”

31. See MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, DIREITO ADMINISTRATIVO 386-387 (2000).

32. See generally ALEJANDRA HERRERA, INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL (2001).

33. See CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO 151 (2002).

34. See Federal Statute n° 9.472/97, article 8<sup>th</sup>.

not only economical but it also had to do much with ideology. Many public hearings were held and sometimes the tone of the arguments turned pretty much emotional.

The Brazilian telecom system was privatized in many auctions where the highest bidder would be granted a ten or a twenty-year license to explore telecommunications services in some restricted areas for the first years. Fostering competition was also considered during the privatization process in such a way that the incumbent telecom provider for a specific area would have, for a specific period of time, only one competitor (known as “the mirror company”).

The privatization process of the Brazilian telecom system was successful and foreigner investors were able to buy some companies and to acquire some telecom licenses for both local and long distance telephony and also for mobile services.

The practical results of the deregulation of the telecom market were felt very soon after the privatization. The access to telephone lines was made cheaper and quicker. The only bad news for consumers was that the prices for the telecom services, at the first moment, soared.

An important legal conclusion from the liberalization of the telecom market in Brazil is that, even though private players were allowed to offer telecommunications services in the country, the service itself does also remain as a public service that ultimately belongs to the powers of the federal government. In other words, it means that for someone to be allowed to offer telecom services in Brazil, a license from the federal government is required by law (and by the Brazilian Constitution of 1988).

In the mid nineties a legal doubt arose: what about the Internet? What legal dogma should be associated to the definition of the environment of the net in Brazil? This question will be addressed in the next item of this paper.

### **c) The legal framework for the internet in Brazil: a public service or a private enterprise?**

The first discussions regarding the regulation of the Internet in Brazil were related to the doubt whether the Internet should be legally addressed as a public federal telecom service or not. We have to remember that if the Internet were considered to be a kind of telecommunications service, in the early nineties, it would fall within the scope of the Federal Government’s public monopoly. In other words, at that time, no licenses would be granted to private players who would never be allowed to offer Internet services in Brazil. Therefore, services such as the ones provided by the Internet Services Providers – ISPs would have to be provided by a company totally owned (or at least controlled) by the Federal Government.

At the very first moment of the arrival of the Internet in Brazil, there was an attempt to include the Net under the monopoly power of the Federal Government for telecom services. The state owned “Embratel” company, which was responsible for long distance (and international) inter-exchange telecom services, tried to develop

the argument that, under the law, Internet services could only be provided in Brazil by that corporation.

We have to make it clear that when we refer to the arrival of the Internet in Brazil, we mean the moment when the Internet was made available for the population as a commercial enterprise. Of course, there was access to the Net before. Brazilian universities had access to the Net under the so called “Rede Nacional de Pesquisas – RNP”. RNP was restricted to academic purposes, and it was made available only for universities and to some colleges.

When “Embratel” demonstrated its position to take the absolute control of the Internet in Brazil, during the early nineties, a strong reaction was felt. The press and most of the people did not agree that the constitutional monopoly for telecommunications should also comprise the way Brazilians would access the Net.

We understand that leaving the access to the Internet in the hands of the federal government would be a threat to the rights of the citizens to access the resources of cyberspace. Also, the constitutional granted right to free speech would be at jeopardy by that position.

It is important to highlight the importance of freedom of expression as an argument for not having the Internet in the hands of the Federal Government, especially in the case of Brazil, that has had a bad history of dictatorships.

The 1988 Constitution of Brazil was written in the years that followed the end of the military ruling of the country. One of the legal points that were stressed the most in the Constitution of 1988 was the right to free speech. Besides securing freedom of expression as a fundamental right, the constitution also dedicates a chapter to the regulation of communications, from article two hundred and twenty (220) to article two hundred and twenty three (223). Article 220 of the 1988 Constitution of Brazil expressly prohibits all kinds of political, ideological and artistic censorship.<sup>35</sup>

When we consider the bad history of dictatorships in South America we can see the importance of the separation between the Government and the control of the Internet. Unfortunately, Brazil has had many years of strong governments that did really restrict the freedom of the press and free speech. Even though most Brazilians believe that the dark days of the dictatorships were left in the past for ever and after, that is still something hard to predict.

In a world where commentators<sup>36</sup> are worried about the way the code can be used for regulation and about too much classification of the information available in the

35. Federal constitution of Brazil, article 220: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

36 See Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 Harv. L. Rev. 501 (1999); see also Lawrence Lessig & Paul Resnick, *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*, 98 Mich. L. Rev. 395 (1999); Lawrence Lessig, *The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net*, 14 Berkeley Tech. L.J. 759 (1999); Lawrence Lessig, *Keynote Address: Commons and Code*, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 405 (1999); Lawrence Lessig, *Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance*, 74 Chi.-Kent L. Rev. 1405 (1999); Lawrence Lessig, *What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering*, 38 Jurimetrics J. 629 (1998); Lawrence Lessig, *The Constitution of Code: Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation*,

Internet, we can get especially suspicious about having governments controlling the access to the Net.

Under Brazilian Constitutional law, economic activity belongs to private entrepreneurs. The state can only develop economic activities under very restrict situations. Those situations are basically two: when the economic activity is required by the national defense or in cases of relevant public interest, as to be defined by the law (or, more precisely, by a statute to be passed by the legislative power).<sup>37</sup>

If, on the one hand, the economic activity in Brazil, due to the constitutional rule, belongs to private players, on the other hand, public services are within the scope of the state. The state must offer public services directly or indirectly to the people. When public services are offered directly by the state, we may have a government controlled corporation and the one that offers the service. In Brazil, when the public service is performed “indirectly”, usually there is a private corporation who owns a temporary license granted by the state, offering the public service to the people.

Under Brazilian administrative law there is no difference whether public services are performed directly by the state or not. In other words, the service does remain as “public” and it is ruled by the principles of public law, among those we cite: importance of the public interest and precedence of state policies against the private interest. Besides, if the licensee is not performing the public service with good quality, the license can be revoked and sometimes even with no rights to compensation. Of course, a deep analysis about Brazilian administrative law pertaining to the regulation of public services in the country is beyond the scope of this text.<sup>38</sup>

The regulation of the governance of the Internet in Brazil dates back to 1995, when the Ministry of Communications and the Ministry of Science and Technology issued a “Joint Note” about the Net. That Joint Note was the basis for the understanding of the way the Brazilian Federal Government would address the framework for the legal regulation of the Internet.

Basically, the Joint Note addressed the following items: the definition of the Internet as “a worldwide net of nets of computers”; the position that Internet services in the country should be offered preferably by private entrepreneurs (private Internet service providers); government-owned Internet service providers would be an exception (they would only be accepted to foster the development of the Net in places where the public sector would be necessary to open the market for

---

5 CommLaw Conspetus 181(1997); Lawrence Lessig, *Constitution and Code*, 27 Cumb. L. Rev. 1 (1997); Lawrence Lessig, *Reading the Constitution in Cyberspace*, 45 Emory L.J. 869 (1996); Lawrence Lessig, *Intellectual Property and Code*, 11 St. John's J. Legal Comment. 635 (1996); Lawrence Lessig, *Social Meaning and Social Norms*, 144 U. Pa. L. Rev. 2181 (1996); Lawrence Lessig, *The Zones of Cyberspace*, 48 Stan. L. Rev. 1403 (1996); and Lawrence Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 Yale L.J. 1743 (1995).

37 Constitution of Brazil, article 173: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

38 See generally CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO (2002).

private Internet service providers); and, finally, the creation of an Administrative Committee for the Internet in Brazil (*Comitê Gestor – CG*).<sup>39</sup>

That Administrative Committee for the Internet in Brazil (*CG*) was further regulated by the new Administration that took office in the year 2003. Decree n. 4.829, of September 3<sup>rd</sup>, 2003, established the powers of the *CG*. Basically, the *CG* is now responsible for outlining the framework for the development of the Internet in the country. Besides, the *CG* does also manage the domain name system and the IP address allocation table in Brazil.<sup>40</sup>

Therefore, we conclude that the edition of the Decree n. 4.829 of 2003 did not change the legal framework for the Internet in Brazil. The role left for the government regarding the Net in Brazil is mostly administrative and scientific, not offering the service itself (as it is in the case of telecommunications, such as for telephony, for example).

It was very important, for the legal community, that Decree n. 7.829 did not change the legal environment for the Net in the country, especially in the beginning of a new administration in the country.

That “Joint Note” was very important in the past because it made it clear that the legal framework for the Internet in Brazil would be a private economic activity to be explored by private players, without the need for licenses from the Federal Government. In other words, the Brazilian Internet access is not within the scope of the public services of telecommunications, constitutionally held by the Federal Government of Brazil. The Internet was left to the private sector, what was the right choice for Brazil.

Despite the fact the Internet is not a “telecommunications service” in Brazil, some doubts about its tax treatment arose afterwards. This doubt led to a new confusion regarding the Internet being, or not, a public telecom service.

We see that Brazilian law went basically the same way as the American law did in the case *ACLU v. Reno*, where the Internet was seen as a place closer to a private mall than a public forum.

We will now turn to address some specific laws pertaining to the regulation of the Internet in Brazil, starting with tax related issues. The choice for tax law is due only to the fact that it intertwines with the Internet governance, as we will demonstrate in the next part of this text.

Besides tax laws, we will also address other related issues in Part two of this text. We will especially analyze the laws related to the protection of the consumer rights. Once again, we chose consumer protection laws due to the fact that it has gained a lot of importance as dogmatic source for the regulation of cyberspace in Brazil. As we will see, there are many cases related to the Internet in Brazil that are decided mostly on the basis of the protection of consumers’ rights. Of

---

<sup>39</sup> *Comitê Gestor* (visited Aug. 18, 2004). <<http://www.cg.org.br/regulamentacao/notas.htm>>.

<sup>40</sup> See *supra* note 24 *Comitê Gestor* (visited Aug. 18, 2004). <<http://www.cg.org.br/regulamentacao/decr4829.htm>>.

course, this option for consumer laws reflects a tradition of the Brazilian society in protecting consumers.

## II. Legal Analysis of Laws Pertaining to the Regulation of the Internet in Brazil

### a) Tax law and the legal dogmatic definition of the internet service providers (ISPs)

An interesting and curious legal point related to the regulation of the Internet in Brazil is how the dogmatic function of law would be applied to services rendered by Internet Service Providers – ISPs for tax reasons.

Brazilian tax system is far from being something very simple. The tax legal regulation is all based primarily on the Constitution of the country and then on other laws that regulate the constitution. The analysis of the Brazilian legal tax system is beyond the scope of this Article.

We will only focus on the definition and the application of one specific tax that is a kind of a “Value Added Tax – VAT”, called, in Brazil, the “*Imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS*” (hereinafter “ICMS tax”).<sup>41</sup>

The ICMS tax is a state tax that is defined by article 155 of the Brazilian Constitution of 1988.<sup>42</sup> It applies to most of the commercial operations such as the sales of goods (a state sales tax). Besides being a sales tax, the ICMS tax does also apply in the hypothesis of communications services. This is the point that led to the legal discussion regarding the taxation of the Brazilian ISPs.

Since the ICMS tax collects funds for states’ governments, it is understandable why Brazilian states developed studies regarding the application of the ICMS in new situations. It was exactly the case of the ISPs in Brazil.

When the first ISPs started their services, states began to work on the argument that ISPs would be, in fact, performing communications services. Therefore, ISPs should have to collect the ICMS to the states.

Here we just open a small paragraph regarding some peculiarities of the ICMS tax. Besides being a state tax, it corresponds to a very high taxation. Whereas simple taxes for services are due to the municipality and usually are about five percent (5%) of the price of the services, the ICMS tax for telecommunication services is due on the amount of twenty five percent (25%) of the price of the service. Of course, ISPs would rather pay nothing than paying any taxes. But, in the event of having to pay taxes, Brazilian ISPs would rather to have to pay the regular five per cent (5%) service tax to the municipality than the very high ICMS tax to the state.

41. See generally LUCIANO AMARO, *DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO* (2003).

42. See The Constitution of Brazil of 1988, article 155: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

From that discussion, we had some of the first tax law cases related to cyberspace in Brazil. Basically it was a discussion between states and the municipalities regarding who would be legally entitled to tax the ISPs.

Of course, states wanted to classify the services of the ISPs as telecommunications services. Their first argument was that ISPs allow for people to communicate on line. Therefore, ISPs offer the medium for communication and, in doing so, they would be performing telecom services (so, please collect state taxes).

ISPs' arguments went to the other direction. ISPs said that they did not perform any telecom services. On the contrary, ISPs would be clients of telecom service providers. ISPs services would be more related to offering e-mail storage services, web hosting services and IP allocation services.

States' arguments relied upon the legal definition of telecommunication services that is embodied on article 60 of the Brazilian Telecommunications Law of 1997.<sup>43</sup> Article 60 of the Brazilian Telecom Law defines telecommunications services as "The set of activities that make it possible to offer telecommunications".

ISPs challenged the argument of the states by saying that ISPs did not offer telecommunications services, but instead, they added something to the telecommunication services provided by telecom services providers. In doing so, ISPs based their arguments upon article 61 of the same Brazilian Telecommunications Law of 1997.

Article 61 of the Brazilian Telecommunications Law of 1997 defines the so called "service of added value".<sup>44</sup> It is a legally defined service that is distinguished from the telecommunication service as it is defined by article 60 of the same statute. Article 61 defines the "service of added value" as the activity that "adds to one telecommunication service that works as its basis and that cannot be confused with the first, also new utilities related to the access, storage, presentation, movement or the retrieving of information".

In other words, on the one hand, states wanted to classify ISPs under article 60 and ISPs would see their services under article 61, and, therefore, not within the scope of the ICMS taxation.

It is rather interesting that the Brazilian Agency for telecom – "ANATEL", does not classify ISPs as telecom service providers. But, despite that fact, states still want to charge ISPs as telecom companies for the purposes of the ICMS.

Many law suits were filed in the country regarding that tax issue. It is important to highlight that the only issue being addressed by the courts in those cases is the

43 Lei n. 9.472, of July 16th, 1997: Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. § 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. § 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

44 Lei n. 9.472, of July 16th, 1997: Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.



tax question. But, the remaining question would be: If ISPs are held responsible for the ICMS tax would they also be required to have licenses granted by the federal government in order to perform their services? This is an on going debate.

States courts have decided in favor of the ICMS taxation for ISPs as if they were telecom service providers.<sup>45</sup> Appeals were filed on the Superior Court of Justice in Brasília (Superior Tribunal de Justiça – STJ).

The STJ is not the Supreme Court of Brazil. STJ is a Superior Court in Brasília that hears appeals regarding decisions that could be against federal laws. Therefore, if the case is related to constitutional law, it is heard by the Supreme Court of Brazil in Brasília, but, if the case only addresses federal laws, the STJ is the court that hears appeals in the case.

The STJ, at this point in time, has not fully decided the question.<sup>46</sup>

There is one decision from the STJ, a case from the Brazilian state of Paraná, decided in 2001, that held that ISPs do provide telecom services under the terms of article 60 of the Brazilian Telecommunications Act of 1997 and, therefore, they must collect ICMS to the states.<sup>47</sup>

But, in the year 2003, the same STJ decided the same legal question in an opposite way. It was a case from the same southern state of Paraná. It was decided that ISPs are not telecommunication services providers, but, instead, they provide “service of added value”, under the terms of article 61 of the Brazilian Telecommunications Law of 1997. Thus, accordingly to this decision, ISPs are not within the scope of the ICMS taxation.

At this point in time, the STJ is hearing the case under a new appeal called “Embargos de Divergência”, a kind of an *en banc* decision that will decide the contradiction of the two decisions of the cases within the same Superior Court of Justice in Brasília.<sup>48</sup>

It is interesting that Brazilian courts are struggling with the legal definition of the services provided by ISPs.

We just need to remember here, that the Brazilian legal system belongs to the Civil Law system and does not follow the rules of the Common Law system regarding juridical precedents. Therefore, decisions of one Superior Court do not, *per se*, bind other courts in the country.

There are other cases related to tax law in Brazil and cable Internet service providers. One case has held that cable Internet providers are telecom service providers and therefore they must collect the ICMS tax (and their legal treatment for the ICMS taxation of Internet data is even higher than for video).<sup>49</sup>

Under a comparative perspective, regarding this decision about cable access Internet providers as telecom service providers, by Brazilian courts, we find it

45 See generally ApCv 262.730-5, TJMG, 18 Nov. 2002 and ApCv 281.280-8/000, TJMG, 06 Feb. 2004.

46 The law as it is by August, 2004.

47 RESP 323.358, 03 Sep. 2001.

48 Embargos de divergência n. 456.650.

49 See Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, Mandado de Segurança – MS n. 267919-9/000-1, 09 Apr. 2003.



somehow similar to what was recently decided by the Ninth Circuit, in the case *Brand X Internet Services, et al. v. FCC*.<sup>50</sup>

We conclude that, at this point in time, the legal definition of the services rendered by ISPs in Brazil is still an on going debate at the court level. Depending upon the decision of the STJ in its *en banc* decision, we will be likely to say, with more legal basis, if ISPs are within the scope of article 60 of the Brazilian Telecom Law or not (under article 61). Besides the tax question, another important issue will be the consequences, if any, of a decision for article 60, regarding the legal treatment of the services in the scope of the Telecom Agency. In other words, the question would be: Does a court decision for the application of article 60 for tax reasons correspond to legally defining ISPs as within the scope of the Public Telecommunications Service as defined by art. 21, section XI of the Federal Constitution of Brazil? If the answer is “yes” we would have a step back towards the governance of the Internet as a public service, not as an economic activity left for the private sector.

Now that we have defined some of the constitutional issues regarding the Internet dogmatic governance in Brazil, we turn to the study of the electronic transactions and the application of consumer protection laws in the everyday use of the Net.

### **b) Consumer protection laws and the regulation of electronic transactions in Brazil**

In order to address the dogmatic function of law for the regulation of electronic transactions in Brazil, we will spend some time discussing Brazilian Consumer Protection laws.

Consumer protection has constitutional basis in Brazilian Law. The Federal Constitution of Brazil of 1988 establishes, in article fifth, section thirty two, that “the state shall incentive, under the terms of the law, the protection of consumers”.<sup>51</sup>

Less than two years after the Federal Constitution of 1988 became law, Congress passed a new federal statute for the protection of consumers. It is the so-called “Code of the Defense and of the Protection of Consumers - CDC” (federal statute number 8.078, of September 11, 1990).<sup>52</sup>

It is interesting that consumer protection became a very important field of the law in Brazil. During the nineties, consumer laws were widely applied by Brazilian courts to many situations in many cases, besides, at that time, consumer law also started to be a separate discipline in law schools.

The Brazilian Judiciary branch also gives a lot of deference to consumer laws. Some Brazilian courts have even created groups of judges specialized in cases that involve consumer law. Law suits that address consumers’ rights are also very common these days in the Brazilian Judiciary legal system.

50 See *Brand X Internet Services, et al. v. FCC* (2003) (visited Sept. 28, 2004) <[http://www.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/58AF00C2122345DD88256DB7005BFAA3/\\$file/0270518.pdf?openelement](http://www.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/58AF00C2122345DD88256DB7005BFAA3/$file/0270518.pdf?openelement)>.

51 See CF-88, art. 5º, XXXII: XXXII – o Estado promoverá, n aforma da lei, a defesa do consumidor”.

52 The federal statute n. 8.078/90 is generally known in Brazil as simply “Código de Defesa do Consumidor – CDC”.

The Brazilian society took consumer protection as an important source for the creation of legal dogmas. Those legal dogmas have been fully applied to cyberspace with some level of success, as we will demonstrate in this article with some cases by Brazilian courts.

Consumer law in Brazil deals with contracts that have the consumer as a part. Commentators say that there are four definitions of “consumer” under the Brazilian CDC.<sup>53</sup> We can define the consumer as “the one who acquires the product or service as the end user”.<sup>54</sup> The CDC imposes many legal restrictions on consumer contracts in order to broaden the consumer protection.<sup>55</sup>

The first relevant legal issue that arises from electronic contracts is the problem of evidence. Even though the contracts for sale of goods, in Brazil, are not, *per se*, required to be in writing, some legal issues have to be addressed.

The Brazilian Civil Code has a provision that could be analogous to the Statute of Frauds of the U.S. Uniform Commerce Code – the UCC.<sup>56</sup> We refer to article 221 of the Brazilian Civil Code that establishes that: “The private writing signed by someone who is entitled to the administration of his businesses proves obligations of any amount”. But, it is interesting that art. 221 also says that: “The proof of the private writing can be made by other legal evidence accepted in court”. Therefore, it is preferable to have the contract in writing and signed by the parts, but if that is not possible, it does not, *per se*, invalidate the terms of the agreement (as long as they can be proved by any other evidence).

One could read article 221 of the Brazilian Civil Code and come to the conclusion that a written contract would not be required at all. That would be a precipitated conclusion due to article 227 of the Brazilian Civil Code. Article 227 prohibits the use of only oral evidence for contracts when the amount involved in the agreement is higher than ten minimum wages (roughly eight hundred and seventy US dollars).

Article 227 makes it more difficult for certain contracts of sales of goods to be made not in the written form (and therefore not signed by the parts). The problem for electronic contracting in Brazil, under article 227 of the Civil Code would be: how do I sign the agreement?

The solution came from a so called “provisory measure” issued by the president of Brazil and that has the same legal status as a Federal Statute passed by the Brazilian Congress. “Provisory Measure n. 2.200-2 of 2001” (hereinafter MP 2.200-2) addressed the issue of digital signatures in Brazil.

Under MP 2.200-2, digital signatures that are certified by a Certification Authority that belongs to the “Brazilian Digital Certification System”, have the same legal value of handwritten signatures.<sup>57</sup>

---

53 See generally: CLÁUDIA LIMA MARQUES, *CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR* (2002).

54 See Brazilian Federal statute n. 8.078/90, art. 2nd.

55 See generally CDC, articles 46 to 54, under Chapter VI (contractual protection) of Title I.

56 See Uniform Commercial Code - Article 2, Sales, Formal Requirements; Statute of Frauds.

57 See generally Infra-Estrutura de Chaves Públicas (visited Sept. 28, 2004) <[www.icpbrasil.gov.br](http://www.icpbrasil.gov.br)>.

The Brazilian Digital Certification System is the Public Key Infrastructure that has the Certification Authority of the Federal Government as the first CA that certifies the private CA which then certifies the end user.

We conclude that digital signatures can be used in Brazil for electronic contracts that will be legally binding. Of course, Brazilian consumers are also entitled to use digital signatures in their electronic contracts.

Once we have defined that there is no legal obstacle for electronic contracts in Brazil, at this point in time, we can turn to two important legal issues related to consumer laws. First we will address the right of the consumer to withdraw from a legally binding contract. Second, we will study the application of the Brazilian Consumer Laws in on line agreements that involve a foreign party.

Article 49 of the Brazilian CDC allows for consumers, in a period no longer than seven (7) days, to withdrawing at no cost, from contracts that have been formed outside the property of the one who is selling the product (or the service). Article 49 refers basically to phone sales or to door to door sales.

The legal question that arose from sales through the Internet is: Does article 49 of the Brazilian CDC apply to web sales? In other words, is the Brazilian consumer entitled to withdraw him or her from a contract formed on line, up to seven days after accepting the contract?

Commentators are mostly unanimous in saying that article 49 of the CDC applies for web sales and, therefore, the answer would be “yes”.<sup>58</sup> There are few commentators in Brazil that take the opposite position under the argument that web sites should be taken as part of the physical installations of the merchants.<sup>59</sup>

It is understandable that Brazilian commentators have interpreted the statute in order to extend the consumer withdrawal right to on line sales. Article 49 of the CDC expressly refers to sales by telephone and therefore on line sales should not be interpreted in another way.

The only unresolved problem at this point in time, regarding the application of article 49 of the CDC is related to intangible items. How would a consumer withdraw him or herself from a web contract regarding the software licensing, for example? In other words, how would be the return of the software, since it is always hard for the licensor to prove that the consumer did not keep an unauthorized copy of the software in his or her computer seven days after entering the license?

The other point that has also to be addressed is the application of the Brazilian CDC to protect Brazilian consumers in web site sales with foreign merchants. This is still an on going legal debate in Brazil.

At the first look, the Brazilian CDC is only applicable to contracts that are closed in Brazil. When we address international contracts, Brazilian law<sup>60</sup> considers that the contract is subjected to the law of the country of the offeror.

<sup>58</sup> See generally CLÁUDIA LIMA MARQUES, *CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR* (2002); see also NEWTON DE LUCCA, *ASPECTOS JURÍDICOS DA CONTRATAÇÃO INFORMÁTICA E TELEMÁTICA* (2003).

<sup>59</sup> See generally FÁBIO ULHOA COELHO, *CURSO DE DIREITO COMERCIAL* (2002).

<sup>60</sup> See Decreto-Lei n. 4.657, of September 4th, 1942, article 9.

In that case, if we refer to a consumer contract formed on line, in thesis, the law of the country of the company that maintains the web site should apply. This, of course, means that the Brazilian CDC is not applicable to the case and therefore, the Brazilian consumer, if a part to the on line contract, could not invoke his or her rights under Brazilian Law.

Commentators agree that, under Brazilian Law, there is a legal presumption that contracts are formed in the territory of the offeror.<sup>61</sup> That solution of the Brazilian Law seems to be reasonable.

However, in the year 2000, the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça – STJ), in Brasília, Brazil, decided a very interesting and innovated case related to the protection of Brazilian consumers' rights in international contracts of sales of goods. It is the "Panasonic Case".<sup>62</sup>

The facts of the "Panasonic Case" are simple: A Brazilian consumer traveled abroad and, outside the territory of Brazil, he bought a Panasonic video camera and brought it back with him to Brazil. When he arrived in the country, the camera had some technical problems and he decided to sue the Brazilian branch of Panasonic, under the terms of the Brazilian CDC. Even though the contract was physically formed outside the territory of Brazil since the Brazilian consumer had traveled abroad, the Brazilian STJ Court decided to apply Brazilian Law. The rationale of the decision was based upon the argument of the global economy. Since Panasonic is a world brand that promotes its trademarks in Brazil and targets the Brazilian market, the Brazilian consumer should be entitled to the legal protection guaranteed by Brazilian consumers' rights.

Our analysis of the Panasonic Case is that it would apply to on line transactions in the same situation. In other words, if a world corporation uses a web site to direct its sales to the Brazilian market, it would be, in thesis, subjected to Brazilian consumer laws. At this point in time, this would be a reasonable interpretation.

The way Brazilian commentators see the application of the CDC to on line sales and the Panasonic case demonstrates our affirmation that Consumer Laws (especially the CDC) are, at this point in time, the most relevant source of regulation for electronic transactions in Brazil.

Since not always we have a direct contract between the parts that are involved in electronic transactions, we now turn to a final analysis of the regulation of the Internet in Brazil, regarding some cases that involve a tort situation.

### **c) Legal responsibilities for computer virus infections in cyberspace**

We have seen that, in Brazil, if there is a contract that has a consumer as one of its parts, the Brazilian Consumer Protection Code, the CDC, will be the applicable law. The Internet is no exception to the application of the CDC.

<sup>61</sup> See MARIA HELENA DINIZ, *LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADA* 265 (1997).

<sup>62</sup> STJ, RESP 63981/SP; Recurso Especial n. 1995/0018349-8, relator Min. Aldir Passarinho Júnior (1110). Relator para o Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), julgado em 11 abr. 2000, publicado no DJ de 20 nov. 2000, p. 00296.

Here, we reaffirm that we take the position that the Internet is legally regulable (as seen in item A of this second part of the article).

Some cases involving on line torts have been addressed by Brazilian Courts. We will concentrate our legal analysis in the issue of damages caused by computer viruses to a third part data. The case this item presents was decided by one of the two highest courts of the state of Minas Gerais, the “Tribunal de Alçada de Minas Gerais”, hereinafter simply “TAMG”.<sup>63</sup>

The facts of the case were: One organization keeps a web site that allows its clients making research about the credit history of a person. The web site also allows for the client to make a bad referral to someone’s credit history and, if so, the information is sent to a credit bureau. The plaintiff had his bad credit data sent to the credit bureau and complained that he had had no credit problems at all. It was found that the operator of the web site did not send any information to the credit bureau regarding the plaintiff’s life. Instead, a computer virus infected the web site computer and did the wrong thing. We note that the plaintiff was not a client of the web site referral services.

The plaintiff sued the web site owner for moral damages. Moral damages, under Brazilian law, are not necessarily proven. They are found to happen in certain situations where the other elements of torts such as duty of care, breach and causation are identified but the plaintiff did not suffer, obligatorily, actual damages. The parameters for the fixation of moral damages are pretty arbitrary and are ultimately set by courts. Moral damages in Brazil are far cheaper than American punitive damages.

The arguments of the defendant were that there was no breach of his duty of care because the virus was beyond his duty of care. Therefore, the defendant argued that there was no causation between the defendant’s conduct and the moral damages suffered by the plaintiff.<sup>64</sup>

The court ruled against the defendant, under the theory of negligence.

A further analysis of the case shows that, in Brazil, the owner of the web site is very likely to be held liable for damages caused by computer viruses to third part’s data. Even if the third part is not a direct consumer of the company that keeps the web site, liability is likely to be found by Brazilian courts.

If the web site deals with databases that collect consumer data, courts will impose strict liability due to articles 12 and 43 of the Brazilian Consumer Protection Code, the “CDC”.

Another important issue related to the facts of the case under analysis is the liability of the software company.

Let us assume that the web site owner decides to sue the company that has licensed the anti virus software to recover the loss he or she suffered due to the

<sup>63</sup> At this point in time, the state of Minas Gerais has two Supreme Courts. One that deals mostly with public law (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) and the other that hears cases that address private law (Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG).

<sup>64</sup> TAMG, Apelação Cível n. 281.733-6, 16 jun. 1999.

consumer's law suit. What would happen? We think that the decision would depend upon the terms of the software license. If the software license excludes any responsibility of the software developer, it is likely that the plaintiff would lose, under the validity of the "as is" clause. Besides the Brazilian Law of Software, article 8<sup>th</sup> says that the obligations of the licensor of the software are within the terms of the way he describes the functioning of the software.<sup>65</sup>

Finally, we note that a defense that the web site owner could have used is the lack of payment between him and the plaintiff. In other words, if there is no payment, there is no contract (roughly, there would be no consideration) and therefore consumer rights could not be applied to regulate the facts.

The problem about the lack of payment as a defense in that case is that the Superior Court of Justice in Brasília has recently rejected it as a defense, in a similar case, for open television under the theory of an "indirect payment".<sup>66</sup> In other words, one could say that a free Internet service of web search would be subjected to Brazilian consumer laws because it profits from the fact that consumers dedicate their time to visit the web site and that more visits means more clients and more revenue from the web sites' sponsors, for example.

So, we think that on line torts in Brazil are likely to be decided under the principles of the Brazilian CDC if there is any contact between the web site and Brazilian consumers, despite the fact that there is payment or not.

## Conclusion

We propose that law is a dogmatic system of regulation that can be applied to regulate cyberspace despite of its inherent technical characteristics. Under the dogmatic function of law, the creation of new legal dogmas allows for law to properly regulate cyberspace. Technical based regulation would have more a symbolic function than a legal function itself. Therefore, we conclude that cyberspace is better *regulable* by law through the application of the theory of the legal dogmas.

When there is a problem in the regulation of cyberspace, we should first look at the legal dogmas that are being applied in order to identify if those dogmas reflect the history, the culture, the tradition and the will of the community. Instead of looking to other solutions, better addressing the dogmatic function of law is an effective way to regulate cyberspace in a better cost-effective manner.

Other kinds of regulation should be taken more as a symbolic issue than as a legal way because norms such as computer programs do not have the characteristics of law, such as the goal in the public good, the universal application and the public authority. Without those three characteristics, all of other ways of regulating cyberspace will lack the main important feature of law: being the best way that mankind has created for the solution of disputes.

---

65 Lei n. 9.609 of 1998, art. 8th.

66 RESP n. 436135/SP, j. 12 august 2003.

The Internet has been regulated in Brazil as a private enterprise. On the one hand, Internet is not considered as telecommunications in Brazil, therefore no licenses are requested for private players to provide Internet access. On the other hand, the taxation of ISPs as telecom providers is still an on going debate.

Even though the public sector is not responsible for providing Internet services, it has contributed to the growth of cyberspace in Brazil. Electronic law suits, electronic voting and other government initiatives for the Net have made cyberspace closer to the average Brazilian person. The use of open source code software by the government has been stimulated.

In Brazil, at this point in time we have found no real difficulty in regulating the on line world. Most of the legislation comes from the application of existing norms such as the Consumer Protection Code and from the edition of new legal norms. The fact that the law might be ambiguous in certain instances of the regulation of cyberspace (such as for tax reasons) does not mean that law cannot regulate the Net.

The Internet is a private place in Brazil and ISPs are mostly private players. In this matter, the regulation of the Internet in Brazil is close to the approach taken by the United States Supreme Court in the *ACLU v. Reno* case.

The most important source of regulation of the use of the Internet in Brazil is consumer's protection laws. Thus, consumers have the right to withdraw from on line contracts in the term of seven days after the closing of the deal. Besides, Brazilian courts are likely to apply domestic consumer laws for foreign websites that direct their activities to Brazil. Web sites that improperly alter personal data are likely to be held liable under a strict liability tort, even if the facts would be due to a computer virus infection.

## A Atuação do Ministério Público nos Tribunais Penais Internacionais

CARLOS AUGUSTO CANÊDO\*

### Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar os tribunais penais atualmente em atividade com foco na atuação do Ministério Público nestes. O Tribunal Penal para Antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal para Ruanda, com atividades estabelecidas já há mais tempo e apesar de questionamentos acerca de sua jurisdição, permitiram um debate mais profundo sobre o tema. Por fim, considerações embrionárias serão feitas sobre o recém criado Tribunal Penal Internacional, seu aspecto de jurisdição permanente e, principalmente, as atividades da Procuradoria neste.

### Abstract

The article is aimed on analysing the criminal courts currently under activity, focused on the Prosecuting Counsel performance. The Criminal Court for the Former Yugoslavia and the Criminal Court for Rwanda, whose activities have been established for a longer period, and despite the existent questioning on their jurisdiction, elicited a deeper debate on this topic. Finally, embrionic considerations will be done on the recently created International Criminal Court, its feature of permanent jurisdiction and, mainly, the Prosecuting Counsel activities inside it.



O presente artigo buscará, em linhas gerais, oferecer um panorama da atuação do Ministério Público nos tribunais penais internacionais atualmente em atividade, vale dizer, os tribunais penais internacionais *ad hoc* para a ex-yugoslávia e Ruanda e o recém criado Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court), pelo Estatuto de Roma.<sup>1</sup> Os dois primeiros já vêm desenvolvendo suas atividades desde, respectivamente, 1993 e 1995. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia foi criado através das resoluções

\* Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG e Professor da PUC Minas e da UFMG

<sup>1</sup> É de se registrar a importante e polêmica experiência do Tribunal de Nuremberg – que julgou, entre 1945 e 1946, diversos dignatários do recém derrotado regime nacional socialista e que se constituiu, guardadas as diferenças de ordem jurídica e contextos históricos-políticos, em um precedente relevante da atual justiça penal internacional. No entanto, nos absteremos de maiores considerações sobre este Tribunal (bem como sobre o Tribunal Internacional de Tóquio), privilegiando o atual estado de coisas no que tange à justiça penal internacional.



808, de 22 de fevereiro de 1993 e 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. À par das polêmicas políticas e jurídicas acerca de sua criação (questionou-se a oportunidade e os interesses políticos subjacentes à sua criação assim como a legalidade da criação de um Tribunal Penal Internacional através de resolução do Conselho de Segurança da ONU), o tribunal encontra-se desenvolvendo suas atividades, a partir de sua sede, localizada em Haia, na Holanda, e, não obstante dificuldades de não pouca monta para levá-las adiante (escassa cooperação política de alguns Estados, dificuldades para a realização de investigações, restrições orçamentárias etc), algumas importantes sentenças já foram proferidas e espera-se que, ao final, terá valido a pena sua criação.

Já o Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado através da Resolução 955, também do Conselho de Segurança das Nações Unidas, datada de 8 de novembro de 1995. Este Tribunal possui ainda mais dificuldades para realizar suas funções como, por exemplo, o baixo grau de cooperação do governo de Ruanda. O Ministério Público tem centrado seus esforços na persecução de membros do governo interino de Ruanda durante o genocídio (realizado entre os meses de abril e julho de 1994), de líderes militares e religiosos, chefes de administrações locais e responsáveis pelos meios de comunicação à época. Paralelamente à atuação do tribunal, o governo de Ruanda aprovou, em 1996, a lei orgânica número 896, de 30 de agosto, sobre a organização da persecução de condutas constitutivas de crimes de genocídio e contra a humanidade, cometidos desde primeiro de outubro de 1990, com penas que vão desde ao pagamento de indenização pecuniária à de morte (calcula-se que mais ou menos umas seis mil pessoas já foram julgadas estabelecendo-se umas quinhentas condenações).<sup>2</sup>

Neste capítulo, enfocaremos com especial atenção, a constituição e as atribuições da Procuradoria perante o Tribunal Penal Internacional criado como decorrência do Estatuto de Roma, reservando aos dois outros apenas rápidas considerações. Isto porque, o recém criado Tribunal Penal Internacional assim o foi com pretensões de se tornar uma corte criminal de caráter permanente, investindo-se da missão de julgar aqueles crimes cujos graus de gravidade estão acima de qualquer dúvida e para cuja necessidade de repressão convergem todas as representações dos diversos modelos jurídicos existentes. Na medida em que este Tribunal – não obstante já tenha sido criado, com Juizes e Procurador devidamente designados – iniciou muito recentemente suas atividades, buscaremos tão somente propiciar ao leitor, e ainda assim em caráter embrionário, uma visão da atuação da Procuradoria no decorrer das investigações e processos a serem instaurados pelo Tribunal. Trata-se apenas de uma visão geral da atividade do Ministério Público perante o tribunal e um maior aprofundamento na sua atuação será facilitado a partir do momento

<sup>2</sup> Dado o enorme número de pessoas aguardando julgamento ( em torno de 90.000 ), o governo de Ruanda instaurou julgamentos municipais, conhecidos como Garaca. Ver Dubis, Olivier. ( 1997 ), Rwandas national criminal courts and the International tribunal, International reviews of Red Cross, 321, p.p 717-731.

em que o Tribunal desenvolver mais efetivamente seus trabalhos. A partir desta experiência concreta, novas nuances e aspectos do trabalho ministerial poderão ser melhor analisados e perscrutados facilitando um labor crítico mais consciencioso e aprofundado.

### **1. O Ministério Público e sua atuação perante os Tribunais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e Ruanda**

A primeira importante observação é que os Estatutos que regulam o funcionamento desses Tribunais possuem um esquema quase idêntico, recepcionando princípios tais como o da responsabilidade individual, da cooperação dos Estados com os Tribunais e o da proibição do *bis in idem*. Existem diferenças com relação ao âmbito de competência material dos Tribunais (especificamente na aplicação das Convenções de Genebra)<sup>3</sup> mas o que necessita ser ressaltada é a questão da prevalência desses Tribunais sobre as jurisdições nacionais, vale dizer, ao contrário do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, as jurisdições dessas Cortes internacionais possuem primazia *vis a vis* os Tribunais internos. (art. 9.2, das regras de procedimento). Isto significa que à Procuradoria - que atua concomitantemente perante os dois Tribunais<sup>4</sup> - caberá provar a existência de crimes capazes de deslocar a jurisdição dos Estados para o Tribunal Internacional<sup>5</sup>.

Quel López (2000. P. 320) sintetiza o procedimento a ser observado: “El instrumento previsto para tal fin es la demanda de desistimiento regulada em los artículos 8 a 13 de las reglas de procedimiento. Procesalmente, los pasos necesarios para la realización práctica de la cesión son esencialmente tres: información de los Estados cuando se conozcan infracciones relevantes de la competencia del Tribunal (art. 8); requerimiento del fiscal a una Sala de primera Instancia para que sea el Tribunal, a la vista del cumplimiento de las condiciones requeridas em el artículo 9 de las reglas de procedimiento quien proceda a cursar la correspondiente demanda ante las autoridades nacionales competentes, y, por último, formulación por la Sala de una solicitud de desistimiento incluyendo el requerimiento de cuantas elementos del proceso interno sean relevantes para la instrucción procesal ante el Tribunal Penal Internacional (art. 10).<sup>6</sup>

3 A competência material de ambos abrange os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra mas, com relação a estes últimos, o Estatuto do Tribunal para a ex-Yugoslávia faz menção às Convenções de Genebra, de 1949 e à violação das leis e costumes de guerra enquanto o Estatuto do Tribunal para Ruanda alude ao artigo 3, das Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II. No que tange aos crimes contra a humanidade, o Estatuto do Tribunal para Ruanda não os vincula, ao contrário do Estatuto do Tribunal para a ex-Yugoslávia, à existência de um conflito armado.

4 No caso do Tribunal para Ruanda, existe um Procurador-Geral adjunto, que atua em Kigali. Desde o estabelecimento dos Tribunais, tres procuradores chefiaram o Ministério Público de ambos os tribunais, Richard Goldstone, Louise Arbour e Carla del Ponte ( atual chefe ). O tribunal para Ruanda contou, como Procuradores Adjuntos, com Honoré Rakotomana, Bernard Muna e atualmente exerce as funções Bongani Christopher Majola.

5 O artigo 10 ( A ), do Estatuto do Tribunal para a ex-Yugoslávia preceitua que se a sala de primeira instância considera que o requerimento do Procurador está fundado no artigo 9 , poderá solicitar oficialmente ao Estado que possua a jurisdição, que desista em favor do Tribunal.

6 O caso Tadic, importante sob diversos aspectos para a consolidação de uma justiça penal internacional, ( entre outros motivos porque se tratou da primeira condenação ditada por um Tribunal Penal Internacional desde os julgamentos de Nuremberg ) é emblemático também na questão da primazia da jurisdição internacional. No dia 13 de fevereiro de 1993, D. Tadic foi preso na Alemanha, acusado de prática de genocídio e tortura contra prisioneiros muçulmanos, na região de Prijedor ( Bósnia – Herzegovina ), dando-se início, pelo Tribunal Federal de Kalruhe, aos procedimentos processuais. No dia 12 de outubro, de 1994, a Procuradoria requereu à Sala de Primeira Instância, que fosse

Relevante notar que se trata de uma iniciativa discricionária da Procuradoria e não necessita estar acompanhada de nenhum instrumento formal de acusação, bastando a existência de indícios fundados da responsabilidade do suspeito pela prática de um dos crimes submetidos à jurisdição do Tribunal.

No que diz respeito aos fundamentos do pedido, o Procurador pode, em primeiro lugar, invocar divergência de tipificação dos atos. É o caso em que os códigos penais nacionais não tipifiquem condutas que podem ser enquadradas como crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou genocídio. Poderá, ainda, sustentar a existência de procedimento fraudulento na ordem interna com o objetivo de subtrair a jurisdição do tribunal internacional ou apontar as insuficiências de um processo interno.

“En este punto, alega Quel López, merece una especial atención la cuestión del incumplimiento de la demanda de desestimiento por el Estado requerido em el plazo razonable estimado por el artículo 11 del Reglamento em sesenta días desde la notificación de la decisión de la Sala de primera instancia. Al margen de los supuestos de mala fe derivados de la actuación de autoridades implicadas em el conflicto, el posible incumplimiento podrá provenir, la mayor parte de las veces, de la no adopción por los Estados de las correspondientes normas internas que garanticen la aplicación del Estatuto del Tribunal y de las reglas de procedimiento. Em efecto, como es evidente, y el presidente Cassese se há cansado de recordar sin demasiado éxito, la adaptación de la legislación interna es una pieza esencial de la operatividad del Tribunal a los efectos de garantizar su competencia y dar cumplimiento a los mandatos de cooperación”.<sup>7</sup>

O Tribunal para a antiga Jugoslávia constitui-se em um êxito apenas parcial. Alguns dos principais responsáveis pelos crimes cometidos continuam em liberdade. O General Mladic e Radovan Karadsic são os dois principais exemplos. Em compensação, o ex-presidente Slobodan Milosevic encontrava-se preso e processado, até o seu falecimento. Ademais, causou perplexidade a pouca disposição da Procuradoria para investigar e punir determinadas ações das forças da OTAN no episódio da intervenção no Kosovo. Sob a alegação de falta de material de prova suficiente, nada foi feito. Alguns casos, como o já citado caso Tadic, surgem como importantes precedentes para a aplicação de uma justiça penal internacional. No entanto, certa lentidão dos trabalhos e algumas dificuldades de cooperação se afiguram como óbices a um desenvolvimento mais satisfatório dos trabalhos.

O balanço, ainda provisório, que se pode fazer a respeito do tribunal para Ruanda, nos leva a perceber uma conjugação de pontos positivos e negativos. Entre os primeiros, é de se registrar que pelo menos parte da cúpula político-militar responsável pelos massacres foi responsabilizada não obstante muitos processos ainda se encontrem em andamento sem uma previsão clara de quando e como se

---

reconhecida a primazia da jurisdição do Tribunal Penal para a ex-ugoslávia para o processamento e julgamento do acusado, tendo sido este entregue, pelas autoridades alemãs, findos os procedimentos legais, ao Tribunal Internacional, que havia proferido decisão a este respeito, em 8 de novembro de 1994. Doc IT-94-I-D. “Decision de la Chambre de premiere instance statuant sur lea requete du procureur aux fins de dessaisissement em faveur du Tribunal Penal International pour leux Yougoslavie dans laffaire Dusco Tadic ( conformement aux articles 9 et 10 du reglement de procedure et de prouve ).

7 Op. Cit., p. 321

encerrarão. Este Tribunal exarou, pela primeira vez, no âmbito penal internacional, uma sentença por crime de genocídio, considerando violações massivas como parte integrante da definição deste delito.<sup>8</sup>

O principal ponto negativo parece se centrar na acusação, direcionada à Procuradoria, de não iniciar nenhuma perseguição contra membros da RPF (Ruanda Patriotic Front), de etnia tutsi e vencedora do conflito, dando a impressão de tratar-se de um tribunal de vencedores (a mesma suspeita foi levantada em Nuremberg), quando se sabe que ambos os lados cometeram massacres (ainda que seja verdadeiro o fato de a maior parte das atrocidades serem provenientes do lado Hutu). A Procuradoria tem alegado dificuldades para levantamento de provas mas o fato é que este fator contribuiu para aumentar as dificuldades de se levar avante um processo de reconciliação nacional.<sup>9</sup>

## **2. O Ministério Público e sua atuação perante o Tribunal Penal Internacional ( International Criminal Court )**

O Tribunal Penal Internacional se constitui, até o momento, no ponto culminante de um processo de evolução de uma Justiça Penal Internacional cuja universalização tornou-se um ideal acalentado por diversas organizações de direitos humanos, juristas, políticos etc. Trata-se de um projeto de contornos ainda incertos e indefinidos vez que à construção de uma justiça penal de caráter universal levantam-se obstáculos os mais ponderáveis. Problemas tais como o de conciliar as diferentes características dos sistemas da *commom law* e o da *civil law*, as limitações orçamentárias, a tendência à burocratização ou ainda as dificuldades de tipificação de determinadas condutas (pense-se nas polêmicas em torno do crime de agressão ou do terrorismo) não são nada negligenciáveis. Todos eles, no entanto, encontram-se, em maior ou menor grau, imbricados à grande questão de fundo relativa à criação de órgãos supra-nacionais de caráter jurisdicional: os Estados, configurados em uma sociedade anárquica, relutam em dispor de suas soberanias - e vacilam igualmente em aceitarem mudanças no próprio conceito clássico e tradicional desta instituição - em prol de Tribunais internacionais cujas decisões estarão, em tese, fora de controle, e cujas consequências poderão ameaçar seus interesses nacionais. Destarte, o Estatuto de Roma - adotado ao final da Conferência de Roma, de 1998, e que constitui-se no documento legal definidor das regras de funcionamento do tribunal - terminou por se constituir em um Tratado onde os diversos constrangimentos e as mais variadas injunções - de resto naturais em uma conferência diplomática encarregada de debater e decidir questões tão delicadas quanto

<sup>8</sup> Na sua sentença, datada de 21 de maio de 1999, a Sala de Primeira Instância, no processo em que figuravam como réus Clément Kayishema e Obed Ruzindana, afirmou que: " The perpetrator must intend to destroy a group in whole or in part. This begs the question of what constitutes the " destruction of a group". The Prosecution suggests that the term should be broadly interpreted and encompass acts that are undertaken not only with the to cause death but also includes acts which may fall short of causing death. In the Akayesu Judgement, acts of sexual violence, which occurred in Taba Commune were found to form an integral part of the process of destruction, specifically, targeting Tutsi women and contributing to their destruction and the destruction of the Tutsi as a group. The Trial Chamber concurs with the view and that of the International Law Commission ( ILC ) which stated that " it is not necessary to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe ".

<sup>9</sup> Ver a respeito, Pérez, María Torres e Franch, Valentin Bou. La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales. Valencia. Tirant monografías. 2004.

de fundamental interesse para a sociedade internacional e as diferentes organizações humanitárias envolvidas neste processo - determinaram soluções de compromisso de molde a alhear o resultado final de um modelo ideal de justiça penal internacional. Se quisermos enfatizar a nota do pessimismo, poderemos trazer a baila as palavras de Luigi Ferrajoli, lembrando que o ordenamento internacional hodierno é ineficaz pelo fato de que seus órgãos não equivalem a um “terceiro ausente” (a expressão é de Norberto Bobbio) mas sim de um “terceiro impotente” (2002, p. 43). Ou, nos acercando mais especificamente do Tribunal Penal Internacional, compartilhar os temores de Antonio Cassese (o Primeiro Presidente do Tribunal Ad Hoc para a ex Iugoslávia) - e aqui começamos a adentrar ao nosso tema já que o autor italiano está se referindo especialmente à questão da competência para se dar início à persecução penal neste tribunal - no sentido de que existe o risco de se constituir ele em mais um entre tantos casos de proliferação da jurisdição internacional sem resultados efetivos. Preferimos, no entanto, um “approach” que enfatizará as possíveis zonas de luzes e sombras da futura atuação do Ministério Público no Tribunal Penal internacional, vale dizer, em que medida prevalecerá a necessária independência da Procuradoria no sentido de apurar e iniciar um processo criminal pela violação dos crimes elencados no Estatuto (crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e crimes de agressão - estes somente em um segundo momento face às dificuldades para sua definição), ou, pelo contrário, quais os fatores tendencialmente inibidores desta postura. Assim que, como se verá, quaisquer expectativas excessivamente otimistas ou pessimistas devem dar lugar a uma abordagem um pouco mais equilibrada, que leve em conta as inevitáveis limitações - pelo menos no atual momento histórico - de uma justiça penal internacional mas que podem, paulatinamente, serem superadas.

### **3. A Conferência de Roma e o papel do Ministério Público**

Como bem faz perceber Eiroa (2004, p. 216 e segs.), os crimes elencados como sendo de competência do Tribunal Penal Internacional se caracterizam tanto pela nota da intensa gravidade quanto pela dificuldade de sua realização. Isto significa que, como regra quase absoluta, só poderão eles ser satisfatoriamente levados a efeito se contarem com uma efetiva atuação - ou pelo menos a cobertura - do aparato estatal. Trata-se de crimes - e a História nos mostra isso - que sempre necessitam de recursos quase sempre não encontrados fora do aparelho de Estado. Afinal de contas, a prática do genocídio (práticas destinadas a destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religiosos), de crimes contra a humanidade (ações como homicídio, extermínio, tortura, estupro etc, praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil) ou de crimes de guerra (violações graves da Convenção de Genebra e das leis e usos praticados aos conflitos armados internacionais como parte de um plano ou política) estão ligados não raro à um processo de decisões de caráter governamental como parte de uma estratégia para se alcançar objetivos políticos, econômicos, militares etc. Para ficarmos apenas na História contemporânea,

essa estratégia foi usada no conflito da Ex-Yugoslávia, no Kosovo ou em Ruanda. Tanto é assim, enfatiza o autor, “ que los crímenes mencionados, además de ser generalmente perpetrados em um contexto de crisis nacionales o internacionales, y em particular durante el curso de conflictos armados, son también generalmente cometidos por individuos que cumplen órdenes de um gobierno, así como planeados y dispuestos por representantes del vértice de uma organización estatal”. Diante disso, encontra-se exponenciada a função da Procuradoria na medida em que sua ação provavelmente terá consequências no próprio processo de continuidade e estabilidade de um governo, já que iniciar a persecução penal contra algum ou alguns de seus membros - mormente se se tratar de pessoas de realçado protagonismo - será decisão de relevantes desdobramentos.

Não é de se estranhar, portanto, que o papel da Procuradoria tenha ocupado lugar de destaque nas discussões levadas a cabo pelos plenipotenciários. Alguns Estados (Austrália e Brasil, por exemplo), temerosos de se deixar, sem qualquer espécie de controle, ao alvedrio da Procuradoria, o início da persecução criminal, pleiteavam alguma espécie de contenção a esta possibilidade, ao passo que outros Estados (Cuba, Argélia, Índia, Paquistão Nigéria etc), mais radicais, sustentavam a inconveniência de se conceder ao Ministério Público qualquer iniciativa autônoma no sentido de dar início às investigações e à persecução.<sup>10</sup> Vejamos, a seguir, o resultado final deste embate, cristalizado no Estatuto de Roma.

#### **4. O Procurador e suas funções**

O Estatuto de Roma estabelece, no seu artigo 34, quais são os órgãos do Tribunal: “O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

- a) a Presidência;
- b) uma Seção de Apelações, uma seção de Primeira Instância e uma Seção de Questões Preliminares;
- c) o Gabinete do Procurador;
- d) a Secretaria.

O artigo 42 refere-se especificamente à Procuradoria.

- 1) O gabinete do procurador atua de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Compete-lhe recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao tribunal. Os membros do Gabinete do procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.
- 2) O Gabinete do Procurador será presidido pelo Procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar seu Gabinete, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O Procurador será coadjuvado por um

<sup>10</sup> Estes Estados se posicionavam em acordo aos Estados Unidos da América que sustentavam a impossibilidade de se conceder tamanho poder ao Procurador, tomando-o “o homem mais poderoso do mundo”. Ver D. Eiroa, Pablo. Op. Cit., p. 218

ou mais procuradores-adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente estatuto. O Procurador e os procuradores-adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão os respectivos cargos em regime de exclusividade.

- 3 - O Procurador e os procuradores-adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática de persecução ou julgamento de causas penais. Deverão ter um excelente conhecimento e domínio de pelo menos um dos idiomas de trabalho do Tribunal.
- 4 - O Procurador será eleito em votação secreta por maioria absoluta dos membros da Assembléia Geral dos Estados – parte. Os Procuradores Adjuntos serão eleitos da mesma forma, com base em uma lista de candidatos apresentada pelo Procurador. O Procurador proporá três candidatos para cada vaga de Procurador adjunto a ser preenchida. A menos que no momento da eleição seja fixado um período mais curto, o Procurador e os Procuradores Adjuntos exercerão suas funções por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.
- 5 - Nem o Procurador nem os Procuradores Adjuntos realizarão qualquer atividade que possa interferir no exercício de suas funções ou colocar em dúvida sua independência. Não poderão se dedicar a outra ocupação de natureza profissional.
- 6 - O Presidente poderá, a requerimento do Procurador ou de um Procurador Adjunto, dispensá-lo de intervir em um determinado processo.
- 7 - Nem o Procurador nem os Procuradores Adjuntos participarão de qualquer matéria em que, por qualquer motivo, seja razoável colocar em dúvida sua imparcialidade. Serão impedidos, em conformidade com o disposto neste parágrafo, *inter alia*, se tiverem desempenhado anteriormente qualquer função no processo no próprio Tribunal ou em processo penal conexo que guarde relação com o indivíduo objeto da investigação ou julgamento.
- 8 - As controvérsias relativas ao impedimento do Procurador ou de um Procurador Adjunto serão dirimidas pela Câmara de Apelações: a) o indivíduo objeto de investigação ou processo poderá a todo momento requerer o impedimento do Procurador ou de um Procurador Adjunto pelos motivos estabelecidos no presente artigo; b) o Procurador ou o Procurador Adjunto, conforme o caso, terão direito a apresentar observações sobre a matéria.
- 9 - O Procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinados temas como, por exemplo, violência sexual, violência por razões de gênero e violência contra crianças.

Pela redação do Estatuto, constata-se que, se o artigo 34 insere o Gabinete do Procurador como sendo um dos órgãos do Tribunal, o número 1, do artigo 42, afirma sua total autonomia e independência enfatizando, inclusive, que “ os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao



Tribunal”, tudo isso na esteira de posicionamentos anteriores da Comissão de Direito Internacional<sup>11</sup>.

Não obstante, a prática efetiva das atividades da Procuradoria poderá, ao final, indicar uma certa situação de dependência com relação aos Estados, sejam eles partes ou não do Estatuto de Roma. Em primeiro lugar, o fato de serem os Estados-parte os principais responsáveis pelo orçamento do tribunal (e da Procuradoria) tenderá, naturalmente, a reforçar o poder de barganha, principalmente daqueles que vão aportar maiores somas, na medida em que o atraso das contribuições poderá ser fator de debilitamento dos trabalhos da Corte. Neste particular, é importante registrar que outra fonte de financiamento prevista no Estatuto - aquela procedente de fundos das Nações Unidas - poderá fragilizar a Procuradoria *vis a vis* à órgãos como a Assembléia Geral, e, principalmente, o Conselho de Segurança da ONU.

Mais grave é, sem dúvida, a dependência da boa vontade dos Estados a que estará submetida, em boa medida, a Procuradoria. Isto porque, o regime de cooperação com o Tribunal, em geral, e, com a Procuradoria, em particular, previsto na parte IX, do Estatuto de Roma, não prevê nenhum tipo de sanção ao Estado recalcitrante, limitando-se a remeter à Assembléia Geral dos Estados-parte a análise da questão. Desta maneira, a eficácia da atuação da Procuradoria estará, em boa medida, condicionada à boa vontade dos Estados. Aliás, são os próprios funcionários dos Estados-parte, de acordo com o artigo 99.1, do Estatuto de Roma, os responsáveis, por encargo da Procuradoria, pela prática das diligências necessárias à apuração dos crimes.

No plano da administração de seu gabinete, o Procurador possui plena autonomia e liberdade no tocante à gestão de pessoal e dos recursos orçamentários, podendo, inclusive, nomear assessores especializados para determinadas áreas tais como violência sexual, de gênero ou contra crianças. Na verdade, não seria incorreto questionar a extensão desta autonomia e liberdade que, na prática, exclui todo controle interno acerca de sua atuação em decorrência de uma excessiva concentração de poderes. Esta preocupação levou, inclusive, à uma proposta de criação de um Conselho da Procuradoria, que, presidido pelo próprio Procurador, encaminharia sugestões no sentido de propor mudanças na estrutura da Procuradoria, realizar propostas relativas à contratação de pessoal e nomeação de cargos, informar ao Procurador sobre as necessidades de material e pessoal, aconselhá-lo sobre a substituição de membro da Procuradoria ou acerca de matérias de sua competência etc.<sup>12</sup>

A escolha do Procurador - que exercerá suas funções, sem possibilidade de reeleição, por um período de nove anos - deverá se dar em Assembléia Geral dos Estados-parte, em eleição secreta, por maioria absoluta de seus membros (art. 42.4), devendo ser escolhida pessoa com larga experiência na persecução e julgamento

<sup>11</sup> “A Presidência, as seções, o Gabinete do Procurador e a Secretaria constituem um sistema judiciário internacional formando um todo, não obstante a independência que tem que existir, por razões morais e de julgamento equitativo, entre o órgão judiciário e o Ministério Público”. Ver Silva Miguel, João Manuel da. O ministério Público no Tribunal penal Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 37. 2002. p. 20/21

<sup>12</sup> Olásolo, Héctor. Corte Penal Internacional. Donde investigar? Valencia. Tirant monografias. 2003. p. 293.



de causas penais e com fluente domínio em pelo menos uma das línguas oficiais do Tribunal (inglês ou francês).

Os números 6 e 7 elencam as incompatibilidades e impedimentos do Procurador, e seus respectivos fundamentos, estabelecendo o número 8. A que “o indivíduo objeto de investigação ou processo poderá a todo momento requerer o impedimento do Procurador”, cabendo à Câmara de Apelações decidir (art. 42. 8).<sup>13</sup> O n. 2 do artigo 34 das Regras de procedimento e Prova estabelece que a petição de recusa deve ser feita por escrito e imediatamente depois que a pessoa legitimada haja tomado conhecimento das causas que a motivam.

Quanto ao afastamento de suas funções, preceitua o artigo 46. 1 que “um Juiz, o Procurador, um Procurador Adjunto, o Secretário ou o Secretário Adjunto será afastado das funções se uma decisão em tal sentido for adotada em conformidade com o disposto no parágrafo segundo, quando for determinado que:

- a) incorreu em falta grave ou descumprimento grave das funções que lhe confere o presente estatuto ou de acordo com as regras de Procedimento e Prova<sup>14</sup>;
- b) está impossibilitado de desempenhar as funções descritas no presente estatuto.

O artigo 46.2, a prevê o afastamento de um Juiz, por maioria de dois terços dos Estados-parte, e após prévia recomendação de dois terços dos demais Juízes ao passo que, para o Procurador, basta a maioria absoluta dos Estados-parte e, no caso de um Procurador Adjunto, esta mesma maioria mas após prévia recomendação do Procurador.

A nosso entender, tal dispositivo enfraquece em alguma medida a independência e a autonomia da Procuradoria posto que basta a vontade da maioria absoluta da Assembléia dos Estados-parte (não tão difícil assim de se conseguir) para que seja o Procurador afastado de suas funções.

Ademais toda medida disciplinar a ser aplicada aos juízes, ao Secretário ou ao Secretário Adjunto deve ser decidida pela Presidência do Tribunal enquanto que para o Procurador basta a maioria absoluta da Assembléia dos Estados-parte (art. 30 das Regras de Procedimento e Prova). Em se tratando de um órgão eminentemente

13 O artigo 34 da “regras de procedimento e prova” acrescentam como causas para se recusar um Juiz, o Procurador ou um Procurador Adjunto:

- a) possuir um interesse pessoal no caso, entendendo-se por tal uma relação conjugal, de parentesco, pessoal ou profissional, ou uma relação de subordinação com qualquer das partes;
- b) haver participado, a título pessoal e antes de assumir o cargo, em qualquer procedimento judicial iniciado antes de sua participação na causa ou iniciado por ele posteriormente a que a pessoa objeto de investigação ou julgamento haja sido uma das partes;
- c) haver desempenhado funções, antes de assumir o cargo, no exercício de causa em que tenha já formado opinião que poderá redundar em perigo para a exigida imparcialidade;
- d) haver expressado opiniões, através dos meios de comunicação, por escrito ou em atos públicos que poderiam, objetivamente, comprometer a requerida parcialidade.

14 O artigo 24 das Regras de Procedimento e Prova entendem como falta grave todo ato:

- a) cometido no exercício do cargo, incompatível com as funções oficiais e que cause ou possa causar graves prejuízos à correta administração da justiça perante ao Tribunal ou ao seu funcionamento interno, tais como:
    - 1) revelar fatos ou dados que se tenha conhecimento no exercício das funções ou sobre temas *sub judice*, quando isso redunde em grave prejuízo para as atuações judiciais ou de qualquer pessoa;
    - 2) ocultar informação ou circunstâncias de natureza suficientemente graves que impeçam o exercício do cargo;
    - 3) abusar do cargo judicial para obter um tratamento favorável injustificado de autoridades ou funcionários profissionais ou cometido às margens das funções oficiais, de natureza grave e que cause ou possa causar prejuízos ao bom nome do Tribunal.
- Por descumprimento grave das funções, o mesmo dispositivo entende toda “negligência grave” no seu desempenho, inclusive a não observância do dever de solicitar dispensas quando se sabe da existência de motivos para isso e o atraso reiterado e injustificado do início, da tramitação ou da resolução das causas ou em exercício das atribuições judiciais.

político, é curial que tais decisões podem estar embasadas puramente em interesses e considerações políticas.

### **5. Os Procuradores Adjuntos**

Segundo o artigo 42.2, do Estatuto de Roma “o Procurador contará com a ajuda de Procuradores Adjuntos, que poderão desempenhar qualquer das funções que lhe correspondam em conformidade com o presente Estatuto”.

Constata-se que o Estatuto não determina o número de Procuradores Adjuntos com que contará a Procuradoria. Trata-se de função extremamente relevante uma vez construir-se ele em um colaborador direto do Procurador chefe.

Caberá à Assembléia Geral dos Estados-parte, em votação secreta, a escolha do Procurador Adjunto, - candidaturas estas apresentadas pelo Procurador chefe - que se dará por maioria absoluta e obedecerá aos mesmos requisitos para a escolha do Procurador chefe. As eventuais sanções serão ministradas pela mesa da Assembléia Geral (se for considerada “menos grave”) ou pela própria Assembléia, após abertura de expediente pelo Procurador chefe.

O Estatuto não discrimina as funções do Procurador Adjunto podendo ser elas as mesmas do Procurador chefe por ato de delegação. Tudo dependerá do caráter menos ou mais abrangente da delegação.

### **6. Algumas observações acerca do procedimento penal adotado pelo Tribunal Penal Internacional**

Um extenso número de artigos contidos no Estatuto de Roma se dedicam à disposições processuais e aqui nos dedicaremos apenas à uma rápida visão geral sobre o procedimento penal perante o TPI com vistas à, em um segundo momento, adentrarmos com mais detalhes na atuação do Ministério Público.

À diferença dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, o TPI não foi criado para dar respostas punitivas em relação a determinadas situações específicas de crise mas para atuar em caráter permanente. Assim, caberá a Procuradoria, diante de uma situação de crise que traz, em seu bojo, a ocorrência de algum dos crimes tipificados no Estatuto de Roma - e, naturalmente, em obediência ao princípio da legalidade, balizador de sua atuação<sup>15</sup>- iniciar trabalhos de investigação com vistas ao exercício da ação penal, realizando sua tarefa de ofício ou por provocação. Iniciado o procedimento penal, será ele dividido em quatro fases:<sup>16</sup> a primeira fase se constitui na investigação dos fatos pela Procuradoria,

<sup>15</sup> O Estatuto se refere expressamente a este princípio ( arts. 22 e 23 ), devendo ele ser entendido tanto no seu aspecto de predeterminação normativa ( *nullum crimen sine lege* ) como no aspecto de garantias tais como a proibição de analogia e a irretroatividade da norma mais desfavorável. Fundamental a presença do artigo 58 que atribui subsidiariamente, ao TPI, o exercício de sua jurisdição , dando prioridade aos tribunais nacionais não obstante mantenha, no artigo 59, uma faculdade do TPI de supervisão daquelas jurisdições ( competência sobre sua competência ).

<sup>16</sup> Aqui tomamos como base o trabalho de Héctor Olásolo Corte Penal Internacional. Donde investigar?Valencia. Tirant monografias, 2003, p. 117/125.

sob a supervisão da Câmara de Questões Preliminares, onde se buscará verificar suas circunstâncias, responsabilidades etc. O modelo adotado está próximo ao do anglo-saxão na medida em que inexistente um órgão independente das partes e responsável pela centralização do procedimento. Duas investigações paralelas, durante todo o procedimento, poderão ser levadas a efeito, sob a supervisão da Câmara de Questões Preliminares (embora seu controle seja bem mais amplo do que naquele modelo). Uma pela Procuradoria e outra pela defesa.

Esta fase se estende até a imputação formal de uma acusação a indivíduo ou indivíduos definidos (art. 58, do Estatuto de Roma) mediante uma ordem de comparecimento ou de detenção, expedida pela Câmara de Questões Preliminares. A Procuradoria poderá, inclusive, requerer à Câmara a imputação formal do acusado sem que a investigação esteja concluída, desde que apresente elementos suficientes para isso (princípio da oportunidade não regrada).

Inicia-se então a segunda fase. O acusado se apresentará ao Tribunal - poderá, se necessário, ser solicitada a sua entrega pelo país onde ele se encontra - e, nesta primeira audiência, indicará, querendo, um advogado, ou solicitará ao tribunal a nomeação de um. Aqui inicia-se, formalmente, a defesa técnica do acusado, que poderá, inclusive, sustentar uma investigação paralela àquela desenvolvida pela Procuradoria. Nesta mesma audiência, o Tribunal designará a data para a realização de uma segunda para confirmação das acusações (art. 61, I). Até esta data, Procuradoria e defesa poderão desenvolver suas investigações paralelas sem a obrigação, a não ser que assim determine a Câmara de Questões Preliminares, de se cientificarem mutuamente a respeito das provas colhidas. Trinta dias antes da nova audiência, a Procuradoria deverá formular, por escrito, as acusações que pretende ver confirmadas pela Câmara e os elementos de prova que pretende apresentar. Observe-se que poderá o Procurador não apresentar todos os elementos de prova que possua embora a Câmara possa solicitar a adição dos materiais que considere necessários (arts. 57 e 61). Caso considere que existam provas suficientes, a Câmara confirmará as acusações apresentadas pela Procuradoria, colocando fim à fase de investigação e dando início à da preparação do juízo oral (art. 61.7, do Estatuto). No entanto, tanto a Procuradoria quanto a defesa poderão continuar suas investigações durante a fase de preparação do juízo oral, investigações estas que podem se estender à fase de julgamento e inclusive de recursos. Entendeu-se que a complexidade das investigações dos crimes sob a jurisdição do Tribunal, cujas provas muitas vezes só serão obtidas através da cooperação de diversos Estados, e em circunstâncias às vezes muito difíceis, aconselha a extensão de prazos investigativos o mais possível.

Confirmadas as acusações, será constituída uma Sala de Primeira Instância, que dirige a preparação e a realização do juízo oral, em substituição à Câmara de Questões Preliminares. Serão deliberadas as datas em que as partes apresentarão umas às outras as provas colhidas, inclusive aquelas de caráter exculpatório que porventura a procuradoria detenha (art. 64.3 (a), do Estatuto e 77 e 132 das Regras de Procedimentos e Provas). Será decidido outrossim acerca da acumulação ou

separação das acusações em casos de mais de um acusado (art. 64.5, do Estatuto e 136, das Regras de Procedimento e Provas), sobre medidas de preservação de sigilo com relação a certas provas e sobre a necessidade de eventual proteção à vítimas e testemunhas.

A fase do juízo oral se inicia com a leitura das acusações confirmadas pela Sala de Primeira Instância, seguida da declaração de culpa ou inocência do acusado (sempre que esteja ele presente pois o artigo 63.I, do Estatuto proíbe julgamentos em sua ausência). A Sala de Primeira Instância decidirá sobre a admissibilidade de cada elemento de prova, excluídas liminarmente aquelas que foram obtidas em violação de alguma regra do Estatuto ou de normas internacionais de proteção aos direitos humanos (art. 69.7, do Estatuto). Apresentados os elementos de prova, as partes oferecerão suas “legações finais” (artigo 141.2, das Regras de Procedimentos e Provas), concretando-se definitivamente o conteúdo da pretensão punitiva e da resistência a ela. Em prazo razoável, a decisão será exarada, por maioria ou unanimidade (art. 74.5, do Estatuto). Em caso de sentença condenatória, será fixada a pena.

A fase de recurso se iniciará com a apresentação da apelação (art. 81, do Estatuto), pela Procuradoria ou pela defesa. Poderá a Procuradoria recorrer em favor do condenado (art. 81.1.b, do Estatuto).

Estabelecidas, em contornos bastante gerais, as fases do procedimento desenrolado perante o TPI, podemos nos ater um pouco mais detalhadamente à atuação do Ministério Público.

A determinação dos sujeitos com legitimação processual ativa se constitui em um dos mais controvertidos debates acerca do Tribunal. Trata-se de questão crucial - e é despidendo enfatizar sua enorme relevância política -, uma vez que se relacionada ao reconhecimento que o Estatuto de Roma outorga a determinados órgãos para legitimamente solicitar ao Tribunal o exercício de sua jurisdição.

A Comissão de Direito Internacional, já no seu Projeto de 1994, negava às Organizações Internacionais intergovernamentais, às Organizações não governamentais e à pessoa humana qualquer direito de se apresentarem como portadores de legitimação processual para o exercício da ação penal. Afinal de contas, sendo os Estados os únicos titulares do exercício da função jurisdicional em matéria penal, somente eles podem ceder esta titularidade ao Tribunal.

Com relação às organizações não governamentais, razões de prudência e fundamentos de ordem política permitiram que à elas fosse possível colaborar com a Procuradoria, subministrando-lhe informações acerca da possível existência de crimes internacionais mas negando-lhes o exercício da ação penal.<sup>17</sup> É inegável que a atuação das diversas Ongs de proteção aos direitos humanos, nas mais variadas partes do mundo, lhes dão não raro uma privilegiada posição no tocante à detectarem os focos mais sensíveis de violações, permitindo-lhes um acúmulo de informações de crucial importância para uma futura ação penal por parte da

<sup>17</sup> Artigo 15.2 “O Procurador verificará a seriedade das informações recebidas. Para tal fim, poderá solicitar mais informações a Estados, órgãos das Nações Unidas, organizações intergovernamentais ou não-governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas e poderá receber testemunhos escritos ou orais na sede do tribunal”.

Procuradoria. Contudo, uma certa cautela a respeito de eventuais objetivos políticos subjacentes contidos no bojo de certas denúncias aconselham a deixar ao arbítrio da Procuradoria a *legitimacio ad processum*<sup>18</sup>

No que tange à negativa de concessão de capacidade à pessoa humana, considera-se que o processo de expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos - de inegável evidência - não significa a extensão ao indivíduo de legitimação processual ativa na esfera penal. O exemplo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos não é passível, por motivos óbvios, de generalização.

## 7. Os mecanismos possibilitadores do início da ação penal

Como nos informam Delgado e Martínez (2001, p. 178), a maneira em que o Tribunal pode iniciar um processo para conhecer os crimes de sua competência, vale dizer, como ativar formalmente os mecanismos potencialmente desencadeadores do exercício da ação penal, se constituiu em objeto de árduos debates durante a Conferência de Roma, basicamente em torno de três alternativas:

- 1) O Estado responsável pelas informações enviadas seria também o responsável pela acusação;
- 2) A criação de um órgão imparcial e independente, que, seguindo o modelo inquisitório dominante no *civil law*, se encarregasse exclusivamente da instrução e acusação;
- 3) Uma Procuradoria que não agisse como um órgão imparcial mas como parte encarregada de defender uma posição no curso de um debate através de um procedimento público e contraditório, predominando aqui um modelo de *common law*.

Optou-se pela terceira alternativa, com pequenas variações.

Somente o Procurador, destarte, poderá dar início à ação penal. Trata-se de exclusiva faculdade sua. O que poderá acontecer, como veremos a seguir, é que outros dois sujeitos podem impulsionar o desencadeamento da ação penal através de comunicações. A partir deste impulso externo, a Procuradoria terá o dever de investigar a veracidade das informações a fim de, livremente, valorá-las e agir em consequência.

### 7.1. O início das investigações em decorrência de comunicação por um Estado-parte à Procuradoria

Como já assinalado, a Procuradoria dará início às investigações acerca da prática de alguns dos crimes de competência do Tribunal a partir da remissão de uma situação (comunicação) de dois sujeitos. O primeiro, de acordo com o artigo 13, letra a, do Estatuto de Roma, poderá ser qualquer Estado-parte do Tratado<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Para algumas Ongs, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha ( CICR ), isso se tornaria um obstáculo a mais à sua política de observância de estrita neutralidade diante dos conflitos armados.

<sup>19</sup> Art. 13 : O Tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre qualquer dos crimes a que se refere o artigo 5, de acordo com os dispositivos do presente Estatuto, se :

a ) um Estado-parte comunicar ao Procurador, em conformidade com o artigo 14, uma situação em que aparentemente tenha sido cometido um ou vários desses crimes;

A redação do artigo deixa claro que o Estado denunciante apenas comunica ao Procurador a ocorrência de fatos aparentemente graves o suficiente para se enquadrarem entre os crimes tipificados no Estatuto, sem se tornar parte no eventual processo a ser iniciado. O Estado-parte não formula acusações e sim comunicações, não obstante possa indicar nomes de pessoas aparentemente envolvidas nos fatos.

Recebidas estas informações, o Procurador buscará verificar se elas relatam fatos relativos a crimes de competência do Tribunal, se as exigências de admissibilidade (art. 17, do Estatuto)<sup>20</sup> estão cumpridas bem como se os interesses da justiça estão presentes.<sup>21</sup>

Somente cumpridos estes requisitos, poderá a Procuradoria iniciar uma investigação não sem antes comunicar aos Estados-parte sua decisão e à aqueles que poderiam exercer suas jurisdições sobre os crimes, até porque o artigo 18.2, do Estatuto, determina a suspensão das investigações do Procurador se algum Estado já as estiver levando a efeito. Neste caso, o Procurador poderá requerer a este Estado informes periódicos sobre estas investigações (art. 18.5). Ressalve-se que a Procuradoria poderá voltar a examinar a questão em um período de seis meses se mudanças significativas ocorrerem em decorrência da impossibilidade ou negativa do Estado de levar a efeito as investigações (art. 18.3). Registre-se ainda que o Procurador, mesmo se as investigações estiverem suspensas, a pedido de um Estado-parte, pode requerer à Câmara de Questões preliminares que o autorize, excepcionalmente, a levar adiante investigações “quando houver uma oportunidade única de obter provas importantes ou exista o risco significativo de que essas provas não estejam disponíveis ulteriormente”. (art. 18.6). O objetivo de todos esses dispositivos legais é o de evitar que Estados simulem investigações sobre crimes graves quando, na verdade, estariam buscando encobrir os fatos e seus autores, além de propiciar um controle periódico da Procuradoria sobre as apurações.

---

art. 14:

1 - Todo Estado-parte poderá comunicar ao Procurador uma situação em que aparentemente tenham sido cometidos um ou vários crimes sob a jurisdição do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue a fim de determinar se há base para acusar um ou vários indivíduos determinados pela prática de tais crimes.

2. Na medida do possível, na comunicação se especificarão as circunstâncias pertinentes e se anexará a documentação probatória de que disponha o Estado denunciante.

20 Art. 17 : 1. O Tribunal, levando em consideração o parágrafo 10 do preâmbulo e o artigo 1, decidirá pela inadmissibilidade de um caso quando:

- a) o caso estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, a menos que tal Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo;
- b) o caso tiver sido objeto de investigação por um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo e tal estado tenha decidido não promover ação penal contra o indivíduo em questão, a menos que essa decisão tenha resultado da falta de disposição do referido estado de levar a cabo o processo ou da impossibilidade de fazê-lo;
- c) o indivíduo implicado já tiver sido processado pela conduta a que se referir a denúncia e o Tribunal não puder promover o processo, de acordo com o disposto no parágrafo 3, do artigo 20;
- d) o caso não for suficientemente grave para justificar a adoção de outras medidas por parte do Tribunal.

21 Art. 53. 1- O Procurador, após avaliar as informações disponíveis, iniciará uma investigação, a menos que determine que não há base razoável para proceder a tal investigação, em conformidade com o presente Estatuto. Ao decidir sobre o início de uma investigação, o Procurador examinará se :

- a) a informação de que dispõe constitui fundamento razoável para acreditar que tenha sido ou esteja sendo cometido um crime sob jurisdição do Tribunal;
- b) a causa é ou seria admissível, em conformidade com o artigo 17;
- c) levando-se em consideração a gravidade do crime e o interesse das vítimas, existem razões sólidas para acreditar que uma investigação não seria do interesse da justiça.

Aqui cabe uma importante observação: o Estatuto não prevê - ao contrário de quando a iniciativa é feita de ofício pela própria Procuradoria - a obrigação do Procurador de solicitar à Câmara de Questões Preliminares a autorização para iniciar as investigações. Isso pode propiciar iniciativas de Estados puramente motivadas por razões políticas com o objetivo de constranger a outros. Seria de todo conveniente que, também na hipótese de comunicação feita por um Estado de possível prática dos crimes previstos no Estatuto no território de outro - ou ainda com seu patrocínio ou beneplácito -, se exigisse a autorização da Câmara de Questões Preliminares para que a Procuradoria iniciasse as investigações para a apuração dos fatos, o mesmo ocorrendo na hipótese que trataremos a seguir.

### **7.2 . O início das investigações em virtude de comunicação do Conselho de Segurança da ONU**

Ao Conselho de Segurança das Organizações das Nações Unidas está outrossim facultado remeter ao Procurador, agindo dentro dos poderes que lhe são conferidos pelo capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, qualquer informação relativa a acontecimentos em que aparentemente tenham sido cometidos um ou vários dos crimes previstos no Estatuto. Nesta hipótese, o Procurador não necessitará de comunicar o início das investigações aos Estados-parte e àqueles eventualmente detentores de jurisdição sobre os pretensos crimes e tampouco solicitará - ao igual que na já mencionada hipótese do artigo 13. A - à Câmara de Questões Preliminares autorização para iniciá-las. Parte-se da muito discutível presunção de que o Conselho de Segurança, - principal órgão encarregado de zelar pela paz e segurança internacionais e de implementar politicamente os mecanismos de segurança coletiva - ao remeter uma informação à Procuradoria, assim o faz precedido de um minucioso trabalho de investigação acerca de sua veracidade, gravidade e âmbito de incidência. Desnecessário salientar o perigo de instrumentalização política destas informações. É oportuna a advertência de Eiroa (2004. P. 251/252) quando salienta que “si el fin del control jurisdiccional de referencia es evitar el inicio de una investigación jurídicamente infundada, esse control debería ser previsto ante todo em el caso de remisión de una situación por el Consejo de Seguridad, ya que tanto su estructura como el procedimiento de votación establecido para adoptar sus decisiones, tienden generalmente a convertilo em um órgão de representación de los intereses políticos de las potencias hegemónicas. Y em esse sentido, tampoco em esse caso encontramos las motivaciones que puedan justificar uma diferencia de tratamiento legal respecto de la hipótesis de inicio oficioso de la investigación”.

No entanto, o Procurador disporá de ampla liberdade para investigar ou não os fatos que lhe foram comunicados pelo Conselho de Segurança bem como se estão eles dentro do âmbito de competência do Tribunal<sup>22</sup>, podendo concluir, como ocorre

<sup>22</sup> Uma possível exceção poderá se dar nos casos de crimes de agressão tendo em vista a ausência de definição no próprio Estatuto. Nesse caso, a definição poderá ser dada - inevitavelmente dentro de critérios políticos - pelo próprio Conselho de Segurança. Todavia, espera-se que, em Conferência posterior - a ser convocada sete anos após a entrada em vigor do Estatuto ( arts. 121 e 123 ) - se possa chegar a algum tipo de consenso acerca de sua definição, plasmando-a no próprio Estatuto. Em todo caso, a jurisdição do Tribunal para o julgamento deste crime



também nos casos de remissões de fatos por um Estado-parte, pela inexistência de fundamento razoável para iniciar uma investigação (art. 53.1.a, do Estatuto) ou que incidem no caso uma das hipóteses de inadmissibilidade elencadas no artigo 17 (art. 53.1.b, do estatuto). Poderá, portanto, usar de todas as atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 54, do Estatuto.<sup>23</sup>

Cumpre salientar - e aqui é emblemática a busca de um certo equilíbrio entre o jurídico e o político por parte do Estatuto - um importante papel conferido ao Conselho, somente dado à este órgão: o poder de suspender a abertura de qualquer investigação ou processo perante o tribunal por um prazo de doze meses, admitindo-se renovações por igual período, mediante uma resolução formal, motivada e observando-se os procedimentos para as votações de questões de fundo, tudo de acordo com o capítulo VII, da Carta das Nações Unidas. De fato, preceitua o artigo 16, do Estatuto: “Nenhuma investigação ou processo poderá ser iniciado ou continuado, sob esse estatuto, por um período de doze meses após a adoção pelo Conselho de Segurança de resolução, em conformidade com o disposto no Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, que solicite ao tribunal medida nesse sentido; tal solicitação poderá ser renovada pelo Conselho de segurança nas mesmas condições”.

Trata-se de uma limitação aos poderes da Procuradoria e do próprio Tribunal, objeto de acerbadas controvérsias e intenso debate. Delgado e Martínez (2001. P. 186) lembram que “el problema principal de la facultad de bloqueo que se reconoce al Consejo de Seguridad estriba en que los términos genéricos e imprecisos relativos a la renovación de la petición de suspensión permiten su reiteración indefinida por períodos anuales tantas veces cuantas el Consejo de Seguridad lo considere oportuno, com la única exigencia de la adopción de nuevas resoluciones. Por lo tanto, el resultado final recogido em el Estatuto no difere del Proyecto de la CDI de 1994 (artículo 23.3), ya que mientras que el Consejo de seguridad esté tratando una situación, la Corte podrá verse obligada a suspender su actividad jurisdiccional. No obstante, pese a que ambos preceptos responden a los intereses de los miembros permanentes del Consejo de seguridad, el Estatuto há logrado suavizar alguno de los efectos de la

é, por enquanto, apenas formal, pois só se efetivará após aprovado um dispositivo em que se defina o crime ( art. 5.2 ).

23 Art. 54. O Procurador:

- a) a fim de estabelecer a veracidade dos fatos, ampliará a investigação de modo a cobrir todos os fatos e provas relevantes para determinar se há responsabilidade penal, em conformidade com o presente Estatuto, e, ao fazê-lo, investigará tanto as circunstâncias agravantes como as atenuantes;
- b) adotará medidas adequadas para assegurar a eficácia da investigação e a persecução dos crimes sob a jurisdição do Tribunal. Ao fazê-lo, respeitará os interesses e circunstâncias pessoais das vítimas e das testemunhas, entre as quais a idade, o gênero, definido no artigo 7, parágrafo 3, e estado de saúde. Além disso, levará em consideração a natureza dos crimes, em particular os de violência sexual, violência por razões de gênero e violência contra crianças; e
- c) respeitará plenamente os direitos previstos no presente Estatuto.
  1. O Procurador poderá:
    - a) coletar e examinar provas;
    - b) fazer comparecer e interrogar os indivíduos sob investigação, as vítimas e testemunhas;
    - c) solicitar a cooperação de um estado ou organização ou arranjo intergovernamental, de acordo com sua respectiva competência e/ou mandato;
    - d) estabelecer arranjos ou acordos, compatíveis com este Estatuto, que forem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, organização intergovernamental ou indivíduo;
    - e) concordar em não divulgar, em nenhuma etapa do processo, os documentos ou informações obtidos em caráter confidencial e unicamente com o propósito de produzir provas, salvo se contar com o consentimento de quem tiver fornecido a informação; e
    - f) adotar ou solicitar que sejam adotadas as medidas necessárias para assegurar o caráter confidencial da informação, a proteção de indivíduos ou a preservação de provas.



suspensión. Por una parte, porque es muy probable que este mecanismo inhibitor no se active cuando el procedimiento se haya iniciado a instancia del propio Consejo de Seguridad. Por otra, porque cada nueva resolución exigirá reabrir periódicamente el debate em el seno del Consejo, lo que dificultará que los cinco Estados con derecho a veto puedan mantener *sine die* um frente común”.

De qualquer maneira, é crucial observar que o Conselho de Segurança, da ONU, só poderá obstar o início ou suspender o andamento de processo perante a Corte se atuar nos marcos do Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, vale dizer, exige-se a prévia declaração daquele órgão de que uma determinada situação de crise se constitui em ameaça à paz internacional, uma ruptura desta paz ou um ato de agressão. Isto se dará através de uma Resolução formal, que fixará os parâmetros pessoais, territoriais e temporais da situação de crise pois será a partir destes parâmetros que estarão constituídos os limites pessoais, territoriais e temporais de atuação da Corte. A resolução deverá indicar também em que se constitui o prejuízo, real ou potencial, derivado de uma atuação da Corte no sentido de afetar o encaminhamento político da situação de crise. O requerimento do Conselho será encaminhado à Procuradoria (se o procedimento já tiver sido iniciado) ou à Presidência da Corte (se ainda não tiver sido iniciado).<sup>24</sup> Não obstante o silêncio do artigo 16, é de se entender que a Câmara de Questões Preliminares possui o poder jurídico (arts. 15, 18 e 19, do Estatuto) de controlar e decidir sobre o pedido do Conselho, tanto nos seus aspectos formais (menção ao capítulo VII, da Carta da ONU, por exemplo) quanto nos seus aspectos materiais (a atuação efetiva do Conselho de Segurança para a solução daquela situação de crise, evidentemente sem emitir juízo de valor acerca dos mecanismos políticos escolhidos pelo Conselho para tal desiderato).

### 7.3 . O início da investigação pela Procuradoria

A concessão à Procuradoria do poder de iniciar ex officio uma investigação se constituiu em um dos mais debatidos e controvertidos temas da Conferência. Países como Estados Unidos, Cuba, Irã, Nigéria, Índia e China se posicionaram de maneira contrária a se conceder à Procuradoria poderes para dar início, por conta própria, a uma investigação ao passo que Suíça, Bélgica ou Holanda, por exemplo, se entrincheiravam no lado oposto. Aqueles alertavam para os perigos decorrentes da concentração, no mesmo órgão, das funções de investigar e acusar enquanto que estes invocavam, em primeiro lugar, a Resolução 45/121, de 14 de dezembro de 1990, da Assembléia Geral das Nações Unidas, reconhecendo a absoluta liberdade do Ministério Público para

24 Segundo Olásolo (2003, p. 247 ), “ el acto de requerimiento del Consejo debe contener los siguientes elementos:

- a) La solicitud expresa a la CPI para que no inicie, o suspenda, sus actuaciones con respecto a la situación de crisis o al asunto objeto de su requerimiento. Sin esta solicitud no existe requerimiento del Consejo y, por lo tanto, el artículo 16 ER no es aplicable;
- b) La determinación de los parámetros personales, territoriales y temporales que definen la situación de crisis con respecto a la cual se solicita a la CPI que no active su jurisdicción abstracta, o la determinación de los hechos objeto de los procesos penales de la CPI que deben ser provisoriamente archivados.
- c) El plazo de vigencia del requerimiento, que, em todo caso, habrá de ser inferior a doce meses. Sin embargo, este requisito no tiene carácter necesario porque de no contemparse plazo alguno, se aplicaría subsidiariamente el de doce meses previsto em el artículo 16;
- d) Las razones que justifican la concurrencia de los tres presupuestos materiales para la eficacia del requerimiento del Consejo arriba señalados”.

investigar. Ademais, lembravam que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional ad hoc para a Ex- Yugoslávia concede à Procuradoria o poder de iniciar investigações de ofício. Esta tese terminou por prevalecer mas com restrições<sup>25</sup>. O que se buscava, na verdade, era uma maneira de preservar a autonomia e independência de atuação da Procuradoria (art. 42, do Estatuto), exercitada, contudo, dentro de certos padrões de *accountability*, vale dizer, a contrapartida da concessão destes poderes consistiria na atuação controladora da Câmara de Questões Preliminares. Deste modo, ao contrário do que ocorre quando a Procuradoria investiga fatos que lhe são remetidos por um Estado-parte ou o Conselho de Segurança da ONU, a investigação por ela realizada de ofício deverá ser precedida de autorização da Câmara de Questões Preliminares<sup>26</sup>. Note-se que esta autorização só será requerida se o Procurador concluir pela necessidade de iniciar oficialmente as investigações, após a realização daquelas “investigações oficiosas” já referidas e constantes do artigo 15.2, do Estatuto.

Consideramos razoável e prudente este exercício de *accountability*, potencialmente cerceador de eventuais veleidades políticas do Procurador. Todavia, tal exigência, - voltamos a enfatizar - deveria ser estendida aos casos em que as investigações se iniciam através da remissão de informações por um Estado-parte ou do Conselho de segurança da ONU, vez que, nestas hipóteses, os riscos de denúncias politicamente motivadas serão ainda maiores. Se existe o receio - de resto compreensível - de atuações politicamente motivadas por parte do Procurador, tais temores devem ser ainda maiores quando se trata de informações provenientes de Estados ou do Conselho de Segurança da ONU uma vez que presume-se tratarem-se de atores essencialmente políticos.

Uma derradeira e importante observação acerca da investigação: se a decisão da Procuradoria de não iniciar uma investigação se fundamentar no já mencionado artigo 53.1, letras “a” (ausência de fundamento razoável) ou “b” ( incidência de uma das hipóteses referidas no artigo 17 ), a Câmara de Questões Preliminares poderá, a requerimento do Estado que tenha apresentado os fatos ou do Conselho de Segurança, *solicitar* ao Procurador que reconsidere sua decisão ( art. 53.3.a ). No entanto, se a decisão estiver embasada no artigo 53.1. c (razões de interesse da justiça) ou no artigo 53.2.c (interesse das vítimas, idade ou estado de saúde), a Câmara de Questões Preliminares poderá *revisar* a decisão da Procuradoria determinando que ela proceda às investigações. Percebe-se que, em se tratando de uma decisão de caráter eminentemente jurídico, preserva-se a absoluta autonomia decisória do Procurador. Porém, se esta decisão contiver elementos de caráter político - e certamente uma decisão com base em “ interesse da justiça” está impregnada de conteúdo político - aciona-se os mecanismos

25 “el acto de requerimiento del Consejo debe contener los siguientes elementos:

a ) La solicitud expresa a la CPI para que no inicie, o suspenda, sus actuaciones con respecto a la situación de crisis o al asunto objeto de su requerimiento. Sin esta solicitud expresa no existe requerimiento del Consejo y, por lo tanto, el art. 16 no es aplicable.

Art. 15. 1. O Procurador poderá instaurar de ofício uma investigação com base em informações acerca de um crime sob a jurisdição do Tribunal.

26 Art. 15. 3. O Procurador, se concluir que há base suficiente para iniciar uma investigação, apresentará à Câmara de Questões Preliminares um pedido de autorização para tanto, junto com a documentação comprobatória. As vítimas poderão encaminhar representações à Câmara de Questões Preliminares, em conformidade com as Regras de Procedimento e Prova.

de controle da Câmara. Assim, adota-se o princípio da oportunidade mas com limitações quando se trata de decisão de conteúdo político.

É de se reconhecer estar diante de uma certa situação de perplexidade. Se o Procurador não considera seu dever levar adiante uma investigação, acatar a decisão da Câmara se constituiria em ação contrária à sua consciência ética. O artigo 110, parágrafo 2, das Regras de Procedimento e Prova opta claramente por reforçar a autoridade judicial estabelecendo que, nestes caso, o Procurador deve proceder à investigação. Só lhe restará, portanto, iniciá-la (ou apresentar sua demissão), buscando lançar mão do artigo 53.4, do Estatuto que lhe confere “reconsiderar, a todo momento, sua decisão de iniciar uma investigação ou ação penal com base em novos fatos ou informações”.

Conclui-se que a autonomia e a independência da Procuradoria vêm acompanhada, no Estatuto, de certos constrangimentos ditados pela necessidade de se estabelecer certas balizas de atuação ao *parquet* internacional mormente no caso de decisões de mais acentuado substrato político.

## **8. A atuação do Ministério Público no processo perante o Tribunal**

Terminadas as investigações, ou mesmo durante elas, o Procurador poderá concluir pela ausência de “base suficiente”, de fato ou de direito, para solicitar um mandado de prisão ou uma intimação, em conformidade com o artigo 58, ou pela “inadmissibilidade da causa”, de acordo com o artigo 17, ou ainda não se tratar o caso de “interesse da justiça,” considerando-se todas as circunstâncias, inclusive “a gravidade do crime, o interesse das vítimas, a idade ou estado de saúde do indigitado e sua participação no suposto crime”. (Art. 53.2. letras “a”, “b” e “c”). Nesta última hipótese, tal como naquela relativa à decisão do Procurador de não dar início às investigações, poderá a Câmara de Questões Preliminares não aceitar o arquivamento do caso e determinar o seu seguimento. Nas duas primeiras, a Câmara, do mesmo modo, somente solicitará a revisão da decisão do Procurador. Se concluir pela existência de indícios da prática de crimes poderá, de acordo com o artigo 58, do Estatuto, requerer à Câmara de Questões Preliminares, um mandado de prisão contra seu suposto ou supostos autores. Despiciendo ressaltar tratar-se de pedido fundamentado, contendo nomes, descrição concisa dos fatos, resumo das provas e as razões pelas quais se pede sua prisão (art. 58.2, do Estatuto). Estas acusações serão confirmadas em audiência convocada em prazo razoável pela Câmara com a presença do Procurador, da pessoa a quem se atribui o crime (ainda não considerada oficialmente acusada) e seu defensor. Em linhas gerais - justifica-se a desnecessidade de detalhes pelo fato de nos interessar aqui somente a atuação da Procuradoria e não o estudo dos procedimentos levados a efeito pelo Tribunal - , nesta audiência a Procuradoria buscará fundamentar cada acusação, e a defesa poderá alegar e também apresentar provas da improcedência da acusação, seguindo-se então o pronunciamento da Câmara de Questões Preliminares que pode - considerando existirem provas suficientes - encaminhar o caso para uma das

Câmaras de Primeira Instância, considerar insuficientes as provas desconformando, assim, a acusação, ou ainda suspender a audiência, solicitando ao Procurador que apresente novas provas, ou leve a efeito novas investigações, ou ainda que modifique sua acusação em razão das provas apresentadas em audiência. (art. 61. 7, letras “a”, “b” e “c”). Na segunda hipótese, não obstante o silêncio do Estatuto, o caso deverá ser arquivado facultando-se ao Procurador solicitar seu desarquivamento diante de novas provas (art. 61.8, do Estatuto). Gomez de Colomber (2003 , p. 157) atenta para o fato de que , no caso de a Câmara não confirmar as acusações “habría que entender, pues no lo dice el Estatuto, que estamos ante um archivo provisional, porque el fiscal puede pedir nuevamente la confirmación de los cargos a condición de que presente nuevas pruebas adicionales y se no lo hace, deberíamos entender, de conformidad com el principio acusatorio, que al no haber acusación procede el sobreseimiento libre, cuestión que debería haber dejado clara es EstTPI, para evitar pensamientos relacionados com la espada de Damocles”.

Eiroa (2004. P. 257), perfila percuciente crítica à última possibilidade colocada à disposição da Câmara, vale dizer, a solicitação ao Procurador para que modifique sua acusação em razão das novas provas surgidas na audiência. Se a Câmara entender que os fatos imputados são mais graves do que aqueles apresentados pelo Procurador, isto significará , em alguma medida, a assunção, por parte do julgador, do papel de acusador , colocando sob suspeita a necessária imparcialidade do órgão judicial.

Poderá ainda o Procurador, aplicando-se o princípio da oportunidade, modificar ou retirar acusações, antes da audiência.<sup>27</sup> O controle jurisdicional se dará, a nosso entender, somente nos casos de retirada das acusações com base no interesse da justiça (art. 53. C), já referido anteriormente.

Finalmente, é importante observar que o artigo 65.5, do Estatuto, admite a possibilidade de realização de consultas entre o Procurador e a defesa a respeito de modificações das acusações, da declaração de culpabilidade ou da pena que deverá ser imposta , o que pode, inclusive , levar à uma declaração de culpabilidade por parte do acusado ( art. 65.1, do Estatuto). Aqui, homenageia-se o princípio da oportunidade , temperando-o, no entanto, com o sistema acusatório, vez que o resultado desta transação não será obrigatório para o Tribunal ( art. 65.5, última parte ).

## Conclusões

Já foi destacado como o papel do Ministério Público se constituiu em objeto de não raras polêmicas durante a Conferência de Roma. Afinal de contas, tratava-se de estabelecer os contornos e limites do papel do órgão responsável pela imputação de crimes caracterizados por evidente gravidade e, mais delicado do ponto de vista político, normalmente levados a efeito através de uma estrutura burocrática

<sup>27</sup> Art. 61.4 – “ Antes da audiência, o Procurador poderá prosseguir a investigação e modificar ou retirar quaisquer acusações. O indivíduo será notificado, com razoável antecedência com relação à audiência, de qualquer modificação das acusações ou da sua retirada. No caso de se retirar acusações, o Procurador notificará a Câmara de Questões Preliminares das razões da retirada”.

proveniente do aparelho de Estado. Isto significava a possibilidade não só de importantes escalões políticos, diplomáticos, burocráticos ou militares se submeterem à uma justiça penal internacional, na condição de réus, como também de as próprias políticas governamentais de Estados, ciosos de suas soberanias, se colocarem sob o escrutínio judicial. Seria, de certo modo, natural que os representantes dos Estados, na Conferência, buscassem mecanismos limitadores da atuação do Tribunal e, naquilo que nos interessa neste espaço, da Procuradoria. Um Procurador absolutamente autônomo e independente o tornaria, nas expressões um tanto exagerada da delegação norte americana, “o homem mais poderoso do mundo”.

O resultado final expressa não o consenso desejado mas o consenso possível. Claro está que foram antepostos limites à atuação da Procuradoria. Alguns deles podem ser apreciados como razoáveis e até desejáveis. Outros poderão comprometer com mais evidência a atuação da Procuradoria.

O princípio da complementaridade - que condiciona a atuação do Tribunal à verificação da incapacidade ou falta de disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos no Estatuto - se constituirá no primeiro limite aos poderes da Procuradoria, que estará impedida de iniciar investigações se estas estão sendo eficientemente encetadas pelo Estado. Este princípio busca fortalecer o equilíbrio entre o papel do Tribunal (que, no entanto, terá o controle do exercício da sua própria competência) e as exigências das soberanias estatais. Nas palavras de Philippe Kirch (2004, p. 27), “o resultado dos debates representa um esforço com vista a preservar a soberania dos Estados, na medida do possível, sem, no entanto, conceder respeito absoluto a essa soberania, cujo preço seria existir não mais do que uma Corte que, definitivamente, não serviria para grande coisa”. Continua o autor afirmando que “a tensão entre soberania e jurisdição internacional nesse caso é evidente. A exceção à complementaridade que acabei de mencionar, isto é, à capacidade da Corte agir quando as estruturas nacionais não funcionam como deveriam, foi contestada pelo receio de que o Tribunal Penal Internacional possa funcionar como tribunal de recursos internacionais e faça um julgamento sobre o processo de investigação e de atuação dos Estados. Essa possibilidade existe de fato, mas por duas boas razões: se a Corte fosse descartada tão logo um Estado assumisse formalmente sua competência em determinada situação, sem analisar a maneira pela qual o faria, sua capacidade de fazer justiça teria sido facilmente frustrada em certas circunstâncias. Essa eventualidade, que negaria a razão de ser da Corte, seria inaceitável para a comunidade internacional”. (p. 28 ).

A segunda possível limitação à autonomia e independência do Procurador é a aludida possibilidade de ser ele destituído, pela Assembléia Geral dos Estados-parte, por maioria absoluta, invocando motivações um tanto vagas e ambíguas. Tal como ocorre com os magistrados do Tribunal, a destituição do Procurador deveria estar condicionada a uma maioria de dois terços da Assembléia, número mais difícil de alcançar.

O controle pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas no sentido de sustar o andamento das investigações ou do processo<sup>28</sup> assim como o controle jurisdicional de pedido de arquivamento pelo Procurador nos casos do artigo 53.c, do Estatuto. funcionarão também como fatores de contenção das atividades da Procuradoria.

Outro mecanismo de contenção às iniciativas da Procuradoria está relacionado às referidas exigências de autorização, por parte da Câmara de Questões Preliminares, para a abertura de inquérito, exigências estas acompanhadas de mecanismos de notificação e recurso. Tudo isso visando evitar uma atuação politizada do Ministério Público.

A nosso entender, a conclusão a ser provisoriamente sustentada - aquela definitiva estará condicionada à efetiva prática de atuação da Procuradoria - é que as zonas de penumbra no que tange à independência e autonomia do Ministério Público poderão ser potencialmente superadas pelas possibilidades de um exercício funcional condizente com os anseios da sociedade internacional, encaminhados a um efetivo funcionamento de uma jurisdição penal internacional capaz de dar respostas à prática de crimes internacionais da maior gravidade. E o papel de um Procurador, atento às suas responsabilidades de atuação, consciente dos delicados equilíbrios e arranjos encontrados no sistema internacional mas nem por isso constantemente submisso a eles, em muito contribuirá no processo lento e tortuoso – mas não destituído de esperanças – de construção de uma efetiva justiça penal internacional.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cassese, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In Crimes internacionais e jurisdições internacionais. Org. Cassese, Antonio e Delmas-Marty, Mireille. Barueri. Manole. 2004
- Colomer, Juan-Luis Gómez. El Tribunal Penal Internacional : Investigación y acusación. Valencia. Tirant monografias. 2003
- Delgado, Isabel Lirola e Martínez, Magdalena M. Martín. La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad. Barcelona. Ariel. 2001
- Dubois, Olivier. Rwandas national criminal courts and the international tribunal. International review of Red Cross
- Eiroa, Pablo D. La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2004
- Ferrajoli, Luigi. A soberania no mundo moderno. São Paulo. Martins Fontes. 2002
- Kirsch, Philippe. A Corte Penal Internacional perante a soberania dos Estados. In Crimes internacionais e jurisdições internacionais. Org. Cassese, Antonio e Delmas-Marty, Mireille. Barueri. Manole. 2004
- Olásolo, Héctor. Corte Penal Internacional. Donde investigar? Especial referencia a la fiscalía em el proceso de activación. Valencia. Tirant monografias. 2003.
- Quel López, J. Creación de una jurisdicción penal internacional. Colección Escuela Diplomática. N.4, Madrid.
- Silva Miguel, João Manuel da. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminas. N.37.2002.
- Torres Pérez, María e Franch. Valentín Bou. La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales. Valencia. Tirant monografias. 2004

28 Philippe Kirch, a nosso ver, com exagerado otimismo, vislumbra vantagens práticas na atuação do Conselho: " Em virtude do Estatuto, não somente o Conselho de Segurança pode incumbir a Corte de determinadas situações, mas pode também suspender o exercício da competência do Tribunal por um período de doze meses ( renovável ). A suspensão deve ocorrer após uma resolução positiva adotada em virtude do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Em outras palavras, para que a Corte temporariamente veja recusada a facultade de exercer sua competência, é preciso uma decisão do Conselho de Segurança nesse sentido, o que quer dizer que basta o veto de apenas um membro permanente para que a Corte assegure a sua competência. De certa maneira, o papel habitual do veto ficou assim invertido". ( op. Cit., p. 31).

# The Growing Influence of Non-Governmental Organizations: Chances and Risks

DÉLBER ANDRADE LAGE\*

LEONARDO NEMER CALDEIRA BRANT\*\*

## Resumo

A participação de Organizações Não-Governamentais na esfera política é objeto de ampla discussão no meio acadêmico. As teorias usadas para explicar seu escopo e suas limitações são variadas. Em anos recentes, um movimento especial chama a atenção dos estudiosos: houve um crescimento adicional no número destas organizações e a lista de seus tipos e funções igualmente foi aumentada. Na primeira parte do texto, a emergência da sociedade civil como um sujeito no processo de governança é discutida. Uma visão geral das principais oportunidades e riscos resultantes da inserção das ONGs no sistema de governança global é fornecida. A partir disto, inferências importantes sobre os problemas a serem enfrentados em um futuro próximo podem ser traçadas. O objetivo da última parte deste trabalho é aplicar os instrumentos teóricos, previamente acertados, a duas das principais instituições americanas: o MERCOSUL e o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos.

## Abstract

Participation by Non-Governmental Organizations in the political sphere has been the object of broad discussion in the academic milieu. The theories used to explain their scope and limitations are varied. In recent years, a special movement has called the attention of these scholars: there has been additional growth in the number of these organizations, and the list of their types and functions has lengthened as well. In the first part of the text, civil society's emerging as a subject in the governance process is discussed. An overview of the main chances and risks resulting from NGOs being introduced into the global governance system is provided. From it, important inferences about the problems to be faced in the near future can be woven. The aim of the last part of this paper is to apply theoretical tools, previously set out, to two of the main American institutions: MERCOSUR and the Interamerican Human Rights Protection System.

\* Member of The International Law Center - CEDIN

\*\* Professor of Intentional Law, Federal University of Minas Gerais, Brazil; Former Legal Officer of the International Court of Justice; President of The International Law Center - CEDIN



Non-Governmental Organizations' performance is pointed to as a major indicator of Civil Society's growing participation in formulating policies, whether they are of a national or an international nature. Ways of tackling new governance mechanisms vary. The focus has been on enabling the Sovereign State's role in determining guidelines for the International Agenda's most relevant issues<sup>1</sup> to be modified. As such, NGOs' influence must be understood from the way they relate with the State and it must be analyzed on the basis of two complementary dimensions: legitimacy and normativity. The need to legitimise the public decision-making process creates a favourable context for performers, who at the outset were only an object of such deliberations, to perform. From the moment they are juridical recognized, and start interfering positively in formulating and implementing policies, there is a new alteration in their relationship pattern with the social medium they act in.

NGOs participation growth has been pointed to as a factor modifying the pattern for exerting political power. In this way, their performance is put forward as an intervening variable in the theoretical models asserting that the classical Westphalian viewpoint, in which States appear as the legitimate performers in this process, is outmoded<sup>2</sup>. This would mean altering how political authority is exerted<sup>3</sup>. In this regard, States would lose power, and, at the same time, non-state-owned performers would be empowered<sup>4</sup>. Thus, governance structures in which the State has a strategic, but not necessarily dominant, role would be formed<sup>5</sup>. The new challenges set by complex interdependence<sup>6</sup> and resulting emergence of transnational flows, involve the need to rearrange the political decision-making framework. Studying it, therefore, means considering the way it operates *through* (and not *in*) Civil Society. This must be considered a government subject, and not just its mere object<sup>7</sup>.

In this regard, the NGO's start performing a supporting role in formulating and implementing state policies. They often acquire the status of observer in the main government and interstate agencies. In these situations, they must inspect decision-making procedures and the choice of policies, as well as monitor the accountable investment of funds and the progress and outcome of their implementation. Action by a third party, apparently with different interests from those who occupy public offices would, in these cases, confer greater transparency and legitimacy on these initiatives<sup>8</sup>.

Likewise NGOs can play a technical role. In such cases, they offer relevant information to define policies, either at the time they are formulated, or when they

1 See, for example, ROSENAU, James. *Toward an Ontology for Global Governance*. In.: Approaches to Global Governance Theory, HEWSON and TIMOTHY (eds) 1999; ROSENAU, James. *Governance in a New Global Order*, 2002; HELD, David, and MCGREW, Anthony (eds.) *Governing Globalization*, London: Polity Press, 2002.

2 COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, 2005, p.176.

3 HELD, David, and MCGREW, Anthony (eds.) *Governing Globalization*, London: Polity Press, 2002.

4 KECK e SIKKING, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, 1998; e ROSENAU, James, *Toward an Ontology for Global Governance*, 1999.

5 SENDING, Ole Jacob. NEUMANN, Iver B. *Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power*, 2006, p.651.

6 KEOHANE and NYE; NYE, Joseph S., and DONAHUE, John D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington: Brookings Institution Press, 2000.

7 SENDING, Ole Jacob. NEUMANN, Iver B. *Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power*, 2006, p.669.

8 See, BUCHANAN and KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 2006, p. 432.



are implemented (to be sure the actions are effective). On the other hand they can perform directly, after being granted state permission, by actually carrying the policies out. This happens in situations in which the State, for either political<sup>9</sup> or technical<sup>10</sup> reasons, is not able to do it satisfactorily. In cases of humanitarian aid, by not being linked to any State, these organizations can avoid hindrances of a political nature and obtain the consent of those involved for them to perform in certain regions<sup>11</sup>. Likewise they can provide aid to needy portions of the population, for them to have effective access to the juridical instruments conferred on them<sup>12</sup>.

Besides performing through mechanisms conferred on them by the States, NGOs can perform as lobbyists, influencing political decisions that theoretically are privy to the state. As a result, in many circumstances, these organizations serve as an instrument for empowering social groups that, for some reason, are supposed to be excluded from the political process. In these cases, they would be helping to strengthen participative democracy<sup>13</sup>.

In special situations, Non-governmental organisations can be real agents for change. This is because they can make a crucial contribution in publicising issues mistreated in the inter-state sphere, divulge and put scientific discoveries on the agenda<sup>14</sup>, and also help set meanings and build consensus around certain issues<sup>15</sup>. NGOs are also privileged to enable negotiation and effect solutions in cases where traditional mechanisms for solving conflicts have proved unsuccessful<sup>16</sup>. Lastly, in some cases, they manage to raise a dramatic amount of funds that must be destined to a specific type of policies. In this way, they go on to formulate, finance and implement projects regardless of the state seal. These actions can thus complement state political shortfalls and overcome bureaucratic procedure delays<sup>17</sup>.

In fact the NGO's actions are normally of five different orders: (i) acclamation of values widely accepted in international society, such as Human Rights; (ii) because of support for their activities, whether because of the number of members or donations of funds; (iii) based on their technical excellence and knowledge of how to solve certain situations; (iv) the span of their actions, for example, many humanitarian NGOs fill spaces in which States would not manage to intervene; and (v) subjectively, because of notions such as trust, integrity and reputation<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> See, for example, KU, Charlotte, DIEHL, Paul F. *Filling In the Gaps: Extrasystemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System*, 2006, p.168.

<sup>10</sup> COLLINGWOOD, p.177. The case of the ban on antipersonnel landmine, is for instance, a successful example of transnational network advocacy (see SENDING, Ole Jacob, NEUMANN, Iver B. *Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power*, 2006, pp. 664-668).

<sup>11</sup> LISCHER, Sarah Kenyon. *Military Intervention and the Humanitarian "Force Multiplier"*, 2007.

<sup>12</sup> See, for example, the case of *Amicus Curiae*, and its participation in international courts and tribunals.

<sup>13</sup> See BUCHANAN and KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 2006

<sup>14</sup> OPPENHEIMER, Michael. *Science and Environmental Policy: The Role of Nongovernmental Organizations.*, 2006, p. 884.

<sup>15</sup> See BROWN, L. David, TIMMER, Vanessa; *Civil Society Actors as Catalysts for Transnational Social Learning*, 2006, pp. 3-6.

<sup>16</sup> See BROWN, L. David, TIMMER, Vanessa; *Civil Society Actors as Catalysts for Transnational Social Learning*, 2006, pp. 9-10; YANA-COPULOS, Helen. *The strategies that bind: NGO coalitions and their influence*, 2005, pp.98-107.

<sup>17</sup> BURCHELL, Jon; COOK, Joanne. *Assessing the impact of stakeholder dialogue: changing relationships between NGOs and companies*, 2006.

<sup>18</sup> SLIM, Hugo, *By what authority? The Legitimacy and accountability of non-governmental organizations*, paper presented at the International Council on Human Rights Policy, International Meeting on Global Trends and Human Rights – Before and After September 11, Geneva, 10-12 January, 2002.

But the growing influence of NGO's involves risks. A number of relevant criticisms of these approaches were put forward by studies concerned with a practical perspective, in which the effectiveness of performance by agents from the third sector was discussed<sup>19</sup>. The lack of control mechanisms and accountability, as well as the degree of openness to participation by groups from civil society within the NGOs themselves, are pointed to as relevant elements characterizing a legitimacy crisis<sup>20</sup>.

In a different direction, some authors contest even the idea that NGO's can modified the normative pattern for exerting political power. In a normative basis there is no communication between the third sector and the state-run sphere. Its appearance would be an extra-systemic factor arising along with other elements (internalization of international standards, soft law, etc.) in response to the inability of the traditional legal system to respond in the face of the challenges set by International Society's current dynamics<sup>21</sup>.

### The risks

In fact, when observing how NGOs act, three structural dimensions involve risks. The first one concerns the definition of the principle that oriented their scope of activities. Actually, the main reason for NGOs to exist is to do with the belief that they act for collective objectives, which may occasionally be excluded from ordinary public policy formulation procedures. At times they are pointed to as being instruments to support the State, inasmuch as that they are supposed to act in a supplementary capacity, in situations in which the State proved to be inefficient<sup>22</sup>. In this respect, the definition of the principle that oriented their scope of activities is shown to be essential for them to be legitimate. In practice, however, this can become a problem, for a number of reasons.

The first of them refers to the question of representativeness<sup>23</sup>. For example, cases can appear, in which certain strata of society are "contemplated" by several organizations, while others, equally needy, find themselves neglected. This danger is further exponentiated by the fact that the majority of NGOs are from developed countries. In the end, where the resources are applied could be determined by people from those countries, and not those who will be benefited by their actions<sup>24</sup>. Additionally, there could be a clash of interests between the organizations and the State or the population who are the object of their policies<sup>25</sup>.

19 See EDWARDS, M, and HULME, D. (eds), *Non-Governmental Organizations – performance and accountability: beyond the magic bullet*. London: Earthscan, 1995.

20 CLARK, I. *Legitimacy in a Global Order*. Review of International Studies, 29, 2003, pp. 75-96; KAGAN, R. *America's Crisis of Legitimacy*, Foreign Affairs, March/April, pp.65-87.

21 See, for example, KU, Charlotte. DIEHL, Paul F. *Filling In the Gaps: Extrasystemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System*,

22 See KU, Charlotte. DIEHL, Paul F. *Filling In the Gaps: Extrasystemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System*, 2006, pp. 167-171; MILLS, Alex; JOYCE, Daniel. *Non-governmental Organisations and International Norm Transmission on the Fault Lines of the International Order*, pp.15-18.

23 COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, 2005, p. 188.

24 WOODWARD, B.K.; *Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues*, 2006, p. 265; BEBINGTON, Anthony. *NGOs and uneven development: geographies of development intervention*; RUBAGOTTI, Gianluca. *Non-Governmental Organisations and the Reporting Obligation under the International Covenant on Civil and Political Rights*, 2005, p.74.

25 COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, 2005, p. 179.

On the other hand, the effectiveness of the NGOs' actions may not produce the results expected for a series of different reasons, including accidental causes or 'force majeure', that are unpredictable at the time the policies are formulated. What is clear, however, is that in some cases this failing is caused by structural problems, normally linked to lack of planning of the NGOs' joint actions with the States and with other organizations that have the same scope of action<sup>26</sup>. If, governments opt to leave formulating and implementing policies for a particular point in the agenda in their charge, they run the risk of suffering from programs carried out being dispersed. In this respect, long term actions would be jeopardized, and needs would only be remedied at some points or in regions contemplated by these actions. In an equally problematic situation, lack of planning can mean that two NGOs with similar purposes allocate their resources and efforts to the same area and to the same target public. Apart from the possibility of their clashing, this is a clear demonstration that the resources could have been much better allocated, so they could reach a larger portion of society<sup>27</sup>.

It can be emphasize, therefore, that the effectiveness problem is closely related to the legitimacy of the NGOs' actions. Conceptualizing legitimacy is a notably complex matter<sup>28</sup>. On the one hand, an institution's legitimacy is to be understood as a *right* that it has to create and apply standards; while, on the other hand, the former has to be understood as the *generalized belief* that it has this right<sup>29</sup>. So a discussion about this must look at "*a combination of procedural constraints on the exercise of power (such as accountability, transparency, democratic decision making, and so forth) and some sort of correspondence between the power-holder's values and those held by the community in which they operate*"<sup>30</sup>". As such, its concept refers to legal and ethical aspects. In order to enable the relationship between the State and NGOs to be assessed based on the idea of legitimacy, it, therefore, needs to be demonstrated not just whether these institutions are (juridical) legitimate, but if they are perceived as such<sup>31</sup>. It is likewise important to identify where the legitimacy comes from (norm sources), as well as the notion of how these institutions are to operate<sup>32</sup>.

Finally, perhaps the most problematic situation is regarding the possibility that their resources and structure are appropriate for groups whose aim is just to reach private interests, therefore distorting their aim and purpose. Situations can be mentioned in which States create "ghost" organizations to make easy investment of particular financial resources, or, furthermore to manage to go through into spheres of other States which they would not reach by usual routes<sup>33</sup>. Additionally, there is

26 See WALSH, Eoghan; LENIHAN, Helena. *Accountability and effectiveness of NGOs: adapting business tools successfully*, 2006.

27 COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, 2005, p.183; SENDING, Ole Jacob. NEUMANN, Iver B. *Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power*, 2006, pp. 667-668.

28 For an overview of the literature on legitimacy within the State, see BEETHAM, D. *The Legitimation of Power*. London: Macmillan, 1991; and FRANCK, Thomas, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York: Oxford University Press, 1990. For the discussion of the standards of legitimacy for Global Governance Institutions, see BODANSKY, Daniel, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, American Journal of International Law, 93, n.3, July 1999, pp. 596-624.

29 BUCHANAN and KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 2006 p.405.

30 COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, 2005, p. 178.

31 BUCHANAN and KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 2006, p.407.

32 COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, 2005, p. 178.

33 MAYHEW, Susannah H.; *Hegemony, Politics and Ideology: the Role of Legislation in NGO Government Relations in Asia in Journal of Development Studies*, 2005, p.728.

the danger that private interests exert control over the NGOs' action<sup>34</sup>. Regulating these situations, however, poses the difficulty of hitting the thin line separating accountability mechanisms from unnecessary bureaucracy.

### The chances

The State as the sole deciding authority for matters concerning “national” or ‘international’ interest has been queried for at least three decades. Since 1972, some authors demonstrated the emerging transnational flows and interactions, which created a setting of complex interdependence in which the notion of government sovereignty has to be replaced by the concept of autonomy, measured by its dimensions of sensitivity and vulnerability<sup>35</sup>. The current scene, however, is even more diversified, inasmuch as densification of networks among States, Private Enterprises and Third Sector Movements is set by a market in which the exchange of goods and services gains global features<sup>36</sup>.

In this context, the statement by the United Nations Secretary General at the 1999 General Assembly is symptomatic, according to which “*States must serve their people. If they fail to do so and allow serious Human Rights abuses, they are open to justified intervention by the international community, in the shape of UN itself*<sup>37</sup>”. Civil society’s perception of the need to control government actions, along with its demand to play an effective part in the political decision-making process, is remarkable. This movement is revealed in Agenda 21, where it is stated that governments must take “*any legislative measures necessary to enable non-governmental organizations to establish consultative groups and to ensure the right of non-governmental organizations to protect the public interest through legal action*<sup>38</sup>”.

So there is significant pressure for communication channels to be created between the State and Civil Society, which will translate (i) into a suitable environment for NGOs to perform in; and (ii) into making classical patterns of international normative production a problem, inasmuch as legality (based on consent).

Pressures for transparency and accountability in government decisions are likewise accompanied by alteration in the dynamics of normative creation in the international sphere. States were called on to establish norms on matters of common interest, vital to the International Community and the welfare of their individuals<sup>39</sup>. From this moment on, the basis for validity of international juridical norms takes on a material aspect, with its focus on promoting essential values, using quite different reasoning from the classical formalism of voluntarist conceptions. In this respect, a horizontal regulatory

34 WILLETTTS, p.319; MAYHEW, Susannah H.; *Hegemony, Politics and Ideology: the Role of Legislation in NGO Government Relations in Asia* in *Journal of Development Studies*, 2005, pp. 748-749.

35 KEOHANE, R; and NYE, J. *Power and Interdependence: world politics in transition*, New York: Longman, 1989.

36 ESTEVES, Paulo L. *Global Governance: Order and Justice in International Society*, p.71; and TUSSIE, *New Procedures and Old Mechanisms: global governance and civil society*, p.41. In.: ESTEVES, Paulo L. *International Institutions, Security, Trade and Integration*. Belo Horizonte: Publisher PUC Minas, 2003.

37 *Financial Times*. *People First*. Sept. 22nd, 1999, p.13.

38 Agenda 21, paragraphs. 27.10 and 27.13.

39 WOODWARD, B.K.; *Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues*, 2006, p.268.

pattern which marked a coordination relationship in the interstate sphere<sup>40</sup>, was replaced by a setting acclaiming a certain hierarchy in normative production, represented by the prevalence of the community's interests such as (environmental protection), and by valuing the individual<sup>41</sup>, mainly as regards human rights and humanitarian law. As such, tension between the sovereign government and the tendency towards common interest in international relations appears<sup>42</sup>.

The classical notion of an international legal system, based on formal legality as a mere consequence of government consent, has proved to be outmoded<sup>43</sup>. The identification of *jus cogens* norms and the emergence of soft law provide clear signs that the essential role of consent in legal determination is partial outdated<sup>44</sup>. In view of this setting, International Law's mere legality has proved to be a deficient element to confer legitimacy on its institutions<sup>45</sup>.

This scenario throws out critical challenges for contemporary International Law, such as identifying what appropriate procedures for normative production ought to be, as well as determining when, why and to what degree sub-state performers can affect the States' behaviour<sup>46</sup>.

It can, therefore, be seen that the abovementioned modification in relationship patterns in international society involved changing the concept concerning use of governance mechanisms among its social agents<sup>47</sup>. The demands created by this context can be called "first generation demands" and they mainly referred to the possibility of defining the policy agenda to be discussed and voted; following the decision-making process, so as to ensure they are transparent; rendering technical services – on both creation and implementation; and checking that adopted policies are carried out. What picks them out is their tendency to participate as process observers, which translates the desire for legitimacy.

These first generation demands were satisfactorily acclaimed by the international legal system. However, development of these patterns made civil society organizations grow dramatically, their typology and functions varying enormously. This new set of performers was responsible for a new pattern of demands, which will be called second generation. In fact, NGO's demands more autonomy in formulating and implementing

40 In this regard, states Waltz: "*Parties in domestic political systems maintain relationships of superiority and subordination. Some have the privilege of command, others must only obey. Domestic systems are centralised and ranked. Parties in the international political system maintain coordination relationships. Formally, all are equal. No one has the privilege of command, no one must obey. International systems are decentralized and anarchical*". WALTZ, Kenneth N. *Theory of International Politics*, 1979, p.88.

41 In this regard see TRINDADE, António Augusto Cançado, *Human Rights: personality and international juridical capacity of the individual*, 2004.

42 In this regard see PELLET, Alain, *New Trends in International Law: "Macrojuridical Aspects"*, 2004, p.6. As the author points out, consolidation of the individual as a subject of IL still lacks institutional advances that enable him to be better able to perform in the international sphere.

43 PELLET, Alain. *The normative dilemma: Will and consent in International law-making*, 1992, pp.42-43, where he states: "*This is indeed pure hypocrisy. It is not enough to wish; it is also necessary to want to wish. And it is very clear that, in international society, while States are equal, some are 'more equal' than others. (...) Obviously, the desire of a small, weak State is 'less free' than larger, more powerful ones. (...) If the States are sovereign, why do they sign treaties that in reality they do not wish for? The answer is because they need to. Not only in view of the need for money, technical assistance, has urgent food aided, etc., but also because they feel the absolute need to 'take part'. And this is true not only of treaties, but in a general way, for International Law, whatever its shape*".

44 SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*, 2003, pp. 145-150.

45 BUCHANAN and KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, 2006, p. 413, stress that this situation would be aggravated by the action of non-democratic States, or those that systematically violate their citizens' human rights.

46 WOODWARD, B.K.; *Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues*, 2006, p.249.

47 SENDING, Ole Jacob. NEUMANN, Iver B. *Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power*, 2006, pp.653-658.

their own projects, often regardless of any link with the authorities. This reality were not completely assimilated by international society and produce demands for the international normative system to be readapted.

Because it is a movement that manifested itself in recent years, there has been no final response from the normative system about this. There are, however, several efforts to discuss and define guidelines to deal with the issue. In this regard the work of the “*Panel of Eminent Persons on United Nations – Civil Society Relations*”, chaired by Fernando Henrique Cardoso (a former-president of Brazil), stands out, and gave rise to the report “*We the peoples: Civil Society, the United Nations and Global Governance*”<sup>48</sup>, of June 11<sup>th</sup>, 2004. Its aims were to:

- *Review existing guidelines, decisions and practices regarding civil society organizations’ access to and participation in United Nations deliberations and processes;*
- *Identify best practices in the United Nations system and in other International Organizations with a view to identifying new and better ways of interacting with non-governmental organizations and other civil society organizations;*
- *Observe the ways in which the participation of civil society actors from developing countries can be facilitated;*
- *Review how the secretariat is organized to facilitate, manage, share experiences and evaluate the relationships of the United Nations with civil society.*

It can be seen that the purpose of this panel is the outcome of the strain from enlargement the NGOs’ list of functions. There is the same type of discussion on a regional level and in many countries’ domestic spheres<sup>49</sup>. The as yet incipient nature of the consensus on the need to reform the normative framework applying to them, and the lack of regulation on the new activities carried out produces an additional problem to this scenario: the effectiveness of these organisations’ actions begins to be questioned, which means severe questioning of their legitimacy in this new context.

### **The Latin America perspective: The Mercosur and the Interamerican Human Rights Protection System**

Since it was established, Mercosur has been conceived as space for economic integration<sup>50</sup>. The eminently intergovernmental nature of the decision-making procedures in MERCOSUR stand to be a serious institutional obstacle to NGOs’ participating. In this regard, governments are indisposed to take on commitments and create institutions embodying a fuller dimension of citizenship, while standing up for decentralization of policy formulation.

48 UN Doc. A/58/817.

49 See, for an overview of this tendency, WOODWARD, B.K.; *Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues*, 2006, pp.51-55.

50 In a recent article, former Uruguayan president, Luiz Alberto Lacalle de Herrera, states that “*it is clear and beyond any discussion that the countries have agreed to create an exclusively economic and trade organisation and that the agencies and institutions being established at that moment, as well as those that were to be established in the following stages, were instruments the original goals to be accomplished. (...) this is, therefore the Mercosur we have founded. Any other interpretation is foreign to the letter and spirit of the agreement*”. (LaCalle de Herrera, L.A., DEP April/June 2007, p. 195).



The normative framework relating to embodying decisions made by MERCOSUR agents is another factor discouraging NGOs to act: measures are implemented separately within each member-State and, from this point of view, are not nationwide. In this way, Civil Society's action in domestic spheres has proved more productive, and, in principle, easier to negotiate.

In 1994, within the sphere of performance and competence of the *Common Market Group* – an executive, but not decision-making, entity in the bloc - the Protocol of Ouro Preto established two spaces reserved for participation for civil society: the *Socio-Economic Consultative Forum*<sup>51</sup> and the *Joint Parliamentary Commission for Mercosur*<sup>52</sup>. It is clear, however, in both cases that specific interest groups – a coalition of businessmen and trades unions – participate. This is also the case in other groups and subgroups linked to the Common Market Group<sup>53</sup> and the Common Market Council<sup>54</sup>: organisations from the third sector are only granted the status of observers, and the majority of them are representatives of class entities of private groups.

Lastly, the non-institutional efforts to embody civil society's demands in MERCOSUR must be highlighted. The member governments themselves have promoted actions in this regard. The *I Mercosur Social Summit*, also known as the *Brasília Summit*, is an example of this reality. The meeting took place from December 13<sup>th</sup> to the 15<sup>th</sup>, 2006, during the *presidency's pro tempore* period in Brazil, and attempted to establish a space for convergence and participations of national and regional organisations from civil society, in harmony with the dictates of the “Social Mercosur” topic provided for in the Labour Programme for 2004 to 2006. The Brazilian government's initiative was received so positively that as of the 32<sup>nd</sup> Summit Meeting of Mercosur's Heads of State, held in January 2007, in Rio de Janeiro, the permanent nature of the Social Summit was agreed to, and it should be held jointly with the meetings of the bloc's Heads of State.

Another example is the *We are Mercosur* initiative, created while Uruguay's *pro tempore* presidency was in force in 2005. Likewise, the initiative of the Argentine *pro tempore* presidency in promoting the *Meeting for a Productive and Social Mercosur*, on July 19 to 21, 2006 in Córdoba, with the support of the *Training Centre for Regional Integration (CEFIR)* and some German organisations. As a result of the work, the *Integral Programme for Training in Regional and Mercosur Integration* was launched and will be implemented in a virtual form.

In this setting the *Mercosur Social and Joint Programme* is inserted. The programme is also located outside the bloc's institutional context, and is currently financed by the European Union, focusing its performance on the wish to improve

51 Arts. 28, 29 of the Protocol.

52 Arts. 22 to 25.

53 See *Mercosur High Level Strategy for Growth in Employment; and a Meeting of High Ranking Human Rights Authorities from Mercosur and Associated States*.

54 See *Work Subgroup nr.10 (SGT-10) – Labour Matters, Employment and Social Security; Specialised Meeting for Women; Specialized Family Farming Meeting; and Specialised Meeting of MERCOSUR Cooperatives*.

the practice of citizenship and the quality of life of outcast social groups in the South Cone countries. By means of full, effective and distinguishing social participation in regard to the matter – encompassing debating themes such as sovereignty, public policies, equality between men and women, health, human rights and joint economy – it seeks to consolidate democratic processes within Mercosur. To this end, it relies on participation by 18 NGO's from five countries in the region: Brazil, Argentina, Paraguay, Uruguay and Chile.

### **The Interamerican Human Rights Protection System and the NGO's performance**

NGOs have a significant role in the Interamerican Human Rights Protection System. In a distinguishing way, they will perform at all the stages of the system (OAS, Interamerican Human Rights Commission and Court). In this case it is evident that implementing Human Rights is a matter that traditionally provides an opportunity for organization of this nature to participate. The eminently inspecting bias of their institution means that demands placed by civil society are “first generation”. This is why the legal status granted them responds satisfactorily to these inputs, created in an atmosphere of relative stability between the States and Non-Governmental Organisations.

#### **A) NGOs' performance at OAS**

Registration at OAS, whose guidelines are acclaimed in resolution P/RES 759 of 1999<sup>55</sup>, ensures the possibility of receiving and demanding information on the processes developed in OAS' main agencies, which, in practice translates into Access to preparatory texts of General Assembly and Permanent Council resolutions, as well as the possibility of taking part in these Organisations. For them to be able to speak at General Assembly meetings, for example, the member States must give up part of their time<sup>56</sup>. This is why they have acted by issuing written opinions to the Permanent Council, as well as to the Interamerican Council for Integral Development (ICID).

As far as preparation of Human Rights Regional Treaties is concerned, they can propose the subject of the treaty or declaration. However, for it to be voted, it must be the object of a preliminary decision by the General Assembly. In the following stage, there is also a possibility for NGOs to take limited part. As of the decision by the Assembly to agree to the document's preparation, the Permanent Council forms a Work Group with the aid of the Committee for Legal and Political Matters, which formulates the articles of the proposed international instrument. This group

<sup>55</sup> Made from objective (legal representation, general director, head office) as well as subjective criteria (acknowledged reputation, representativeness in their sphere of action, availability of funds to finance their aims).

<sup>56</sup> This was the case at the General Assembly held in Panamá in 1996, at which the Panamanian State itself allowed an organization defending the rights of the visually handicapped to make its considerations about the provisional text of the Interamerican Convention for the Elimination of all Forms of Discrimination against Handicapped Persons, adopted a few years later.



is made up of representatives from the States, who can request that certain NGOs take part<sup>57</sup>.

### **B) Non-Governmental Organizations and the Interamerican Human Rights Commission**

Within the scope of the Interamerican Human Rights Commission, NGOs have two important functions: perform when visits *in loco* are made (a) and petition when the rights guaranteed by the Interamerican Convention are not respected (b).

In fact, NGOs play an essential role as regard on visits *in loco*. On the one hand they work to convince the Commission about the need for the visit<sup>58</sup>. On the other hand, they constitute an important instrument for the Commission itself to be able to get accurate knowledge of the reality of Human Rights in the State where the visit is carried out<sup>59</sup>.

NGO participation in petitions under the interamerican system is nothing new, but it can only be consolidated from political changes and redemocratisation in Latin America, which would enable the non-governmental organisations' activities on the continent to go deeper. At the moment, it is quite common for petitions to be presented by NGOs, due to the fact that many of them render consultancy and legal assistance services, besides being familiar with the international Human rights protection instruments and having experience with the interamerican protection system<sup>60</sup>.

### **C) Non-Governmental Organisations and the Interamerican Court of Human Rights**

At the Interamerican Court of Human Rights, NGOs act both as consultants and in court cases. In both, they work through the institution of *amicus curiae*<sup>61</sup>. As far as consultative jurisdiction is concerned, it is the only way to participate. As far as litigation jurisdiction is concerned, there is, besides the court, the possibility of their acting as witnesses and aiding the victim as his/her/their representatives.

In the Consultative Opinions, the *amicus curiae* letters have been present since the case taken to the Court, at the time of the OC-1/82, requested by Peru, which discusses interpretation of article 64 of the American Convention on Human Rights.

<sup>57</sup> In this respect, the creation of the Interamerican Convention on the Forced Disappearance of Persons became a paradigm. The first document, produced by the States was such a decline in regard to the Court's jurisprudence – the Velásquez Rodríguez case – that a group of NGOs – Latin American Federation of Relatives of Disappeared Detainees (FEDEFAM), Global Rights, International Amnesty and the International Commission of Jurists – requested that civil society institutions be heard for the final document to be prepared. The participating organizations, with significant support from Argentina, Chile, Canada and the USA, actively worked to strengthen the Convention, which established important standards to reduce the number for forced disappearances in the region.

<sup>58</sup> As Global Justice and Rightful Land did on demanding that Pará state be visited with the aim of monitoring the case of American sister Dorothy Stang, a Human Rights activist murdered in 2005.

<sup>59</sup> In this regard, meetings are held between the Commission and civil society organizations involved with Human Rights protection, as happened, for example, in the site visits paid in Brazil in 1995, Bolivia and Columbia in 1997, Guatemala in 1998, Argentina, Haiti and México in 2002.

<sup>60</sup> There are a number of cases showing the significance of NGOs' actions as petitioners in the Commission, by helping victims' claims to be attained without needing to have recourse to the Interamerican Court. In this regard, the case of the Castrated Boys of Maranhão against Brazil (Cases 12,426 and 12,427, Amicable Solutions, March 15, 2006), the case of Sergio Schiavini and María Teresa Schnack de Schiavini against Argentina (Case 12,080, Amicable Solution, October 27, 2005), the case of Paulina del Carmen Ramirez Jacinto against Mexico (Petition 161-02, Amicable Solution, March 9, 2007) and the case of Alejandra Marcela Matus Acuña and others against Chile (Case 12.142, Mérito, October 24, 2005).

<sup>61</sup> Participation by International Amnesty and Rights International as *amicus curiae* was noticed in the case Benavides Cevallos Vs. Ecuador; also International Human Rights Law in the Case of Gangaram Panday Vs. Surinam and in the Case of Barrios Altos Vs. Peru.

On that occasion, a number of NGOs offered their points of view as friends of the Court, such as the International Human Rights Law Group, International League for Human Rights and the Lawyers Committee for International Human Rights, which led to an important precedent being established. Since then, several moves forwards and backwards have taken place in dealing with the matter<sup>62</sup>, but the importance of these organisations' work cannot be neglected.

Since the first litigation case (Velazquez Rodriguez), the Court has received several *amicus curiae* letters from NGOs such as Amnesty International and the Lawyers Committee for Human Rights. However, mention of the NGOs' performance as *amicus curiae* is limited just to receipt of such letters being recorded in the body of the sentence, with no real analyses or references to each one's particular text. As true trial parts, the letters are submitted to court for admissibility.

The NGOs' work is being enlarged, but only after going deeper into the performance of individuals in the litigation sphere, following significant modifications in regulations, which enables oral and written arguments to be presented in parallel with those presented by the Commission. As the victims' lawyers are on countless occasions tied to these organizations, the possibility for them to make themselves heard is enlarged<sup>63</sup>.

### **Final Considerations**

Participation by Civil Society in government spheres has been broadly debated among Law and International Relations scholars. In this regard, there are several currents explaining this movement, and they go from the approach to global governance through to explanations of a sociological or structural nature. In the scope of this paper, it has been proposed that the relationship between NGOs and the State be tackled specifically. Although it is central to understanding the problem, this relationship, as has been set out, is still neglected or relegated by a large part of traditional approaches.

An analysis model was therefore drawn up based on two independent variables, as follows: legitimacy and the international normative system. According to the argument, dissemination of the notion that Civil Society should take an active part in formulating public policies created a demand for state action legitimacy. The NGOs set themselves up as a response to the transparency and accountability problem in decision-making procedures, inasmuch as the presence of a third party with different interests from the States' would be able to confer credibility on them. In this regard, there was what was called a "first generation" demand in the State-NGO relationship. In a way, this had

---

62 See, for example, decisions OC-16/99; OC-17/02; OC-18/03 and OC-19/05.

63 See, for example, the penal case of Miguel Castro vs. Peru in 2006, in which the sentence bore in mind the petitioner's thesis, changing the trial's direction. In Brazilian cases, NGOs' action is also seen to be relevant. See Ximenes Lopes (2003) and Gilson Nogueira de Carvalho (2005), in which Brazil was nevertheless, not convicted.

been satisfactorily solved inasmuch as action by Third Sector organizations had been institutionally acknowledged and incorporated, mainly by United Nations agencies.

This environment, relatively stable and favourable for the NGOs to act, nevertheless stirred their number to new growth, and this time it was accompanied by diversification of their objectives, functions and activities. From that moment on, their role ceased to be one of just monitoring and aiding in formulating and implementing policy procedures. Many of them are financially autonomous, and capable of creating and carrying out their own programs, with certain autonomy in relation to the state sphere. This setting brought tension between the resulting material needs and the normative framework intended to regulate the issue. In this regard, a problem was perceived to be of two different natures. On the one hand, the NGOs started to pressure for legal modifications providing them with more instruments to act with increasing autonomy in relation to the State. In turn, their new activities meant that their effectiveness was put to the test. As a result, their legitimacy had become a problem, and a demand was created for mechanisms capable of conferring transparency and accountability on their own decision-making mechanisms, to be created. From this context, a different set of demands arises, which have not yet been satisfactorily assimilated and responded to by the international normative system.

Tension from recent developments resulting from NGOs' actions, pervades an uncertain scene, in which their existence can prove beneficial or extremely compromising. So, as a suggestion for a future survey agenda, the main chances and risks of the NGOs were mapped out. Their later development can provide relevant insights into the best way the issue is to be dealt with.

Lastly, an overview of NGOs' actions in two of the Americas' main regional organizations, MERCOSUR and OAS, is taken. From this analysis, the conclusion was that, in the case of OAS, its greater participation is due, on the one hand, to its defining Human Rights as its central objective and, on the other hand, to a normative framework that assimilates Civil Society demands much more consistently.

#### REFERENCES

- ABASOK, Tany, ILCAN, Suzan, *In the Name of Human Rights: Global Organizations and Participating Citizens in Citizenship Studies*, Vol.10, No 3, Julho 2006.
- ABRAMSON, Wendy B. *Partnerships between the Public Sector and Non-governmental Organizations: Contracting for Primary Health Care Services: A State of the Practice Paper*. No. HRN-C-95-00024, in partnership with the Latin America and Caribbean Health Sector Reform Initiative.
- BEBBINGTON, Anthony. *NGOs and uneven development: geographies of development intervention*. *Progress in Human Geography* 28,6 (2004) pp. 725-745.
- BEETHAM, D. *The Legitimization of Power*. London: Macmillan, 1991
- BELSHAW, Deryke; *Enhancing the Development capabilities of civil society organisations in Transformation* Vol. 23, No 3, Julho 2006
- BLANCO, Hernán. *Sustainability impact assessment of trade policy and its application in the context of Latin America*. Impact Assessment and Project Appraisal, volume 24, number 4, pages 285-297, Beech Tree Publishing, 2006.
- BODANSKY, Daniel, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, *American Journal of International Law*, 93, n.3, July 1999, pp. 596-624.
- BREEN, Claire. *Rationalising the work of UN Human Rights Bodies or Reducing the input of NGOs? The changing role of Human Rights NGOs at the United Nations*. *Non-State Actors and International Law* 5: 101-126, 2005.
- BROWN, David S. BROWN, J. Christopher. DESPOSATO, Scott W. *Promoting and Preventing Political Change through Internationally Funded NGO Activity*. *Latin American Research Review*, Vol. 42, No. 1, University of Texas Press, 2007.
- BROWN, L. David, TIMMER, Vanessa ; *Civil Society Actors as Catalysts for Transnational Social Learning in Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, Vol.17, No.1, Março 2006.

- BUCHANAN and KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*. EIA, n.43, 2006, pp.405-437.
- BUERGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Claudio, NIKKEN, Pedro - *Manual Internacional de Derechos Humanos* 1ª ed, Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1990, 194 p.
- BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas: Cases and Materials*. 4ª ed, Strasbourg: N.P.Engel Publisher, 1995, 692 p.
- BURCHELL, Jon; COOK, Joanne. *Assessing the impact of stakeholder dialogue: changing relationships between NGOs and companies*. *Journal of Public Affairs*: 210-227 (2006) Published online in Wiley InterScience.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Direitos Humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*. In.: In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. 1ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 423p.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto - *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos* 1ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 1991, 742 p.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*. 1ª ed, San José de Costa Rica: Friedrich Naumann - Stiftung, 1992, 358 p.
- CLARK, I. *Legitimacy in a Global Order*, Review of International Studies, 29, 2003, pp. 75-96;
- COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*. Tilburg University – Political Studies Review: 2005 Vol.3, 175-192.
- DURAN, Carlos Villan - *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* 27ª Sessão de Ensino, Strasbourg: Instituto Internacional dos Direitos do Homem, 1996, 451 p.
- FRANGONIKOLOPOULOS, Christos A. *Non-governmental Organisations and Humanitarian Action: The Need for a Viable Change of Praxis and Ethos*. Global Society, Vol. 19, No. 1, January, 2005.
- EDWARDS, M, and HULME, D. (eds), *Non-Governmental Organizations – performance and accountability: beyond the magic bullet*. London: Earthscan, 1995.
- EDWARDS, M, and HULME, D., *NGO Performance and Accountability: Introduction and Overview*. In.: EDWARDS, M., and FOWLER, A. (eds), *The Earthscan Reader on NGO Management*, London: Earthscan, 2002, pp.187-203.
- ESTEVES, Paulo L. *Governança Global: Ordem e Justiça na Sociedade Internacional*. In.: ESTEVES, Paulo L. Instituições Internacionais: Segurança, Comércio e Integração. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2003.
- Financial Times. *People First*. Sept. 22th, 1999, p.13.
- FRANCK, Thomas, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York: Oxford University Press, 1990
- FOUCAULT, Michel. *Governmentality*. In.: The Foucault Effect: Studies in Governmentality. BURCHELL et al (ed.). Chicago University Press, 1978.
- GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O. & SLAUGHTER, Anne-Marie. *Introduction: Legalization and World Politics*. *Interantional Organization* vol.54, issue3, Summer 2000, p.385-399.
- HAIGH, Martin J. *Promoting Environmental Education for Sustainable Development: The Value of Links between Higher Education and Non-Governmental Organizations (NGOs)*. *Journal of Geography in Higher Education*, Vol. 30, No. 2, 327-349, July 2006.
- HELD, David, and McGREW, Anthony (eds.) *Governing Globalization*, London: Polity Press, 2002.
- ILCAN, Suzan, LACEY, Anita; *Governing through Empowerment: Oxfam's Global Reform and Trade Campaigns in Globalizations*, Vol. 3, No 2, Junho 2006.
- KALB, Johanna. *The Institutional Ecology of NGOs: Applying Hansmann to International Development*. University of Taexas at Austin School of Law Publications. *Texas International Law Journal* VOL. 41:297.
- KAGAN, R. *America's Crisis of Legitimacy*, Foreign Affairs, March/April, pp.65-87.
- KECK e SIKKING, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca: Cornell University Press, 1998.
- KEOHANE, R; and NYE, J. *Power and Interdependence: world politics in transition*, New York: Longman, 1989.
- KEOHANE, R., and NYE, J. *Introduction*. In.: NYE, Joseph S., and DONAHUE, John D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington: Brookings Institution Press, 2000.
- KERLIN, JanelleA. *Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences*. *Voluntas* 17:247-263.DOI10.1007/s11266-006-9016-2, 2006.
- KU, Charlotte. DIEHL, Paul F. *Filling In the Gaps: Exrasytemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System*. In.: *Global Governance* 12, 161-183, 2006.
- LEROUX, Nicolas. *NGOs at the World Court - Lessons from the past*. Koninklijke Brill NV. *International Community Law Review* 8: 203-221, 2006.
- LEWIS, D.; WALLACE, T. (eds), *New roles and Relevance: Development NGOs and the Challenge of Change*, Hartford: Kumarian Press, 2000.
- LISCHER, Sarah Kenyon. *Military Intervention and the Humanitarian "Force Multiplier"*. *Global Governance* 13 (2007), 99-118.
- MARTENS, Kerstin; *Professionalized Representation of Human Rights NGOs to the United Nations in The International Journal of Human Rights*, Vol.10, No.1, Mach 2006.
- MASSOUD, Mark F. *The Influence of International Law on Local Social Movements*. PEACE & CHANGE, Vol. 31, No. 1, January 2006.
- MAWDSLEY, Emma. TOWNSEND, Janet G. PORTER, Gina. *Trust, accountability, and face-to-face interaction in North-South NGO relations*. *Development in Practice*, Volume15, Number1, 2005.
- MAYHEW, Susannah H.; *Hegemony, Politics and Ideology: the Role of Legislation in NGO Government Relations in Ásia* in *Journal of Development Studies*, Vol. 41, No 5, 2005.
- MILLS, Alex; JOYCE, Daniel. *Non-governmental Organisations and International Norm Transmission on the Fault Lines of the International Order*. *Cambridge Review of International Affairs*, Volume 19, Number 1, March 2006.
- MILNER, Helen. *Interests, Institutions and Information: Domestic Politics and International Relations*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997.
- MURPHY, Jonathan. *The World Bank, NGOs, and Civil Society: Converging Agendas? The Case of Universal Basic Education in Niger*. *Voluntas: International Journal of Voluntary and Non profit Organizations*. Vol.16, No.4, DOI:10.1007/s11266-005-9147-x, 2005.

- NYE, Joseph S., and DONAHUE, John D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington: Brookings Institution Press, 2000.
- OPPENHEIMER, Michael. *Science and Environmental Policy: The Role of Nongovernmental Organizations*. Social Research Vol 73 : No 3 : Fall 2006.
- PELLET, Alain. *The normative dilemma: Will and consent in International law-making*. In: The Australian Year Book of International Law. V.12. Australian National University, 1992. p.22-53.
- PELLET, Alain. *As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos "Macrojurídicos"*. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 3- 25.
- PISHCHIKOVA, Kateryna . *The Promise of Transnational NGO Dialogue: The Argument and the Challenges*. Cambridge Review of International Affairs, Volume 19, Number1, 2006.
- PRADO, Fabrício Araújo. *Dos Direitos Humanos e as Organizações Não Governamentais: Casamento marcado?* apud OLIVEIRA, Márcio Luis de - coordenador e colaborador. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos - Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RADIN, Beryl A. *Performance Measurement and Global Governance: The Experience of the World Bank*. Global Governance 13 (2007), 25-33.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos Casos Contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 1ª ed, São Paulo: Max Limonad, 2001, 573p.
- REIMANN, Kim D. *A View from the Top: International Politics, Norms and the Worldwide Growth of NGOs*. Georgia State University. International Studies Quarterly (2006) 50, 45–67.
- RON, James, RAMOS, Howard, RODGERS, Athleen; *Transnational Information Politics: NGO Human Rights Reporting, 1986–2000 in International Studies Quarterly* Vol. 49, 2005.
- ROSENAU, James. *Toward an Ontology for Global Governance*. In.: Approaches to Global Governance Theory, HEWSON and TIMOTHY (eds) 1999. New York: State U. N. Y. Pres.
- ROSENAU, James, *Governance in a New Global Order*, 2002; In.: HELD, David, and MCGREW, Anthony (eds.) *Governing Globalization*, London: Polity Press, 2002.
- RUBAGOTTI, Gianluca. *Non-Governmental Organisations and the Reporting Obligation under the International Covenant on Civil and Political Rights*. Non-State Actors and International Law 5: 59-75, 2005.
- SENDING, Ole Jacob. NEUMANN, Iver B. *Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power*. Norwegian Institute of International Affairs. International Studies Quarterly 50,651–672, 2006.
- SHAFIR, Gershon, BRYSK, Alison; *The Globalization of Rights: From Citizenship to Human Rights in Citizenship Studies*, Vol.10, No.3, July 2006.
- SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*. In.: EVANS, Malcolm D. International Law. Oxford: University Press, 2003.
- SIMPSON, George. *Waiting for a Breakthrough – Transnational NGO Builds Human Rights through culture*. UN Chronicle No. 4, 2006.
- SLIM, Hugo, *By what authority? The Legitimacy and accountability of non-governmental organizations*, paper presented at the International Council on Human Rights Policy, International Meeting on Global Trends and Human Rights – Before and After September 11, Geneva, 10-12 January, 2002.
- SMYTHE, Elizabeth. SMITH, Peter J. *Legitimacy, Transparency, and Information Technology: The World Trade Organization in an Era of Contentious Trade Politics*. Global Governance 12 , 31-53, 2006.
- TUSSIE, *Novos Procedimentos e Velhos Mecanismos: a governança global e a sociedade civil*. In.: ESTEVES, Paulo L. Instituições Internacionais: Segurança, Comércio e Integração. Belo Horizonte: Editora Pue Minas, 2003.
- WALSH, Eoghan; LENIHAN, Helena. *Accountability and effectiveness of NGOs: adapting business tools successfully*. Development in Practice, Volume 16, Number 5, August 2006.
- WALTZ, Kenneth N. *Theory of International Politics*, 1979.
- WARD, Thomas J. *The Political Economy of NGOs and Human Security*. International Journal on World Peace Vol. XXIV No. 1 March 2007.
- WILLETTTS, Peter; *The Cardoso Report on the UN and Civil Society: Functionalism, Global Corporatism, or Global Democracy?* in: Global Governance; Vol. 12, No. 3, July – Sep. 2006.
- WISMER, Peter; *Bring Down The Walls!—On the Ever-increasing Dynamic between the National and International Domains in Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No 3, Sep. 2006.
- WOODWARD, B.K.; *Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues in International Community Law Review*, Vol. 8, Nov. 2006.
- WTO and Relations with Non-Governmental Organizations/Civil Society, 2001 ([http://www.wto.org/english/forums\\_e/ngo\\_e/intro\\_e.htm](http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/intro_e.htm)).
- YANACOPULOS, Helen. *The strategies that bind: NGO coalitions and their influence*. Global Networks 5, 1 (2005) 93–110. ISSN 1470–2266. Blackwell Publishing Ltd & Global Networks Partnership, 2005.

# A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro

EDUARDO GREBLER\*

## Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar os tribunais penais atualmente em atividade com foco na atuação do Ministério Público nestes. O Tribunal Penal para Antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal para Ruanda, com atividades estabelecidas já há mais tempo e apesar de questionamentos acerca de sua jurisdição, permitiram um debate mais profundo sobre o tema. Por fim, considerações embrionárias serão feitas sobre o recém criado Tribunal Penal Internacional, seu aspecto de jurisdição permanente e, principalmente, as atividades da Procuradoria neste.

## Abstract

The article is aimed on analysing the criminal courts currently under activity, focused on the Prosecuting Counsel performance. The Criminal Court for the Former Yugoslavia and the Criminal Court for Rwanda, whose activities have been established for a longer period, and despite the existent questioning on their jurisdiction, elicited a deeper debate on this topic. Finally, embrionic considerations will be done on the recently created International Criminal Court, its feature of permanent jurisdiction and, mainly, the Prosecuting Counsel activities inside it.

## I – Introdução

Até junho de 2007, 70 países haviam adotado a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (“Convenção”)<sup>1</sup>, elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) para reger o comércio internacional de mercadorias entre partes situadas em diferentes Estados nacionais<sup>2</sup>.

Em vigor desde janeiro de 1988, quando aderiram a ela os onze primeiros Estados, a Convenção congrega países de todos os matizes culturais e políticos e em diferentes estágios de desenvolvimento econômico. São signatários da Convenção praticamente

\* Professor de Direito Internacional Privado da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas; membro brasileiro da Corte Permanente de Arbitragem da Haia; Presidente do ramo brasileiro da *International Law Association*

1 1489 U.N.T.S. 3

2 Para a lista atualizada de países signatários, ver <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

todos os países da União Européia (com exceção do Reino Unido), da América do Sul (Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela – esta última ainda não ratificou), todos os da América do Norte (Canadá, Estados Unidos, México), os grandes exportadores asiáticos (por exemplo a China, Coréia e Cingapura) e mesmo Cuba.

A Convenção representou a última etapa do esforço de unificação do direito sobre a compra e venda internacional de mercadorias, iniciado em 1930 pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). Esse propósito, temporariamente prejudicado pela Segunda Grande Guerra, foi retomado ao início da década de 1960 com a celebração de duas convenções preparadas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: uma sobre a formação dos contratos de venda internacional e outra sobre a compra e venda propriamente dita. Entretanto, esses instrumentos não obtiveram adesão ampla, por refletirem institutos jurídicos dos países de tradição romano-germânica mais do que daqueles que seguem o sistema da *common law*.

Verificada a falta de adesão de um número significativo de países, decidiu a UNCITRAL - então uma agência das Nações Unidas recém instalada - adotar como uma de suas primeiras missões a revisão e reconstrução dos textos das Convenções elaboradas em 1964. O trabalho teve início em 1968 e foi concluído em 1980, unificando num só texto as duas convenções anteriores e dando-lhe uma nova feição.

Quando o texto da Convenção foi concluído, em 1980, a globalização não era, ainda, o fenômeno abrangente em que mais tarde veio a se transformar. Entretanto, o ritmo de crescimento do comércio internacional já era tão significativo que impôs a criação de uma base jurídica comum sobre a venda internacional de mercadorias, de modo a superar - ou ao menos diminuir - as diferenças existentes entre os sistemas de direito civil e da *common law*, entre as práticas comerciais dos países mais desenvolvidos e daqueles em desenvolvimento, e entre os países então chamados capitalistas e aqueles de economia centralmente planificada.

Desde a sua concepção, pois, a Convenção deveria constituir um instrumento do “direito internacional positivo”, com a mais ampla aplicação mundial. Para alcançar este objetivo, seus redatores abraçaram a missão de produzir um texto aceitável para o maior número possível de países, mesclando soluções que fizeram da Convenção um texto jurídico de fonte plurinacional.

O Brasil ainda não figura entre os países que subscreveram a Convenção. Os motivos pelos quais nosso país até agora se absteve de aderir a esse instrumento de uniformização do direito não foram oficialmente divulgados. Contudo, é voz corrente entre os internacionalistas brasileiros que, assim como ocorreu em diversos países, o desinteresse na Convenção resulta de uma combinação de fatores difusos, alguns dos quais de cunho jurídico, mas principalmente da atitude da comunidade jurídica brasileira, do meio empresarial e do nosso Governo.



## II – A Visão Nacional do Direito Internacional

Na maioria dos países, a comunidade jurídica nacional tende a usar suas próprias leis como paradigma para a análise de instrumentos normativos internacionais. Essa análise se dá pela confrontação dos dispositivos do tratado com os do direito nacional<sup>3</sup>, de modo a pôr em evidência as discrepâncias entre as respectivas normas e compreender a ideologia que inspirou a redação do instrumento, em comparação com os *standards* em uso no seu próprio sistema legal.

Contudo, no caso de tratados internacionais de caráter normativo de direito privado, como é o caso da Convenção, uma abordagem meramente comparativa pode se revelar inadequada se não levar em conta o fato de que, conforme as regras de direito internacional privado, o direito substantivo aplicável a determinado negócio jurídico nem sempre será o direito nacional.

Com efeito, as regras que regem um contrato internacional normalmente são de direito estrangeiro pelo menos para uma das partes, quando não para ambas. Isto se deve ao fato de que a determinação do direito aplicável ao contrato resulta da norma sobre conflito de leis vigente no foro onde a ação for proposta, ou da vontade das partes quando essas normas admitirem a livre escolha da lei de regência do contrato.

É provável que cada uma das partes prefira seu próprio direito para reger o negócio, em face do maior conhecimento e familiaridade da parte com suas próprias leis, além de um certo grau de desconfiança em relação a padrões legais estrangeiros<sup>4</sup>. Contudo, ao menos uma delas terá que se submeter a um direito que não o seu próprio direito nacional, seja por força das normas de direito internacional privado aplicáveis, seja pelo maior poder de barganha da outra parte quando for possível a escolha por elas.

Logo, é inteiramente equivocado supor que um Estado consiga preservar a aplicação de seu direito nacional simplesmente por não aderir a um instrumento normativo internacional como a Convenção. De fato, em vista das considerações acima, não é possível afirmar com certeza que o direito nacional de determinado país será sempre aplicável às transações comerciais que envolverem os seus nacionais, pois a decisão sobre o direito aplicável nem sempre será tomada pelos seus tribunais.

Sem perder de vista essa circunstância, a comparação entre os dispositivos da Convenção e os seus equivalentes no direito brasileiro dos contratos é um

3 Ver inter alia Lansing, Paul & Hauserman, Nancy R. A Comparison of the Uniform Commercial Code to UNCITRAL's Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 6 North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulation (1980), 63-80; Crawford, B. Blair. Drafting Considerations Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 Journal of Law and Commerce (1988), pp. 187-205; Gartner, Anette. Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special Reference to German Law, Kluwer Law International (2000-2001), pp. 59-81; McMahon, John. When the U.N. Sales Convention Applies and Some of the Reasons Why it Matters to You and Your Clients, (1996), disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gartner.html>; Ziegel, Jacob B. The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law, disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Ziegel.html>; Williams, Allison E. Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on International Sales Law in the United Kingdom, Kluwer Law International (2000-2001), pp. 9-57; Killian, Monica. CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions, 10-2 J. Transnational Law & Policy 217-243.

4 Sobre a desconfiança dos juristas anglo-saxônicos no século XII em relação às leis estrangeiras e seu orgulho sobre suas próprias leis, ver Constantinesco, L.-J. Traité de droit comparé, L.G.D.J., 1972, tomo 1, pp. 73-74.



exercício válido, com o propósito de assinalar as diferenças existentes e avaliar se tais diferenças tendem, ou não, a dificultar ou a impedir a coexistência das normas nacionais e internacionais dentro do sistema jurídico brasileiro.

Em face disto, alguns dos dispositivos da Convenção tidos como de especial importância nos contratos de venda internacional de mercadorias serão apresentados ao lado das normas correspondentes do direito brasileiro sobre os contratos de compra e venda, de modo que se possam extrair conclusões a respeito de suas convergências ou divergências.

### **III – O Direito Brasileiro Atual sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias**

Um primeiro aspecto a considerar é que o direito brasileiro não contém regras de direito material específicas para os contratos de venda internacional de mercadorias, distintas das normas aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito interno do país. O sistema brasileiro adotou uma visão unitária do direito contratual, tratando de igual modo os contratos celebrados entre partes domiciliadas no mesmo país e aqueles celebrados entre partes situadas em países diferentes. Nem no Código Civil de 1916 nem no de 2002, e tampouco no Código Comercial de 1850, há qualquer disposição endereçada especialmente ao contrato internacional.

Decorre disto que, quando o direito brasileiro for aplicável a uma relação contratual qualquer, ainda que ajustada entre partes domiciliadas em país estrangeiro, as regras do Código Civil são as que regerão o contrato, às quais se somarão, em caráter apenas subsidiário, os usos do lugar de sua celebração<sup>5</sup> naquilo que não contrariar o direito positivo brasileiro.

Outro aspecto digno de nota é que, com a entrada em vigor do novo Código Civil em janeiro de 2003, o direito brasileiro dos contratos sofreu recente modernização. A nova lei civil substituiu tanto o Código Civil de 1916 como o Código Comercial de 1850, ambos obsoletos diante das profundas modificações ocorridas ao longo do século passado nas relações sociais e econômicas na sociedade brasileira. Durante a longa vida dos dois códigos revogados, centenas de modificações foram introduzidas neles e outras centenas de leis especiais foram promulgadas, lidando com uma multiplicidade de aspectos das relações sociais, em matérias tais como direito de família, propriedade intelectual, direitos reais, responsabilidade civil e empresas, para citar apenas algumas. Apesar disto, os princípios do direito dos contratos no campo da compra e venda permaneceu basicamente intocado por toda a vida do velho Código Civil (salvo pela notável exceção do Código de Defesa do Consumidor, de 1990)<sup>6</sup>.

O novo Código Civil introduziu novos conceitos no direito brasileiro dos contratos. Duas cláusulas gerais (*Generalklauseln*)<sup>7</sup> merecem menção especial,

<sup>5</sup> Código Civil, art. 113.

<sup>6</sup> Lei n. 8.078, de 11/9/1990.

<sup>7</sup> Ver Nery Junior Nelson. *Contratos no Código Civil – apontamentos gerais*, in Martins Filho, Ives Gandra da Silva & Mendes, Gilmar Ferreira & Franciulli Neto, Domingos, coord., *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, (2003), pp. 408-412.

porque não existiam no antigo Código Civil nem na legislação extravagante sobre direito civil e comercial: uma que declara que a liberdade de contratar tem por base e por limite a *função social do contrato*<sup>8</sup>, e a outra que estabelece que, na celebração e na execução do contrato, as partes devem observar os princípios da honestidade e da boa-fé<sup>9</sup>. Como corolário da primeira cláusula geral, entende-se que nenhum contrato valerá se contrariar a função social da propriedade e do contrato, o que se considera matéria de ordem pública<sup>10</sup>. O corolário da segunda cláusula geral é que o conceito de boa-fé objetiva foi erigido em requisito de todo negócio jurídico regido pelo direito brasileiro<sup>11</sup>.

A partir do que acima se disse, pode-se concluir que a autonomia da vontade deixou de ser considerada como um princípio sacrossanto do direito brasileiro dos contratos. A noção de *justiça contratual* superou o individualismo jurídico, anteriormente a fonte exclusiva das obrigações contratuais, prevalecendo atualmente sobre a aplicação absoluta do antigo princípio *pacta sunt servanda*, como já faziam as leis de vários outros Estados<sup>12</sup>.

Ainda na esteira da atualização, o novo Código Civil introduziu no direito positivo brasileiro os conceitos da *lesão*<sup>13</sup> e da *onerosidade excessiva*<sup>14</sup>, que os tribunais e a doutrina brasileiros já haviam adotado como transplantes dos direitos de outros países (tais como França, Itália, Alemanha, Espanha, Estados Unidos, Chile, Inglaterra), presente também nos Princípios sobre os Contratos Comerciais do UNIDROIT<sup>15</sup>.

Contudo, do ponto de vista metodológico e estrutural, o Código Civil de 2002 não se afastou muito do modelo de 1916. A estrutura das normas no velho e no novo códigos obedece a um padrão semelhante, distribuindo-se essencialmente nos mesmos capítulos e seções - Disposições Gerais e Cláusulas Especiais, incluídas nestas a Retrovenda, Venda a Conto, Preempção ou Preferência. Foram inseridas no novo Código regras sobre Venda com Reserva de Domínio e Venda sobre Documentos, e suprimidas normas anteriormente existentes sobre Pacto de Melhor Comprador e Pacto Comissório. Entretanto, igualam-se o Código velho e o novo na técnica de construção dos dispositivos, com uso dos mesmos *conceitos legais indeterminados (unbestimmte Gesetzbegriffe)*<sup>16</sup>, preferindo enunciar hipóteses a estabelecer comandos específicos sobre os direitos e as obrigações de comprador e vendedor, e utilizando linguagem distanciada do modo de expressão comum.

Para além de serem características da cultura jurídica de cada país, as normas de direito interno sobre contratos são redigidas no idioma nacional. No caso brasileiro, a originalidade

8 Código Civil, artigo 421.

9 Código Civil, artigo 422.

10 Código Civil, artigo 2.035, parágrafo único.

11 Sobre a visão tradicional dos juristas e da lei brasileira sobre a boa-fé, ver Martins-Costa, Judith. *Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional na Convenção de Viena de 1980*, Revista de Informação Legislativa, a. 32, n. 126, abr./jun. 1995, p. 115-136, publicado também em <http://www.ufr.br/cisgbrasil/costa.html>.

12 As leis nacionais de Portugal, Alemanha, Itália, Hungria, Polónia, Noruega, Suíça, Grécia, Argentina, entre outras, admitem o ajustamento de transações contratuais, com base na regra de que a boa-fé deve presidir a formação bem como a execução dos acordos. Ver Borges, Nelson. *Da Cláusula 'Rebus Sic Stantibus e a Teoria da Imprevisão'*, Coimbra (1988).

13 Código Civil, artigo 157.

14 Código Civil, artigo 478.

15 Princípios do UNIDROIT, artigos 3.10 e 6.2.

16 Cf. Nery Junior, Nelson. *Contratos no Novo Código Civil – Apontamentos Gerais*, op. cit., p. 406.

do idioma português em face de outros mais disseminados no comércio internacional dificulta seu conhecimento pelas partes estrangeiras, trazendo como consequência certa resistência para a sua aceitação por partes que não dominam o nosso idioma.

Esses fatores repercutem sobre a posição dos agentes econômicos brasileiros no comércio internacional, pois implicam a virtual impossibilidade de adoção voluntária das leis brasileiras para reger contratos de compra e venda com partes estabelecidas em outros países. A prática dos contratos internacionais demonstra que, mesmo quando é possível a escolha do direito aplicável – como se passa na maioria dos países (inclusive no Brasil, quando se tratar de solução de controvérsias por meio de arbitragem) –, o direito brasileiro raramente é adotado pelas partes como a lei do contrato.

Diante dessa rejeição das leis brasileiras para regular o contrato internacional de compra e venda, duas possibilidades se apresentam: submeter o contrato ao direito de país estrangeiro - normalmente desconhecido da parte situada no Brasil, analogamente ao que acima se descreveu em relação ao direito brasileiro -, ou submetê-lo a um instrumento normativo internacional como a Convenção, previamente conhecido e uniformemente aplicável em grande número de países.

#### **IV – Dispositivos Relevantes da Convenção**

A Convenção contém 101 artigos, divididos em quatro partes. A Parte I trata do seu campo de aplicação e disposições gerais, a Parte II contém normas sobre a formação do contrato, a Parte III versa os direitos e obrigações do vendedor e do comprador, e a Parte IV trata das obrigações dos Estados uns perante os outros. A Convenção pode ser adotada pelos Estados signatários seja no seu todo, seja apenas nas regras sobre formação dos contratos (Parte II), seja ainda somente nas regras sobre direitos e obrigações das partes (Parte III).

Do ponto de vista espacial, a Convenção se aplica não somente quando ambas as partes contratantes tiverem seus estabelecimentos em Estados que sejam signatários dela, mas também quando apenas um desses países a tiver subscrito mas, de acordo com as normas de direito internacional privado, a lei aplicável ao contrato for a sua. A nacionalidade das partes é irrelevante para caracterizar a internacionalidade do contrato, levando-se em consideração apenas o fato de as partes terem seus estabelecimentos em Estados diferentes. É igualmente irrelevante que a transação tenha caráter civil ou comercial<sup>17</sup>.

Do ponto de vista material, a própria Convenção exclui de sua aplicação as relações de consumo, assim como a aquisição de mercadorias em hasta pública e em procedimentos executórios, bem como de valores mobiliários, títulos de crédito, moeda e eletricidade, navios, barcos e aeronaves.<sup>18</sup> As próprias partes podem também excluir a aplicação da Convenção ao contrato que celebram, no todo ou em parte<sup>19</sup>.

Alguns dos dispositivos da Convenção que têm provocado debates entre estudiosos e praticantes do direito comercial internacional, quando chamados a redigir, negociar

---

<sup>17</sup> Convenção, Artigo 1.

<sup>18</sup> Convenção, Artigo 2.

<sup>19</sup> Convenção, Artigo 6.

ou patrocinar litígios sobre contratos de venda internacional de mercadorias, versam aspectos da (a) formação do contrato, (b) determinação do preço, (c) prorrogação do prazo de cumprimento das obrigações, (d) violação essencial do contrato, e (e) execução específica de obrigações inadimplidas. Estas questões são a seguir examinadas em maior detalhe.

### **A - Formação do Contrato**

No tocante à formação do contrato, a Convenção dispõe que “*para constituir oferta, a proposta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação.*”<sup>20</sup> Além disto, diz ainda que “*a proposta que não for dirigida a uma ou mais pessoas determinadas será considerada apenas um convite para a apresentação de ofertas, salvo se o contrário houver sido claramente indicado pelo autor da proposta.*”<sup>21</sup>

Em outras palavras, não será tida como apta para criar obrigações para o proponente a manifestação lançada ao público em caráter geral, sem especificar seu destinatário (como em folhetos, anúncios, malas diretas, catálogos, etc.); e mesmo que especifique destinatários, para que seja considerada como oferta a manifestação deve implicar a intenção do proponente de se obrigar.

O tratamento restritivo dado pela Convenção à proposta inespecífica ou genérica, considerando-a insuficiente para permitir a formação do contrato de venda, equivale ao que se encontra nos direitos nacionais de países de tradição civilista como França, Alemanha, Suíça, Itália e Polônia, mas também de raiz consuetudinária, como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Nova Zelândia, Índia e República Sul-Africana. Segundo as leis desses países, a comunicação ao público e a proposta a destinatários inespecíficos constituem mero incitamento para que formulem suas ofertas, salvo se nela estiver claro o intento de se obrigar.<sup>22</sup>

A abordagem da Convenção à formação do contrato na oferta ao público parece conflitar com as regras correspondentes do Código Civil brasileiro. Este último estabelece que “*a oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias e dos usos*”<sup>23</sup>. Esta norma, inexistente no Código de 1916, inspirou-se claramente no Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup> e acabou por se espalhar para todos os gêneros de contratos a partir de sua incorporação ao Código Civil de 2002. Ainda não se conhecem pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a extensão que se deva atribuir ao art. 429 do Código Civil, mas a interpretação literal da lei sugere que aquilo que na Convenção constitui a regra no Código Civil é a exceção, e vice-versa.

20 Convenção, Artigo 14(1).

21 Convenção, Artigo 14(2).

22 Cf. Honnold, John. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 195 (1991).

23 Código Civil, Artigo 429.

24 Código de Defesa do Consumidor, Art. 30.

Uma interpretação finalística da norma da Convenção é de que, no contexto do comércio internacional - no qual os participantes não são hipossuficientes, mas sim empresas aptas a identificar o conteúdo das manifestações e as responsabilidades que delas derivam para cada parte - a proposta feita a destinatário inespecífico, ou que não revele a intenção do proponente de se obrigar, não deve, realmente, ser entendida como oferta de contrato. As diferenças lingüísticas e culturais entre as partes envolvidas em contratação internacional são, dentre outros, motivo suficiente para interpretação restritiva da manifestação de vontade de se obrigar. Por isto, a solução apresentada pela Convenção se revela mais ajustada à realidade do comércio internacional do que a do Código Civil brasileiro.

### **B – Determinação do Preço**

A questão da determinação do preço é um dos aspectos da Convenção que mais têm ocasionado controvérsias. A dúvida está em que, por um lado, exige-se como condição de validade da oferta que esta seja *suficientemente definida*, para o que é preciso que designe *“as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixe a quantidade e o preço, ou preveja meio para determiná-los.”*<sup>25</sup> Contudo, outro dispositivo da Convenção estabelece que no contrato em que *“não se tenha expressa ou implicitamente fixado o preço, ou previsto o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que os contraentes tenham implicitamente referido o preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da celebração do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio”*<sup>26</sup>.

São dispositivos que denotam certa incoerência, pois a um só tempo a Convenção estabelece a necessidade de um preço expressa ou implicitamente fixado (ou uma regra para sua determinação), mas admite como válido o contrato que não tenha preço determinado ou mesmo o critério para sua determinação, o qual será encontrado por analogia com outras transações semelhantes.

Esta contradição tem sido notada por vários comentadores, havendo interpretações discrepantes sobre a relação entre os Artigos 14(1) e 55 da Convenção<sup>27</sup>, e o debate sobre a questão está longe de ser pacificado<sup>28</sup>. Tem-se afirmado que a exigência de menção expressa ou implícita ao preço, constante do Artigo 14(1), aplica-se apenas no caso de oferta, mas não quando o contrato tiver origem em instrumento escrito, ou na conduta de cada uma<sup>29</sup>.

Argumenta-se, ainda, que a contradição ficaria afastada porque a validade do contrato deve ser aferida à luz do direito interno de cada país, e não à luz da

25 Convenção, Artigo 14(1).

26 Convenção, Artigo 55.

27 Ver Farnsworth, E. Allan. *Formation of Contract*, in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 3-1, 3.5 to 3-18 (Galston, Nina M. & Smit, Hans, eds., 1984), *apud* Killian, Monica. *CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions*, 10:2 *J. Transnational Law & Policy* 217-243, p. 237; Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrich. *International Sales Law*, pp. 208-209 (1992); Honnold, John. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 409 (1991).

28 Ver Helen Kaminski Pty. Ltd. v. Mktg. Austrl. Products, Inc., 1997 U.S. Dist. LEXIS 10630, p. \*8 (S.D.N.Y. July 21, 1997).

29 Cf. Honnold, *op. cit.*, p. 200, Eörsi, *Article 55*, in *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 31 *Am. J. Comp. L.* 333, 346 (1983), p. 407.

Convenção, pois nesta existe disposição expressa, no Artigo 4(b), de que a mesma não diz respeito à *validade do contrato ou de qualquer de suas cláusulas*<sup>30</sup>. Assim, o direito interno do país onde foi celebrado é que dirá se o contrato é ou não válido, caso o contrato não contenha menção ao preço, determinado ou determinável. Além disto, tem-se dito que os dispositivos da Convenção devem ser interpretados segundo seu sentido útil, bem como que a fixação do preço poderia se dar de forma “implícita”, isto é, admitindo-se que as partes tenham presumivelmente adotado o preço corrente da mercadoria no momento da conclusão do negócio<sup>31</sup>.

A jurisprudência dos tribunais nacionais de países signatários da Convenção, catalogada pela UNCITRAL no repertório CLOUT (*Case Law on Uncitral Texts*), mostra-se variável, ora no sentido de reconhecer a existência do contrato na ausência de acordo expresso sobre preço<sup>32</sup>, ora no sentido de negá-la<sup>33</sup>.

Curiosamente, as normas da Convenção são muito similares ao dispositivo do Código Civil brasileiro relativo à determinação do preço no contrato de compra e venda, cujo teor é igualmente controvertido. A regra geral do direito brasileiro é de que o contrato de venda se considera perfeito *desde que as partes acordarem no objeto e no preço*<sup>34</sup>. Também se admite que o preço possa ser determinado por terceiro, por bolsa de mercadorias ou aferido pelo preço de mercado em data e local definidos, ou ainda por referência a índices e parâmetros, desde que sejam suscetíveis de determinação objetiva<sup>35</sup>.

Finalmente, diz também o Código Civil que, *“convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor, aduzindo ainda que “na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio”*<sup>36</sup>. Em outras palavras, a determinação do preço estabelecida pelo Código Civil pode ser inferida por fatores outros além da vontade das partes, mesmo que não haja manifestação expressa do comprador.

Como se vê, também no direito brasileiro sobre contratos de compra e venda há contradição entre o que dizem os arts. 482 e 488 do Código Civil – o primeiro exigindo o acordo das partes a respeito do preço, o segundo admitindo que a venda seja convencionada sem fixação de preço. Parece ser esta uma conseqüência da dinâmica dos negócios no mundo contemporâneo, em que a manifestação de vontade das partes deixa de ser marcada pela sacralidade e pelo rigor formal que a caracterizaram ao longo dos tempos, passando-se a permitir a descoberta dessa vontade por inferência das circunstâncias.

30 Convenção, Artigo 4 (b).

31 Ver Garro, Alejandro. *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in 23 *International Lawyer* (1989) 443-483.

32 Cf. CLOUT Caso n. 217 (Suíça), CLOUT Caso n. 106 (Áustria), CLOUT Caso n. 158 (França).

33 Cf. CLOUT Caso n. 121 (Alemanha), CLOUT Caso N. 53 (Hungria), CLOUT Caso n. 139 (Rússia).

34 Código Civil, Artigo 482.

35 Código Civil, Artigos 485, 486 e 487.

36 Código Civil, Artigo 488.

### C - Prorrogação do Prazo para Cumprimento

A prorrogação do prazo para cumprimento das obrigações contratuais foi uma das inovações introduzidas pela Convenção, ao estabelecer, tanto para o comprador como para o vendedor, a possibilidade de conceder um ao outro um *prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações*<sup>37</sup>.

Há um duplo propósito na concessão do prazo adicional: primeiramente, serve para evitar uma rescisão abrupta do contrato devido à falta de cumprimento do prazo inicialmente estabelecido para a execução das obrigações por qualquer das partes<sup>38</sup>, o que poderia constituir tratamento excessivamente rigoroso, no caso de atraso de menor significado, com implicações onerosas e indesejáveis em transações internacionais. Em segundo lugar, permite caracterizar com nitidez a ocorrência de uma violação essencial ao contrato, que de outra forma poderia estar sujeita a dúvida, já que o simples descumprimento do prazo inicialmente estabelecido para a obrigação nem sempre será considerado suficiente para desencadear a rescisão do contrato<sup>39</sup>.

A origem dessa norma da Convenção é atribuída à instituição do direito alemão conhecida como *nachfrist*. Segundo essa norma, no caso de atraso no cumprimento da obrigação contratual, o credor pode fixar um prazo razoável para tal cumprimento e declarar que não aceitará a entrega fora desse prazo. Expirado o referido prazo, o credor pode, então, reclamar perdas e danos ou rescindir o contrato, a menos que o devedor cumpra a obrigação dentro do mesmo prazo<sup>40</sup>.

No Código Civil brasileiro não há dispositivo com tal teor. Ao contrário, a regra sobre prazo de cumprimento de obrigações com prazo contratualmente determinado está incorporada no velho brocardo romano *dies interpellat pro homine*, segundo o qual o simples lapso do tempo é bastante para caracterizar o inadimplemento<sup>41</sup>. Entretanto, também no direito brasileiro é necessária a notificação da parte em atraso para colocá-la oficialmente em mora, quando o contrato não fixar prazo para o cumprimento da obrigação<sup>42</sup>.

A solução dada pela Convenção para o caso de atraso no cumprimento da obrigação contratual não é inteiramente estranha ao sistema legal brasileiro – embora vá além dos requisitos e práticas do nosso direito no tocante às obrigações com termo certo. A tolerância no caso não parece ser desmotivada, em vista do objetivo esposado pela Convenção de preservar o negócio. Com efeito, dar consequência rescisória ao descumprimento de uma obrigação que seja sanável em breve período de tempo, sem ocasionar perda irreparável para a outra parte, constituiria sanção demasiadamente rigorosa, comprometedor da eficiência do sistema de trocas comerciais internacionais.

37 Convenção, Artigos 47(1) e 63(1).

38 Para Bernard Audit, “[f]or both practical and legal reasons, it is more important to avoid the rescission of contract in the context of international sales than in the setting of domestic transactions.” Ver *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, in Carbonneau, Thomas E. ed., *Lex Mercatoria and Arbitration*, Juris Publishing (1998), 173-194, p. 183.

39 Ver Williams, Allison E. *Forecasting the Potential Impact...*, op. cit.

40 BGB, art. 326.

41 Código Civil, art. 397.

42 Código Civil, art. 397, parágrafo único.



Convém lembrar, ainda, que o prazo suplementar que uma parte pode conceder à outra está limitado pela *razoabilidade*, que será em princípio determinada pela parte inocente, inexistindo na Convenção qualquer duração previamente estabelecida para a prorrogação. Portanto, haverá casos em que o período adicional será mais ou menos breve, compatível com as peculiaridades do contrato e da obrigação descumprida, mas há de ser sempre *razoável*, isto é, defensável à luz das circunstâncias do negócio<sup>43</sup>.

Dentro desses limites, a regra de prorrogação do prazo para cumprimento da obrigação inadimplida, prevista na Convenção, constitui um fator extremamente positivo para a estabilidade das relações de compra e venda internacional, e tem méritos para ser adotada.

#### **D – Violação Essencial do Contrato**

A Convenção introduziu, em seu Artigo 25, o conceito de *violação essencial*, utilizando uma formulação que despertou fortes críticas, tanto no tocante à forma com à substância<sup>44</sup>. Redigida em linguagem hermética, esse dispositivo estabelece que “*considera-se violação essencial ao contrato a infração cometida por uma das partes, que causar à outra um dano de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia legitimamente esperar do contrato, salvo se a parte inadimplente não tiver previsto e pessoa razoável de mesma condição em igual situação não teria previsto tal resultado.*”

Este dispositivo da Convenção é claramente destinado a limitar as hipóteses de inadimplemento de uma das partes àquilo que possa causar completa frustração na expectativa da outra parte com relação ao objeto do contrato e, ainda assim, somente se a parte inadimplente tiver previsto, e outra pessoa em igual condição e posição pudesse ter previsto tal resultado.

No Código Civil brasileiro não há dispositivo expresso que preveja diferentes graus de inadimplemento para fins de ensejar a rescisão contratual. A regra geral é de que o descumprimento de obrigação contratual implica inadimplência e, ressalvada a hipótese de força maior, a parte inadimplente fica sujeita às consequências dela<sup>45</sup>. Mais ainda, nos termos do Código Civil, a parte inocente tem direito, à sua opção, de rescindir o contrato ou de exigir o seu cumprimento, em ambos os casos juntamente com a indenização dos danos sofridos<sup>46</sup>. Contudo, a cláusula geral da *função social do contrato* presente no Código Civil tem especial aplicação quando se trata de proteger o contrato de rescisão em decorrência de falta leve por uma das partes, funcionando como elemento atenuador da regra geral da inadimplência.

Neste aspecto, portanto, as posições da Convenção e do direito contratual brasileiro estão apenas aparentemente distanciadas. O conceito de violação essencial

43 Ver Viscasillas, Pilar Perales. *The Nachfrist Remedy*, in “Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention for the International Sale of Goods”, Singapore International Arbitration Center, Conference Papers, p. 89-102.

44 A crítica alcança até mesmo a localização do Artigo 25 no Capítulo I da Parte III, no qual parece estar deslocado. Ver Enderlein & Maskow, *International Sales Law*, p. 111.

45 Código Civil, Artigo 389.

46 Código Civil, Artigo 475.



na Convenção funciona em conjunto com os dispositivos que tratam da rescisão por culpa do comprador<sup>47</sup> e do vendedor<sup>48</sup>, e visa evitar que uma infração que não comprometa os propósitos da outra parte possa servir de fundamento para a rescisão do contrato. O encerramento antecipado do contrato fica, assim, limitado à hipótese em que a inadimplência seja de tal ordem que conduza ao desinteresse da parte inocente em manter viva a relação contratual. Fora desta hipótese, a parte inocente tem direito apenas de pleitear a indenização dos prejuízos que decorrerem da inadimplência.

A análise semântica desta norma da Convenção tem sido objeto de fortes críticas. De início, o conceito de *violação essencial* depende do conceito de *dano substancial*, mas este não se acha definido em lugar algum da Convenção, deixando o intérprete sem medida daquilo que se deva considerar como tal<sup>49</sup>. Também a menção ao *resultado que poderia legitimamente esperar do contrato* é sujeita a grande latitude de interpretação, já que toma por critério a expectativa subjetiva da parte inocente, e não o conteúdo objetivo da obrigação contraída; com isto, torna necessário que o intérprete decida sobre aquilo que a parte teria direito a esperar do contrato, ao invés de apenas julgar se a obrigação foi ou não descumprida e, em caso positivo, se houve ou não justa causa para o descumprimento. Finalmente, o conceito de *violação essencial* está subordinado à noção de previsibilidade do resultado, impondo ao intérprete o encargo de também decidir se a parte inadimplente previu, e se outra pessoa razoável poderia ter previsto, o resultado da violação. Em face disto, pode ocorrer que mesmo uma violação que substancialmente prive a parte inocente daquilo que espera do contrato acabe não sendo considerada como essencial, se a parte inadimplente demonstrar que esse resultado não foi nem poderia ter sido previsto.

O efeito deste dispositivo da Convenção pode ser frustrante para a parte inocente, pois são tantos fatos e circunstâncias que precisam ser considerados que, salvo em casos extremamente nítidos, será difícil responder à questão básica sobre o contrato ser ou não passível de rescisão, sem ter de submeter a controvérsia ao julgamento do juiz ou do árbitro competente. Na realidade, até para o julgador poderá ser difícil encontrar fundamento para declarar o contrato rescindido, já que mesmo uma desconformidade grave nos bens entregues pelo vendedor, que normalmente equivaleria a violação essencial, não assegura que a rescisão do contrato será efetivamente reconhecida<sup>50</sup>.

Está claro, pois, que a perspectiva da Convenção é de que um contrato de venda internacional não deve ser rescindido, exceto em circunstâncias extremas<sup>51</sup>. A razão adotada pelos redatores da Convenção foi de que a rescisão de um negócio entre partes situadas em países distintos é economicamente ineficiente. Além disto, já foi notado que essa limitação previne o abuso do direito de rescisão por uma das partes, com o propósito de rever as condições do contrato devido a mudanças na

47 Convenção, Artigo 49.

48 Convenção, Artigo 64.

49 Ver Wills, M., para quem "*defining fundamental with substantial, to begin with, leaves an impression of playful tautology.*" in Bianca & Bonell (Ed), COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, 1987, p. 7

50 Ver Zeller, Bruno, *Fundamental Breach and the CISG – a Unique Treatment or Failed Experience?* In VINDOBONA JOURNAL OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW & ARBITRATION (2004), 81-94, p. 91, disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller12.html>.

51 Ver Audit, *The Vienna Sales Convention...*, op. cit., p. 183.

situação econômica, ou para tentar transferir para a outra parte o risco de alteração nas condições do mercado<sup>52</sup>.

Conquanto a parte inocente deva ter meios efetivos para compelir a parte inadimplente ao cumprimento da obrigação assumida, a rescisão de um contrato que pode, ainda, atender às suas finalidades econômicas deve efetivamente ser deixada para a última hipótese, evitando perdas inevitáveis que resultariam do seu encerramento abrupto.

Essa perspectiva pode parecer estranha à luz dos critérios convencionais de interpretação dos contratos, segundo os quais a obrigação contratual assumida deve ser cumprida conforme prometido, e a entrega de bens em desacordo com as especificações do contrato pode dar lugar à sua rejeição (*perfect tender rule*). Entretanto, esta já não é a perspectiva que prevalece nas legislações mais modernas sobre contratos de compra e venda.

No plano internacional, o princípio da preservação do contrato (*favor contractus*) se acha revisagrado nos Princípios da UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais, assim como pelos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL), ambos com dispositivos que protegem o contrato a menos que a rescisão se torne manifestamente inevitável.

Também as leis nacionais mais modernas sobre compra e venda têm mitigado a aplicação estrita do princípio *pacta sunt servanda*, contrabalançando-o com disposições que mantêm o contrato de pé a despeito dos desvios que possam ocorrer em relação aos termos e condições pactuados. Em muitos países, o descumprimento do contrato necessita ser fundamental (ou substancial, ou essencial) para que possa dar lugar à rescisão, como é o caso das leis da Inglaterra, Irlanda, Escócia, Dinamarca, Finlândia, Suécia, Holanda, Portugal, Itália, Espanha, e até certo ponto da Alemanha, Áustria, França, Bélgica e Luxemburgo.<sup>53</sup>

No direito norte-americano<sup>54</sup>, tem de haver um *impeditivo substancial* (*substantial impairment*) para que o comprador possa rejeitar as mercadorias depois de terem sido recebidas (antes da aceitação aplica-se a *perfect tender rule*, mas os tribunais mitigam os seus efeitos pelo princípio da boa-fé)<sup>55</sup>.

Na América Latina, não é comum a noção de violação essencial como requisito para a rescisão do contrato de compra e venda. As legislações nacionais geralmente não a contemplam, e naqueles em que é reconhecida – como no Chile e no México – a doutrina se acha dividida a respeito de sua exigência como requisito para a rescisão

52 Ver Ferrari, Franco, *Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention – 25 Years of Article 25 CISG* –, 25 J. L. & COM. 489 (2006), p. 490, disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>

53 Ver El-Saghir, Hossam (ed.), *Guide to Article 25 – Comparison with Principles of European Contract Law (PECL)*, July 2000, disponível em [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp25.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp25.html), e Koch, Robert, *Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>.

54 Uniform Commercial Code (UCC), § 2-608(1), § 2-612(3).

55 Na última revisão do Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos, houve discussão intensa sobre a possível substituição da *perfect tender rule* por outra regra que permitiria a rejeição da mercadoria somente quando a desconformidade prejudicasse substancialmente o valor da prestação para o comprador, mas a maioria do grupo de estudos recomendou ainda a manutenção da *perfect tender rule*. Ver Schwenzer, Ingeborg, *The Danger of Domestic Pre-Conceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Non-Conforming Goods and Documents*, Victoria University of Wellington Law Review (2005/4) 795-807, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer.html>.

do contrato. Na Argentina e na Venezuela a jurisprudência admite a rescisão do contrato com base em qualquer inadimplemento, enquanto na Bolívia e no Paraguai não se admite a rescisão se a falta de cumprimento for de menor importância ou se não afetar o interesse da outra parte.<sup>56</sup> No Brasil, a cláusula geral da função social do contrato acaba exercendo a função equivalente à da norma da Convenção sobre violação essencial.

Em face dos diferentes tratamentos dados pelas leis nacionais ao tema de violação essencial do contrato, a uniformidade proporcionada pela Convenção neste aspecto demonstra a validade de sua adoção pelos diferentes países como regra para a venda internacional de mercadorias, sem infringir os postulados fundamentais do direito interno brasileiro.

### E – Execução Específica

A concessão feita pelos redatores da Convenção, no esforço de conciliar as soluções dadas respectivamente pelo sistema *common law* e pelo de direito civil acabou por produzir uma formulação ambígua com relação à execução específica<sup>57</sup>.

Execução específica significa que uma parte pode exigir da outra que cumpra sua obrigação contratual, se necessário requerendo ordem judicial que obrigue a parte inadimplente a executar especificamente a prestação prometida, que neste caso não seria substituída por perdas e danos.

Em lugar de dispor sobre os direitos e deveres das partes, a norma da Convenção foi endereçada ao juiz, dizendo-lhe que *não estará obrigado a ordenar sua execução específica, salvo se estiver autorizado a fazê-lo por seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes, não regidos pela presente Convenção*<sup>58</sup>.

No direito brasileiro dos contratos, o Código Civil permite que a parte requeira a execução específica de uma obrigação contratual descumprida pela outra parte<sup>59</sup>. Esta posição foi considerada um progresso em relação às normas anteriores, que só excepcionalmente admitiam a execução específica.

Neste tema, a teoria da função econômica do direito, segundo a qual a rescisão contratual seria admissível se resultar em alocação mais eficiente de recursos<sup>60</sup>, e a tradição do *common law* de compensar apenas mediante indenização os prejuízos sofridos em decorrência do inadimplemento da promessa<sup>61</sup>, acham-se bastante afastadas da cláusula geral da *função social do contrato* insculpida no Código Civil brasileiro.

56 Ver Zuppi, Alberto L., *A Comparison of Buyer's Remedies Under the CISG with the Latin American Legal Tradition*, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998, Kluwer Law International (1999), 3 – 39, reproduzido em [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zuppi.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zuppi.html).

57 Ver Bergsten, Eric. *The Law of Sales in Comparative Law*, in Les Ventes Internationales de Marchandises (Problèmes juridiques d'actualité), Paris, 1981, p. 13.

58 Convenção Artigo 28.

59 Código Civil, Artigo 475.

60 Ver Posner, Richard A., *The Economics of Justice*, Cambridge (1983), *passim*.

61 Cf. Holmes, Jr., Oliver Wendell, para quem "[t]he only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfillment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses." *The Common Law*, New York (1991), p. 301.

A despeito da ambigüidade do Artigo 28 da Convenção, e sem embargo das diferenças conceituais entre as abordagens da *common law* e do direito civil no tocante às conseqüências da inadimplência contratual, a Convenção não impediria a aplicação da execução específica pelos tribunais brasileiros, os quais poderiam guiar-se pelas normas do direito interno sobre compra e venda e, assim, permitiriam a execução específica também em contratos internacionais de venda de mercadorias.

Na crônica dos casos judiciais registrados pelo CLOUT só há um que se refere à aplicação deste dispositivo da Convenção, no qual foi reconhecida a exigibilidade da entrega de produtos siderúrgicos por um tribunal norte-americano<sup>62</sup>. A escassa ocorrência de controvérsias sobre o assunto sugere que a solução oferecida pela Convenção, embora criticável por sua ambigüidade, parece estar cumprindo a finalidade de conferir segurança às relações de compra e venda internacional.

Por conseguinte, não há qualquer incompatibilidade substantiva a este respeito entre a Convenção e as regras do direito brasileiro.

#### IV – Conclusão

Este breve exame de algumas das regras da Convenção em comparação com as do Código Civil brasileiro sugere que, não obstante existirem discrepâncias entre elas, não se trata de conteúdos axiológicos inconciliáveis.

Na Convenção não há nada que ofenda princípios fundamentais do direito nacional dos contratos ou que possa ocasionar a repulsa da comunidade jurídica brasileira. Com efeito, doutrinadores brasileiros que têm analisado a Convenção manifestaram-se de modo positivo, e não se verifica qualquer atitude hostil contra a Convenção por parte da classe jurídica ou classe política<sup>63</sup>.

Deve-se ter presente, além disto, que a Convenção se destina a disciplinar exclusivamente o contrato de venda internacional de mercadorias, deixando inteiramente preservadas as relações contratuais na compra e venda no direito interno. Isto é claramente vantajoso, pois os Estados que subscrevem a Convenção não têm de revogar ou substituir suas normas internas para se ajustar às práticas do direito internacional uniforme.

Por que, então, o Brasil ainda não aderiu à Convenção? Uma especulação que se faz é que as forças que exercem influência sobre as políticas governamentais do Brasil em matéria de comércio internacional – os setores empresarial e acadêmico – até o momento não expressaram uma opinião consensual sobre a Convenção. Nessas circunstâncias, a adoção de regras uniformes para reger o comércio internacional de

62 Cf. CLOUT Caso n. 417 (Estados Unidos).

63 Ver Gama Jr., Lauro. “A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias - 1980: essa Grande Desconhecida”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Rev. dos Tribunais, abr-jun 2006, p. 134-149; Araújo, Nádia de. *Contratos Internacionais*, Rio de Janeiro, 2nd. Ed. (2000), p. 133; Strenger, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo (1996), p. 142; Fonseca, Patrícia Galindo da. *O Brasil Perante uma Nova Perspectiva de Direito Mercantil Internacional*, 341, Revista Forense 193-211 (1998), p. 211.

mercadorias não é tida pelo Governo brasileiro como objetivo estratégico, ou mesmo prioritário, para o comércio exterior do país.

O momento é maduro para a adesão do Brasil à Convenção. A adaptação do país aos *standards* jurídicos internacionais em matéria de comércio exterior está aceita em todos os setores da sociedade brasileira. Verifica-se também a percepção de que instrumentos como a Convenção não se destinam a beneficiar segmentos privilegiados das forças econômicas mundiais, mas sim a estabelecer um quadro normativo uniforme<sup>64</sup>, que favoreça o desenvolvimento do comércio internacional independentemente das diferenças econômicas entre os países.

Para os agentes econômicos brasileiros, a adoção da Convenção como direito brasileiro dos contratos internacionais resultará certamente benéfica. Estarão grandemente reduzidas as incertezas sobre as regras aplicáveis aos negócios de compra e venda de que participarem, conduzindo a um maior grau de segurança jurídica e a menores custos de transação, que são aspirações legítimas de todos os que atuam no comércio internacional.

---

<sup>64</sup> Para uma análise do futuro direito comercial global, ver Bonell, Michael Joachim. *Do We Need a Global Commercial Code?*, 106 *Dickinson Law Review* (2001) 87-100, p. 99.

# Os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

IRENEU CABRAL BARRETO\*

## Resumo

A temática deste trabalho é proporcionar ao leitor uma visão geral, a partir da discussão crítica e atualizada dos pontos de convergência e de divergência, direitos e liberdades protegidas, mecanismos de efetivação, avanços e retrocessos da proteção internacional dos direitos humanos nos Sistemas Interamericano e Europeu.

## Abstract

The scope of this work is to provide for the reader an overview of protected rights and freedoms, effecting mechanisms and international protection of human rights advances and regressions inside the Interamerican and European Systems, all based on a critical and updated discussion of convergent and divergent points.

## I - Introdução

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua 183.<sup>a</sup> sessão, realizada em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, constitui o ponto de partida para a defesa dos direitos humanos no sentido moderno do termo.

Esta Declaração encerra um conjunto de princípios que definem um ideal comum a atingir por todos os povos e por todas as nações e que devem ser considerados património comum da Humanidade, inscritos numa consciência jurídica comum aos povos de todos os continentes.

Com a Declaração, os direitos humanos evoluíram, ganhando uma dupla projecção universal: *primeiro*, a sua universalidade permite a qualquer pessoa invocá-los contra qualquer Estado e reclamar para si as condições humanas inerentes, onde quer que esteja e independentemente da situação concreta em que se encontre colocada; *segundo*, o respeito dos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana passou a constituir uma obrigação de cada Estado perante os outros Estados.

A DUDH permanecerá sempre como o repositório de um conjunto de valores que os Estados se esforçam por realizar, harmonizando progressivamente as suas concepções, sem prejuízo das suas próprias raízes culturais.

2. Não basta reconhecer e consagrar os direitos humanos. Essenciais serão as garantias de protecção que lhes devem estar associadas, garantias estas que só um regime democrático pode oferecer em toda a plenitude.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos viu-se explicitada em diversos instrumentos, sendo uns de âmbito planetário, como os Pactos das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e outros de alcance regional, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CADH) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

As considerações seguintes serão dedicadas ao estudo das semelhanças e das diferenças entre os sistemas europeu e americano, primeiro ao nível dos direitos e liberdades garantidos e depois no mecanismo de controlo instituído<sup>1</sup>.

## II - Direitos e liberdades protegidos

1. A CEDH só incorpora direitos e liberdades civis e políticos, ficando os chamados direitos económicos, sociais e culturais para a Carta Social Europeia com um específico mecanismo de controlo<sup>2</sup>.

A CADH inclui no capítulo II da Parte I, os direitos económicos, sociais e culturais, com um regime especial de controlo sujeito ao desenvolvimento progressivo (art. 26º), mas sendo certo que só serão aceites queixas relativas aos direitos ressalvados no Protocolo adicional à CADH de 1988, ou seja, à liberdade de associação, incluindo a sindical - art. 8º, nº 1, e o direito à educação - art. 13º<sup>3</sup>.

2. No artigo 2º da CEDH consagra-se a protecção do direito à vida à semelhança do que acontece com o artigo 4º da CADH.

O direito à vida previsto no artigo 2º da CEDH refere-se à vida física e mental, ao direito a não ser morto, a não ser privado de vida.

A disposição deixa em aberto toda a problemática relacionada com o princípio e o fim da vida que é objecto de protecção; coloca-se, assim e desde logo, a questão do momento do começo da vida, imbricada com os problemas do destino do ovo fecundado e da interrupção da gravidez<sup>4</sup>.

Os trabalhos preparatórios não ajudam a clarificar a questão<sup>5</sup>, a doutrina está dividida e não houve ainda oportunidade de adopção, por parte dos órgãos da *Convenção*, de uma posição clara e definitiva acerca desta matéria.

\* Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

1 O sistema africano está numa fase de profunda evolução ao nível dos mecanismos de controlo com a instalação do novo Tribunal, mas mantendo-se a antiga Comissão – Protocolo de 9 de Junho de 1998, que entrou em vigor a 25 de Janeiro de 2004. Cfr. Mutoy Mubiala, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pág. 87.

2 Ver contudo os artigos 4º (proibição da escravatura e do trabalho forçado), 11º (referido à liberdade sindical) da CEDH e os artigos 1º (direito de propriedade), 2º (direito à instrução) do Protocolo adicional à CEDH.

3 Hugo Caminos, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights*, in *Human Rights: International protection, monitoring, enforcement*, edited by Janusz Symonides, Unesco Publishing, 2003, pág. 181.

4 Ver a minha *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Coimbra, 2005, págs 69 e segs.

5 Jacques Velu e Rusen Ergéc, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pág. 174.

Aliás, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tribunal) precisou que, na falta de um consenso europeu sobre a definição científica e jurídica do começo da vida, o ponto de partida do direito à vida releva da margem de apreciação que deve ser reconhecida aos Estados neste domínio<sup>6</sup>.

Porém, é possível concluir que o nascituro não beneficia da protecção dada por este artigo 2º<sup>7</sup>.

A Comissão Europeia dos Direitos Humanos (Comissão), na sua Decisão de 29 de Maio de 1961, na Queixa nº867/60<sup>8</sup>, recusou-se a apreciar uma lei norueguesa que permitia a interrupção da gravidez, por não se considerar competente para, em abstracto, conhecer a compatibilidade de uma lei com a *Convenção*.

A Queixa nº 7045/75, de conteúdo similar, relativa a uma lei austríaca sobre o aborto, foi também declarada inadmissível pela Comissão<sup>9</sup>.

Contudo, uma outra Queixa, a nº6959/75, caso *Buggeman e Scheuten*, onde se criticava a lei alemã sobre o aborto, apresentada por uma associação e duas mulheres, ultrapassou a fase da admissibilidade, mas foi apenas examinada sob o ângulo do artigo 8º para se concluir que não havia violação<sup>10</sup>.

Mais tarde, na sua Decisão de 13 de Maio de 1980, Queixa nº8416/79<sup>11</sup>, apreciando uma lei inglesa sobre o aborto, a Comissão respondeu negativamente ao direito absoluto à vida do embrião, invocando, nomeadamente, que esse direito sempre estaria condicionado ao direito à vida da mãe; e, como no caso concreto, a questão se resumia ao conflito entre a vida da mãe e a do feto, a Comissão concluiu que, nessas circunstâncias, o aborto estava coberto por uma limitação implícita do direito à vida do feto para salvar a vida da mãe.

Na sua Decisão de 19 de Maio de 1992, Queixa nº1700/90<sup>12</sup>, a Comissão, reconhecendo embora que a expressão *qualquer pessoa* dificilmente pode ser aplicada à criança a nascer, assinalou que os Estados têm a obrigação de tomar medidas adequadas à protecção da vida, não estando excluído que, em certas condições, o feto deva ser protegido.

E face às divergentes legislações sobre a interrupção voluntária da gravidez, a Comissão admitiu que se tratava de um domínio delicado, onde os Estados gozam de um certo poder discricionário face à *Convenção*.

Por seu turno, o Tribunal dispensou-se de apurar se a *Convenção* garante o direito ao aborto ou se o direito à vida, reconhecido neste artigo, abrange igualmente o feto<sup>13</sup>.

Na Decisão de 5 de Setembro de 2002, Queixa nº 50 490/99<sup>14</sup>, queixa apresentada pelo marido que pediu, sem sucesso ao nível interno, uma indemnização à sua

6 Acórdãos VO, de 8 de Julho de 2004, Recueil des Arrêts et Décisions (Recueil), 2004-VIII, pág. 42, § 82, e Evans, de 10 de Abril de 2007, § 54, ainda não publicado.

7 Acórdão VO, Recueil 2004-VIII, pág. 39, § 75, e pág. 42, § 80.

8 *Ann. Conv.*, vol. iv, pág. 271.

9 Decisão de 10 de Dezembro de 1976, *Décisions et Rapports (Déc. Rap)*, 7, pág. 87.

10 Decisão de 19 de Maio de 1976 e Relatório de 12 de Julho de 1977, *Déc. Rap*, 5, pág. 103, e *Déc. Rap*, 10, pág. 100, respectivamente

11 *Déc. Rap*, 19, pág. 244.

12 *Déc. Rap*, 73, pág. 155.

13 Acórdão Open Door e Dublin Well Woman, de 29 de Outubro de 1992, A 246-A, pág. 28, § 66.

14 Recueil 2002-VII, pág. 445,



mulher pelo facto de esta ter abortado apesar da sua oposição —, o Tribunal não se comprometeu sobre a questão de saber se o feto pode beneficiar da protecção concedida pela primeira frase do artigo 2º da CEDH, porquanto, no caso, o aborto fora praticado para proteger a saúde da mulher, mostrando-se observado um justo equilíbrio entre a necessidade de assegurar a protecção do feto e os interesses da mulher.

Aparentemente mais clara seria a CADH, que no seu artigo 4º dispõe:

*«Toda a pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*

.....  
*Não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la à mulher em estado de gravidez».*

Mais: a CADH proíbe, naquele artigo 4º, a execução da pena de morte em mulheres grávidas, o que poderia inculcar a ideia de que o feto beneficia do direito à vida<sup>15</sup>.

Comparado com o texto europeu, uma conclusão se deve retirar: há sem dúvida uma mais forte garantia do direito à vida à partir da concepção, no texto americano.

Contudo, esta conclusão perde muito da sua força quando se pondera a expressão «em geral».

«Em geral» significará que, em escassa medida ou excepcionalmente, pode não se cumprir a conduta indicada; no contexto daquele artigo 4º da CADH, os Estados parte devem garantir, na maioria dos casos, o direito à vida desde o momento da concepção, mas excepcionalmente esses Estados podem outorgar leis que possam não garantir o direito à vida desde aquele momento.

Por isso, essa disposição tem sido interpretada no sentido de permitir aos Estados não sancionar penalmente certos casos de aborto<sup>16</sup>.

Sem querer antecipar uma interpretação do artigo 2º da CEDH que não está avalizada pela Jurisprudência do Tribunal, parece que a CADH sempre consagrará uma protecção mais forte do direito à vida, protecção que vai até ao momento da concepção, pois mesmo que se permitam algumas excepções, elas limitar-se-ão a não penalizar certas interrupções da gravidez<sup>17</sup>.

3. Também no âmbito do «processo equitativo» é possível detectar algumas diferenças entre as duas Convenções.

3.1. Efectivamente, uma das questões que mais dificuldades tem suscitado ao Tribunal é sem dúvida a relativa ao processo equitativo, consagrado no artigo 6º da Convenção.

15 Ver também o artigo 6º, nº 5 do Pacto sobre os Direitos Cívicos e Políticos.

16 Júlio A. Barberis, «*El derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica*», in «*Liber Amicorum Cançado Trindade*», Tomo III, Porto Alegre, Brasil, 2005, págs 11 e segs.

17 Em aberto fica a possibilidade da legalização do aborto, quer o terapêutico quer o realizado até certo número de semanas de gravidez. Como se sabe, há uma nítida diferença axiológica entre não o punir e o legalizar o aborto.

3.1.1 O artigo 6º da Convenção exige que, nos processos que determinem os «direitos e obrigações de carácter civil», esses requisitos de um processo equitativo sejam observados<sup>18</sup>.

Porém, a noção de *direitos e obrigações de carácter civil* sofreu, por parte dos órgãos da *Convenção*, uma interpretação fluida<sup>19</sup>.

Não tem sido fácil traçar os contornos de uma figura que tem no direito anglo-saxónico uma feição ampla, abrangendo mesmo tudo o que em terminologia românica se poderá chamar de *liberdades públicas*.

O Tribunal esclareceu, no seu Acórdão König, de 28 de Junho de 1978, relativo a um processo administrativo onde se impugnava uma decisão da Administração que estabelecia o encerramento de uma clínica privada e se impedia um médico de exercer a sua profissão, que, se os direitos e obrigações devem ter o seu fundamento no direito interno, já a sua definição é feita de uma maneira autónoma, teleológica e funcional.

Afirmando mais uma vez a necessidade de uma interpretação autónoma<sup>20</sup>, o Tribunal precisou que interpretar a referida noção apenas com referência ao direito interno conduziria a um resultado incompatível com o objecto e fim da CEDH; e, se o Tribunal não recusa interesse à legislação interna do Estado requerido, valoriza mais o conteúdo material e os efeitos que lhe são conferidos no direito interno do que a sua classificação ou não como civil, considerando essencial que a decisão seja determinante para os direitos e obrigações de carácter civil.

O Tribunal não aceitou, por conseguinte, uma interpretação do nº1 do artigo 6º da Convenção que visaria apenas as *determinações* de direito privado no sentido clássico, isto é, entre particulares, ou entre particulares e o Estado, na medida em que este age como pessoa privada, submetida ao direito privado e não como detentor do poder público.

Para que o nº1 do artigo 6º se aplique, não é necessário que o litígio seja entre duas pessoas privadas e pouco importa a natureza da lei, segundo a qual a *determinação* deve ser julgada (lei civil, comercial, administrativa, etc.) e a autoridade competente na matéria (jurisdição de direito comum, órgão administrativo, etc.).

Enfim, só o carácter do direito interessa, reservando-se a questão de saber se a noção vai para além dos direitos de carácter privado.

Os órgãos da *Convenção* têm evitado uma definição de carácter geral, decidindo *in concreto*.

Quando se conjugam elementos de direito público e de direito privado, a *Convenção* deve oferecer ao indivíduo uma protecção contra as ingerências dos poderes públicos,

18 Ver «*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», págs 120 e segs.

19 Ver Pieter van Dijk, «The Interpretation of «civil rights and obligations» by the European Court of Human Rights — one more step to take», in *Protection des droits de l'Homme: la Dimension Européenne*, Mélanges Wiarda, Carl Heymans Verlag KG, Berlin, págs. 131 e segs.

20 Segundo Franz Matscher, «La jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 de la Convention», in *BDDC*, n.ºs 33/34, págs. 457 e segs., a melhor definição de qualificação autónoma foi dada pelo Tribunal de Justiça do Luxemburgo no Acórdão Eurocontrol (de 14 de Outubro de 1976, *Rec.*, 1976, págs. 1541 e segs.), quando afirma que interpretação autónoma quer dizer antes de mais que a interpretação das cláusulas de uma convenção internacional não deve ser feita exclusivamente à luz do sentido e do conteúdo que os termos em questão possuem na legislação do Estado Contratante em causa, mas que é necessário ter em conta, de um lado, os objectivos e o sistema da Convenção e, de outro, os princípios gerais que decorrem do conjunto dos sistemas de direitos nacionais.

pelo que importa determinar, caso a caso, se os interesses privados atingidos pela actividade pública podem ser qualificados como *direitos civis*.

Se o direito se apresenta com aspectos de direito público e de direito privado, devem identificar-se uns e outros e avaliar o seu peso relativo, decidindo-se de acordo com o aspecto predominante do direito em causa.

Existem efectivamente obrigações patrimoniais para com o Estado que, para os fins do n.º 1 do artigo 6.º, devem ser consideradas exclusivamente do domínio público e não estão assim cobertas pela noção de *direitos e obrigações de carácter civil*.

3.1.2 Um dos campos onde é possível detectar maior flutuação na Jurisprudência do Tribunal é sem dúvida o relativo à aplicação do artigo 6.º da Convenção ao contencioso da função pública.

Durante muito tempo, a jurisprudência inclinava-se para excluir do campo de aplicação do n.º 1 do artigo 6.º da *Convenção* o contencioso da função pública, ao menos no que dizia respeito ao recrutamento, à carreira e à cessação do vínculo profissional<sup>21</sup>.

Já nas consequências patrimoniais - pensões, indemnizações, vencimentos, prestações de contas -, o artigo 6.º aplicar-se-ia aos litígios entre a Administração e os seus funcionários, desde que se verificassem determinados pressupostos.

Assim, se o objecto principal do litígio era um pedido patrimonial, o artigo 6.º aplicava-se, em princípio, ao contencioso entre a Administração e os seus empregados, sobretudo nos casos em que o direito nascia após a cessação das funções<sup>22</sup>.

Mas, se este direito de carácter patrimonial relevava das prerrogativas discricionárias da Administração, já a aplicação do artigo 6.º ao contencioso seria de afastar<sup>23</sup>.

O novo Tribunal, logo de início, tentou clarificar esta jurisprudência, pretendendo «adoptar um critério funcional, baseado na natureza das funções e das responsabilidades exercidas pelo agente», entendendo que certas funções, aquelas que relevam do exercício de poderes de autoridade, não deviam beneficiar da protecção deste artigo nos seus conflitos com o Estado<sup>24</sup>.

Com o Acórdão Viljo Eskelinen<sup>25</sup>, o Tribunal voltou a repensar a questão e passou a adoptar um critério que se pode designar por «jurisdicional».

Todo o contencioso da função pública, submetido a um tribunal interno, deve beneficiar das garantias previstas neste artigo; e para que esta regra geral não seja aplicada, exigem-se duas condições:

a) que o direito interno do Estado preveja expressamente que o funcionário em caso de conflito não dispõe do direito de acesso a um tribunal;

b) que essa derrogação esteja devidamente justificada por razões objectivas de interesse público, não chegando para tanto o facto de esse funcionário participar no exercício da autoridade pública.

21 Ver, entre muitos outros, o Acórdão Wille, de 28 de Outubro de 1999, Recueil 1999-VII, pág 349, § 41.

22 Acórdãos Neigel, de 17 de Março de 1997, Recueil 1997-II, págs. 409 e segs., §§38 e segs.

23 Acórdãos de 2 de Setembro de 1997 (casos italianos), Recueil 97-V.

24 Acórdão Pellegrin, de 8 de Dezembro de 1999, Recueil 1999-VIII, págs 251 e segs.

25 De 19 de Abril de 2007, §§ 61 e 62.

Ou seja, é preciso que o Estado demonstre que o objecto do litígio está ligado ao exercício da autoridade pública ou põe em causa a especial confiança e lealdade inerentes a este tipo de cargos.

3.2. Os redactores da CADH estavam advertidos das emergentes dificuldades com que se deparava o Tribunal nesta área<sup>26</sup>.

Aquando da adopção do texto final da CADH, na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, de 7 a 22 de Dezembro de 1969, conhecedores daquele problema, os seus organizadores decidiram convidar como observadores dois Juízes do Tribunal<sup>27</sup>.

Estes Juízes puseram em evidência os perigos que o texto do projecto inicial, muito semelhante ao do artigo 6º da CEDH, poderiam acarretar ao nível da interpretação da noção de «direitos e obrigações de carácter civil».

Esse projecto foi modificado e a redacção final, tal como consta do artigo 8º da CADH, passou a ser a seguinte:

«Toda a pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, de trabalho, fiscal ou de qualquer outra natureza».

Adoptou-se a final uma redacção abrangente, que cobre todos os ramos do direito que concedem direitos ou imponham obrigações, superando-se assim as dificuldades que uma redacção como a do artigo 6º da CEDH potencia e que a custo o Tribunal tem vindo a enfrentar sem todavia as eliminar totalmente.

4. Quer a CEDH (art. 15º) quer a CADH (art. 27º), admitem que os Estados possam derrogar as obrigações que assumiram no quadro daquelas Convenções, em algumas situações graves, como guerra - internacional ou civil, declarada formalmente ou não - ou perigo público que ponha em causa a vida da Nação.

Um outro perigo público será uma situação de crise ou de perigo excepcional e iminente que afecta a população no seu conjunto e constitui uma ameaça para a vida organizada da comunidade que compõe o Estado, pouco importando a sua origem: catástrofes ou calamidades naturais, insurreições, revoltas, golpes de Estado<sup>28</sup>.

Face a este perigo, as forças normais devem mostrar-se incapazes para o dominar; então, o Estado pode suspender os direitos e liberdades na proporção e pelo tempo exigido pela situação<sup>29</sup>.

Neste Relatório, a Comissão precisou que o «perigo público» devia assumir as seguintes condições:

- a) ser actual ou iminente;
- b) ter repercussões sobre o conjunto da Nação;

26 Thomas Buergenthal, «*The European and Inter-american Human Rights Courts: Beneficial interaction*», in «*Protection des Droits de l'Homme: la perspective européenne*, Mélanges Ryssdal», edição de Paul Mahoney e outros, Carl Heymanns Verlag, KG, Colónia, 2000, págs 123.

27 Os Juízes René Cassin e Giorgio Balladore Pallieri, acompanhados de A.H. Robertson, Director da Direcção-Geral dos Direitos Humanos.

28 Acórdão do Tribunal no caso Lawless, de 1 de Julho de 1961, Série A 3, pág. 56, § 28; ver também o Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 5 de Novembro de 1969, caso Grego, *Ann. Conv.*, vol. XII, pág. 72.

29 Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 8 de Janeiro de 1960, caso Becker, B 2, pág. 131, § 267.

c) constituir uma ameaça para a vida organizada da comunidade;

d) a crise ou o perigo devem ter um carácter excepcional, isto é, que as medidas ou restrições ordinárias, autorizadas pela *Convenção* para manter a segurança, a saúde e a ordem pública, sejam manifestamente insuficientes.

Na aplicação deste artigo, os Estados gozam de uma certa margem de apreciação, incumbindo-lhes determinar se um perigo público ameaça a Nação e, na afirmativa, até onde é preciso ir para o tentar eliminar; mas esta margem de apreciação não dispensa a supervisão dos órgãos de controlo<sup>30</sup>.

Contudo, mesmo nessas situações limite, há direitos reconhecidos que devem ser respeitados.

Os dois textos convencionais não coincidem na definição destas excepções, sendo mais extensos na CADH os direitos que não podem ser derogados naquelas situações limite.

O artigo 15º da CEDH dispõe no seu nº 2:

«A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º»

Ou seja, no quadro da CEDH, mesmo nas situações limite, os seguintes direitos devem ser respeitados: o direito à vida - artigo 2º; a interdição da tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes - artigo 3º; a proibição da escravidão ou da servidão - artigo 4º, nº 1; a legalidade dos crimes e das penas - artigo 7º.

A estas excepções devem juntar-se a abolição da pena de morte - Protocolos nº 6, artigo 3º, e nº 13, artigo 3º -, e o princípio *ne bis in idem* - artigo 4º do Protocolo nº 7 - matérias também inderrogáveis.

Por seu turno, o artigo 27º da CADH, no que importa, estabelece:

«A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (Direito à vida), 5º (Direito à integridade pessoal), 6º (Proibição da escravidão e servidão), 9º (Princípio da legalidade e da retroactividade), 12º (Liberdade de consciência e de religião), 17º (Protecção da família), 18º (Direito ao nome), 19º (Direitos da criança), 20º (Direito à nacionalidade) e 23º (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a protecção de tais direitos».

Duma simples análise, resulta que alguns dos direitos substantivos estão ressalvados na CADH e não na CEDH.

Vejam-se, nomeadamente, os seguintes direitos que não estão ressalvados no texto europeu: a liberdade de consciência e de religião, a protecção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

Sublinhe-se ainda a referência expressa no texto americano às «garantias indispensáveis para a protecção de tais direitos» que deve ser subentendida no texto europeu.

30 Acórdãos do Tribunal nos casos Irlanda/Reino Unido, de 18 de Janeiro de 1978, A 25, págs. 78-79, § 207, Brannigan e McBride, A 258-B, pág. 49, § 43, e Demir e outros, de 23 de Setembro de 1998, Recueil 1998-VI, pág. 2654, § 43.

5. Uma significativa diferença de texto, e, diria, mesmo de filosofia na aplicação das normas, pode encontrar-se no modo como deve ser compensada a vítima de violação de um dos direitos ou garantias inscritos nas Convenções.

5. 1 O artigo 41º da CEDH, sob o título «reparação razoável», dispõe:

*«Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário».*

Os acórdãos do Tribunal são declaratórios no essencial, limitando-se a decidir se, num caso concreto, houve ou não infracção a uma ou outra disposição da Convenção.

Se concluir que há violação, e se essa violação não puder ser integralmente reparada a nível interno, o Tribunal fixará, em regra, uma indemnização quando houver um prejuízo e um nexo de causalidade entre a violação e este prejuízo<sup>31</sup>.

No prejuízo incluem-se os danos materiais e morais e as despesas com os processos (a nível interno e perante o Tribunal).

Como o Tribunal sublinhou diversas vezes, os acórdãos deixam, em princípio, ao Estado a escolha dos meios a utilizar na sua ordem jurídica interna para cumprir a obrigação que pesa sobre ele, nos termos do artigo 46º da Convenção, de respeitar os acórdãos do Tribunal nos litígios em que fora parte.

Contudo, para ajudar os Estados a cumprir as suas obrigações, o Tribunal tem vindo, cada vez com mais frequência, a indicar o tipo de medidas que devem ser tomadas para pôr fim a uma situação estrutural por ele verificada, respondendo de certo modo ao apelo da Resolução do *Comité* de Ministros (Resolução (2004) 3), de 12 de Maio de 2004, que o convidou a identificar, nos seus acórdãos, e na medida do possível, o que revela um problema estrutural subjacente e em simultâneo a fonte desse problema<sup>32</sup>.

E é também possível que, noutros casos excepcionais, a natureza da própria violação constatada não ofereça qualquer possibilidade de escolha e que o Tribunal seja levado a indicar exclusivamente as medidas capazes de repararem a situação<sup>33</sup>.

É o que também vem acontecendo no âmbito de condenações em processos penais onde elementares regras do processo equitativo não foram observadas; nestas situações, o Tribunal indica que só a reabertura de um novo julgamento onde tais regras sejam observadas poderá sanar a violação<sup>34</sup>.

31 Acórdãos Schuler-Zraggen (artigo 50º), de 31 de Janeiro de 1995, A 305-A, pág. 8, § 15, Papamichalopoulos e outros, A 330-B, pág. 59, § 34, Smith e Grady (artigo 41º), de 25 de Julho de 2000, Recueil 2000-IX, pág. 226, § 18, e Lo Tufo, de 21 de Abril de 2005, Recueil 2005-III, pág. 318, § 69.

32 Esta prática deu origem aos chamados Acórdãos pilotos, acórdãos que se ocupam de situações de carácter estrutural, sistémico, ou de frequência muito elevada: identificam-se de uma maneira muito precisa as violações estruturais ou muito frequentes e exige-se do Estado a adopção de medidas gerais para remediar a situação e pôr fim às queixas repetidas; ver, por exemplo, os Acórdãos Broniowski, 22 de Junho de 2004, Recueil 2004-V, págs 1 e segs., Xenides-Arestis, de 22 de Dezembro de 2005, e Hutten-Czapska, de 19 de Junho de 2006, ainda não publicados, aonde o Tribunal indicou expressamente medidas gerais e especiais para superar a situação.

33 Cfr. os Acórdãos Assanidzé, de 8 de Abril de 2004, Recueil 2004-II (só a liberdade imediata do queixoso poderia sanar a violação), Ilaşcu e outros, de 8 de Julho de 2004, Recueil 2004-VII (a Rússia e a Moldávia deviam tomar medidas para a libertação dos requerentes ainda presos na Transnistria).

34 É a chamada cláusula Ócalan, porque inserida no Acórdão Ócalan, de 12 de Maio de 2005, Recueil 2005-IV, § 210.

Porém, como decorre do carácter subsidiário do mecanismo de garantia colectiva instaurado pela Convenção, as autoridades nacionais, salvo nos casos excepcionais em que foram especificamente indicadas as medidas a adoptar, são livres de escolher as medidas apropriadas para reparar as violações constatadas pelo Tribunal.

5. 2 No contexto interamericano, o artigo 63º estabelece:

«Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indemnização justa à parte lesada».

Aproveitando a maior amplitude deste texto que permite diversas formas de reparação, incluindo reparações não pecuniárias, a Corte Interamericana dos Direitos do Homem (Corte) tem encontrado formas especiais que, tendo em conta as características do caso concreto, possam de uma forma realística reparar efectivamente ou, ao menos, minimizar os danos provocados pela violação.

Assim, a Corte tem imposto aos Estados que modifiquem, adoptem ou revoguem leis internas ou julgamentos ou adoptem medidas específicas, algumas muito imaginativas, que reparem ou atenuem os danos materiais ou morais causados pela violação detectada.

Vejam-se alguns casos significativos:

Acórdão Aloeboetoe/ Suriname, de 14 Setembro de 1996: aqui, as vítimas assassinadas eram de uma tribo de origem africana que vivia na selva preservando os costumes tradicionais; a Corte ordenou, para a reparação às vítimas ou as suas famílias a criação de dois fundos com as somas que fixou, a reabertura de uma escola e de um serviço médico.

No Acórdão Loaysa Tamayo/Peru, de 27 de Novembro de 1998, a Corte referiu-se pela primeira vez ao «projecto de vida» da vítima, afectado pela violação sofrida – uma detenção indevida; e nos Acórdãos Meninos da Rua (Villagrán Morales e outros/Guatemala), de 3 de Dezembro de 2001 e Cantoral Benavides/Peru, de 3 de Dezembro de 2001, invocando que a violação cometida contendia com o «projecto de vida», ligado ao desenvolvimento da personalidade e à construção da vida das vítimas, acarretando assim uma perda de oportunidades, obrigou o Estado a suportar os custos dos seus estudos superiores (naquele primeiro Acórdão como no Acórdão Trujillo Oroza/Bolívia, de 27 de Fevereiro de 2002, mais determinou a Corte que o Estado desse o nome das vítimas a um centro educativo, durante uma cerimónia pública na presença dos seus familiares.

No Acórdão Barrios Altos/Peru, de 14 de Março de 2001, a Corte examinou o massacre ocorrido durante uma festa popular que foi invadida por um esquadrão da morte denominado Grupo Colina; este grupo, armado e encapuçado, chacinou 15 pessoas e feriu outras 4; a Corte determinou que o Estado, para além de indemnizar as famílias das vítimas e os feridos, devia reabrir as investigações e punir os culpados, e



considerou ainda que as amnistias concedidas que ilibavam os implicados contrariavam a CADH e constituíam uma verdadeira violação dos Direitos Humanos.

No Acórdão Neira Alegria/Peru, de 19 de Janeiro de 1995, a Corte ordenou ao Estado que fizesse os possíveis para localizar e identificar os cadáveres das vítimas e os entregasse às famílias.

6. Uma significativa diferença entre os dois sistemas pode encontrar-se no artigo 68º, nº 2 da CADH ao permitir que a indemnização fixada no acórdão da Corte seja executada nos tribunais internos.

Tanto quanto foi possível levar a investigação, não foram encontrados precedentes que esclareçam sobre as modalidades de aplicação prática daquela disposição<sup>35</sup>; e a doutrina interroga-se sobre se a sentença da Corte necessita, como todas as sentenças estrangeiras, de homologação pelo órgão jurisdicional competente<sup>36</sup>.

Os acórdãos do Tribunal que atribuem uma reparação pecuniária ao requerente têm sido cumpridos com maior ou menor dificuldade, não se encontrando até hoje um Estado que não tivesse cumprido a decisão do Tribunal<sup>37</sup>.

Por isso, a questão da não execução de uma decisão desta natureza tem sido colocada a nível teórico.

Nessa eventual hipótese, para além dos poderes que o artigo 46º, nº 2 da CEDH, confere ao Comité de Ministros, como poderá reagir o titular da reparação acordada?

Pinheiro Farinha aponta como possíveis a revisão e a confirmação de sentença estrangeira, a executoriedade sem revisão ou confirmação, a acção declarativa contra o Estado e o requerimento ao Ministro das Finanças, fundamentado na decisão do Tribunal, com recurso, no caso de indeferimento, para o Supremo Tribunal Administrativo, sem se comprometer com nenhuma destas soluções, embora se incline para esta última<sup>38</sup>.

Pelo nosso lado, afigura-se que, não detendo o acórdão força executiva interna, dificilmente se poderá afirmar que o Ministro das Finanças lhe deve obediência; a decisão não deixa de ser de um órgão estranho à organização judiciária portuguesa e, em princípio, só as decisões dos tribunais portugueses são obrigatórias para todas as entidades - nº 2 do artigo 205º da Constituição.

A decisão do Tribunal está, apesar de tudo, mais próxima de uma decisão de um tribunal estranho à ordem jurídica portuguesa, a necessitar de revisão antes de ser exequível em Portugal<sup>39</sup>.

Se se considerar que o Tribunal não é um tribunal estrangeiro, e que, por conseguinte, não se poderá aplicar, às suas decisões, o processo de revisão de sentenças estrangeiras

35 Luis Ignacio Sanchez Rodriguez, loc. cit., págs. 502.

36 Isabela Piacentini de Andrade, Isabel, «A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos», in «Revista Brasileira de Direito Internacional», Curitiba, vol. 3, nº 3, Jan./Jun. 2006, pág. 158.

37 Ver «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem», págs 328.

38 «As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na ordem interna e o contributo da jurisprudência nacional na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», in *BDDC*, nº 9, 1982, págs. 111 e segs.

39 Ver, contudo, o disposto no artigo 771º, alínea f), do Código de Processo Civil português, na redacção do Decreto-Lei nº 303/2007, de 27 de Agosto: «A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão quando:

f) Seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português».

Esta modificação foi introduzida para «permitir que a decisão interna transitada em julgado possa ser revista quando viole a Convenção Europeia dos Direitos do Homem» - preâmbulo do Decreto-Lei nº 3003/2007.



previsto nos artigos 1094º e segs. do Código de Processo Civil, restará a acção declarativa de condenação a intentar contra o Estado português, seguida, se necessário, de execução.

7. Relativamente às reservas, as duas Convenções parecem ter seguido soluções diferentes<sup>40</sup>.

Na CADH, o artigo 75º dispõe que «esta Convenção só pode ser objecto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969».

Neste texto, reenvia-se para os artigos 19º e seguintes da Convenção de Viena de 1969, significando, antes de mais, que para serem válidas, as reservas devem ser compatíveis com o objecto e o fim da CADH.

Aparentemente mais restritiva se apresenta a CEDH, que prevê no seu artigo 57º:

- 1 - Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral.
- 2 - Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa».

Existirá aqui um afastamento das regras gerais previstas na Convenção de Viena, derrogações expressamente admitidas no artigo 19º desta Convenção.

De assinalar que o regime de reciprocidade referido no artigo 21º, nº 1, alínea b) da Convenção de Viena, que permite aos Estados que não tenham formulado reservas de invocar em seu proveito as feitas por outros Estados nas suas relações com estes, não se aplica aqui, porquanto as obrigações dos Estados em matéria dos Direitos Humanos são de tipo integral e não recíproco.

Mas, no fundo, a jurisprudência da Corte nesta matéria não se tem afastado da do Tribunal, jurisprudência esta que pode ser resumida nos termos seguintes.

As reservas são admitidas não só para as disposições da *Convenção* como também para as dos seus Protocolos que acrescentam direitos — Protocolo nº 1 (artigo 5º), Protocolo nº 4 (artigo 6º), Protocolo nº 7 (artigo 7.º) e Protocolo nº 12 (artigo 3º) -, com excepção dos Protocolos nº 6, relativo à abolição da pena de morte, que não admite reservas (artigo 4.º), e nº 13, relativo à abolição da pena de morte em todas as circunstâncias (artigo 3º).

Toda a reserva deve, antes do mais, ser compatível com o objecto e o fim do instrumento internacional - artigo 19º, alínea c), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O artigo 57º acrescenta, ainda, as seguintes condições:

- deve ser formulada no momento da assinatura da *Convenção* ou do depósito do seu instrumento de ratificação;

<sup>40</sup> Lucius Caflisch e António A. Cançado Trindade, «*Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l'Homme et le Droit International General*», in «*Revue Générale de Droit International Public*», Tome CVIII – 2004, págs 5 e segs., que se passa a seguir de muito perto.

- ser relativa a uma disposição da *Convenção*, na medida em que uma lei então em vigor estiver em discordância com aquela;
- não revestir um carácter geral;
- ser acompanhada de uma breve descrição da lei em causa.

Se a primeira condição não suscita dificuldades, já saber quais as disposições que admitem reservas é questão de complexidade acrescida. A melhor doutrina defende que só os artigos 2º a 12º da *Convenção* são susceptíveis de ser objecto de reservas <sup>41</sup>.

A reserva não pode ter um carácter geral e não pode ser redigida em termos muito vagos ou amplos, para que o seu exacto sentido e campo de aplicação sejam devidamente apreendidos <sup>(42)</sup>.

A última condição - a breve descrição da lei interna em causa - destina-se a evitar que a reserva vá para além das disposições internas referidas; é um elemento de prova e de segurança jurídica.

Registe-se que a lei em causa deve estar em vigor no momento em que é feita a reserva<sup>43</sup>.

Em conclusão, a aparente distância entre uma visão mais liberal da CADH e uma mais restrita da CEDH dilui-se porquanto, no contexto da protecção dos direitos humanos, o nível que afecta o objecto e o fim da *Convenção* é rapidamente atingido e depois, porque, nos dois mecanismos, a decisão sobre a validade de uma reserva está confiada não aos Estados, mas a um terceiro, à Corte e ao Tribunal que tentam preservar a integridade da CADH e da CEDH<sup>44</sup>.

### III - O processo

Na composição, natureza e estrutura dos órgãos de controlo e no processo observado no exame das queixas existem também profundas diferenças entre os dois sistemas.

1. No sistema americano, estão previstos dois órgãos:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, composta de sete membros, com sede em Washington, Estados Unidos, com competência, no que importa, para receber as queixas relativas às violações da CADH, instruí-las, elaborar um relatório final com os factos que considera adquiridos e, se assim o entender, submeter o assunto à Corte – artigos 41º a 51º da CADH;
- b) a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, composta de sete juízes, com sede em São José da Costa Rica, com competência para conhecer os casos que, submetidos previamente à Comissão Interamericana, lhe sejam apresentados por esta ou pelos Estados Partes - artigos 61º a 69º da CADH<sup>45</sup>.

41 Cfr. Jacques Velu e Rusen Ergec, *ob. cit.* págs. 160 e segs., e a doutrina aí referenciada.

42 Acórdãos Belilos, de 29 de Abril de 1988, Série A 132, pág. 26, § 55, Chorherr, de 25 de Agosto de 1993, Série A 266-B, pág. 34, § 18, Eisenstecken, de 3 de Outubro de 2000, Recueil 2000-X, pág. 179, § 24, e Jéčius, de 31 de Julho de 2000, Recueil 2000-IX, pág. 286, § 79.

43 Acórdãos Stallinger e Kuso, de 23 de Abril de 1997, Recueil 1997-II, pág. 679, § 48, e Dacosta Silva, de 2 de Novembro de 2006, § 37, ainda não publicado.

44 Lucius Cafilisch e António A. Cançado Trindade, *loc. cit.* pág. 24.

45 Mesmo que, no sistema americano, só a Comissão e os Estados possam solicitar a intervenção da Corte, depois do Regulamento da Corte de 2001, o *locus standi*, a capacidade de estar em justiça, foi concedida aos indivíduos queixosos que passaram a participar directamente em todas as fases do processo.

Podem, por isso, concluir-se que, no processo pendente na Corte, as verdadeiras partes são as vítimas e o Estado requerido e só no plano processual a Comissão.

A Corte não tem um funcionamento permanente; os seus juízes podem desempenhar outra actividade a título principal<sup>46</sup>.

O sistema europeu admite, depois de 1 de Novembro de 1998, apenas o Tribunal, órgão de carácter permanente, composto por 47 Juízes (um por cada Parte contratante), com competência para receber, instruir e julgar os casos que lhe são submetidos.

2. Uma profunda diferença pode ser apontada relativamente a quem pode apresentar queixas individuais.

Segundo o artigo 44º da CADH, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros pode apresentar queixas à Comissão, contendo denúncias ou queixas de violação da CADH por um Estado Parte.

Esta denúncia, apresentada mesmo por quem não seja a vítima da violação alegada, implica que a Comissão abra um processo para verificar, primeiro, se a queixa é admissível, proceder à sua instrução, e elaborar um relatório final.

Radica aqui um dos pontos essenciais do sistema e uma das suas virtudes, permitindo que outros possam intervir para dar voz a quem não possa ou não se encontre em condições para denunciar às violações.

O sistema europeu é baseado na noção de vítima, só a vítima pode apresentar a queixa, e toda a queixa que não seja apresentada pela vítima será rejeitada *in limine*.

E a rigidez desta regra comporta muito poucas excepções, segundo a jurisprudência do Tribunal<sup>47</sup>.

Só pode queixar-se ao Tribunal toda a pessoa física, organização não governamental<sup>48</sup> ou grupo de particulares que se pretenda vítima de uma violação dos direitos ou liberdades reconhecidos pela Convenção por um dos Estados Contratantes - artigo 34º da CEDH.

A *CEDH* não admite a acção popular (*actio popularis*); um requerente não pode queixar-se em nome da população em geral<sup>49</sup>.

Todavia, as organizações não governamentais que possam, elas próprias, apresentar-se como vítimas têm legitimidade para a queixa, carecendo-a em relação às violações que afectem directamente os seus associados, salvo se oferecerem prova de que receberam específicas instruções de cada um deles nesse sentido e apresentarem poderes de representação<sup>50</sup>.

Por vezes, acontecerá que a violação afectará a organização e os seus associados e assim todos poderão apresentar queixa.

46 O sistema Interamericano apresenta-se muito próximo do que existia na Europa até 1 de Novembro de 1998, com a coexistência da Comissão Europeia e o Tribunal.

47 Ver «*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», págs 285 e segs.

48 As organizações não governamentais aqui assinaladas são as organizações de direito privado, ou mesmo pessoas colectivas de direito público, mas que não exercem prerrogativas de poder público, nem prosseguem objectivos da administração pública e que gozem de total autonomia em relação ao Estado.

49 Decisão do Tribunal, de 23 de Maio de 2002, Queixas n<sup>os</sup> 6422/02 e 9916/02, Recueil 2002-V, pág. 361.

50 Decisão do Tribunal, de 25 de Maio de 2000, Queixa n<sup>o</sup> 46 346/99, Recueil 2000-VI, pág. 519.

A noção de vítima deve ser entendida de uma forma autónoma, independentemente do modo como a legislação interna regula o interesse ou a qualidade para agir<sup>51</sup>.

Tende-se a aproximar a noção de vítima da de parte lesada a que alude o artigo 41º, embora a qualidade de vítima seja independente de existir ou não prejuízo; vítima será quem for directamente atingido pelo acto ou omissão litigiosos, sofrendo ou correndo o risco de sofrer directamente os seus efeitos.

Este rigor tende a ser atenuado, como se disse, em algumas circunstâncias especiais.

Assim, nos casos em que há uma ligação particular e pessoal com a vítima, normal mas não exclusivamente por laços familiares, admite-se a apresentação de queixa, em nome próprio, por aqueles que se considerem «vítimas indirectas», isto é, que possam alegar que a violação lhes causou um prejuízo ou que têm interesse pessoal válido em que seja posto termo à violação; assim, os pais e os irmãos podem apresentar-se como vítimas afectadas pela morte do seu parente<sup>52</sup>.

E quando a vítima está impedida, o Tribunal admite que outrem a possa representar, embora nem sempre seja fácil determinar quem pode apresentar a queixa.

Aliás, mesmo uma pessoa que não tenha, ao nível interno, o direito de representar a vítima, poderá, em certas circunstâncias, agir perante o Tribunal em sua representação; em especial, os menores podem dirigir-se ao Tribunal por intermédio de um dos pais, que não detenha o poder paternal e que esteja em conflito com as autoridades a quem critica as decisões e o comportamento à luz dos direitos garantidos pela CEDH<sup>53</sup>.

Se a vítima está impossibilitada de agir, como, por exemplo, se ela está desaparecida ou incomunicável, outra pessoa, nomeadamente um familiar mas não só, pode vir a apresentar, em nome dela, a queixa.

3. Alguma diferença poderia ser detectada na natureza jurídica das medidas provisórias decretada pelo Tribunal e pela Corte.

Mas face à evolução legislativa da jurisprudência do Tribunal é, hoje, possível falar já em coincidência.

Estas medidas provisórias são solicitadas normalmente em duas situações limite:

- a) quando a violação dos DH apresenta aspectos graves e de continuidade: por exemplo, perante uma detenção em condições que eventualmente podem constituir um tratamento desumano ou degradante, o Tribunal ou a Corte podem ser levados a solicitar ao Estado requerido que suspenda, até a apreciação do caso, as condições em que o requerente se encontra detido;
- b) quando a execução imediata da medida em causa torna inútil, ou sem os efeitos reparadores adequados, a posterior decisão: por exemplo, se alguém está na iminência de ser expulso para um país onde corre o risco de ser submetido a

51 Acórdão Gorraiz Lizarraga e outros, de 27 de Abril de 2004, Recueil 2004-III, pág. 242, § 36.

52 Acórdão Luluyev e outros, de 9 de Novembro de 2006, § 111, ainda não publicado.

53 Acórdãos Nielsen, de 28 de Novembro de 1988, Série A 144, págs. 21-22, §§ 56-57, e Scozzari e Giunta, de 13 de Julho de 2000, Recueil 2000-VIII, pág. 138, § 138.

tortura, solicita-se que a expulsão não seja executada antes de ter a oportunidade de examinar os riscos que poderá sofrer o requerente.

O Tribunal pode indicar às partes, *ex officio* ou a solicitação de uma delas, a adopção de medidas provisórias que lhes pareçam desejáveis no interesse das partes (*incluindo a vítima; por exemplo, solicitar que se interrompa uma greve de fome*) ou ao desenrolar normal do processo - art. 39º do seu Regulamento.

As medidas provisórias são aplicadas com muita parcimónia pelo Tribunal e perante indícios seguros dos riscos de violações graves da CEDH, em regra as relacionadas com o seu artigo 3º

Esta solicitação é normalmente acolhida pelos Estados requeridos.

A natureza das medidas provisórias decretadas pelo Tribunal foi discutida na doutrina e na jurisprudência.

Depois de longa discussão e hesitação, o Tribunal, no Acórdão Mamatkoulov e Askarov, de 4 de Fevereiro de 2006<sup>54</sup>, concluiu que, «a inobservância das medidas provisórias por um Estado contratante deve ser considerada como impedindo o Tribunal de examinar eficazmente a queixa do requerente e impedindo o exercício eficaz do seu direito e, por consequência, como uma violação do artigo 34º da Convenção»<sup>55</sup>.

A Corte pode tomar (o Regulamento fala em ordenar - art. 25º) medidas provisórias nos casos de extrema gravidade e quando for necessário evitar danos irreparáveis às pessoas - artigo. 63º da CADH.

Aqui também a Corte agirá *ex officio*, a pedido da Comissão mesmo quando o caso não está ainda pendente na Corte, da vítima, ou de qualquer das partes.

Nunca foi posto em causa o carácter obrigatório das medidas provisórias decretadas pela Corte, medidas inscritas na CADH em termos que não oferecem dúvidas.

Efectivamente, no sistema americano, a Corte pode impor aos Estados medidas de carácter obrigatório nos casos de extrema gravidade e urgência, quando for necessário evitar danos irreparáveis às pessoas - vítimas, testemunhas ou outras pessoas participando no processo internacional -, e mesmo para além das situações de iminente ameaça da vida ou da integridade da pessoa<sup>56</sup>.

Estas medidas traduzem-se ou numa abstenção – não execução de uma sentença de condenação ou numa acção - libertar presos, proteger testemunhas, ou prender e julgar os responsáveis pelas violações.

A Comissão, de acordo com o seu Regulamento - art. 25º - pode também decretar este tipo de medidas; e não obstante esta competência só estar prevista no seu Regulamento, a Comissão, no caso Juan Raul Garza/Estados Unidos,

<sup>54</sup> Recueil 2005-I, pág. 259 e segs.

<sup>55</sup> Cf. o Acórdão Olaechea Cahuas, de 10 de Agosto de 2006, § 81, ainda não publicado, onde se confirma a ideia que já decorria do Acórdão Mamatkoulov de que a não obediência ao pedido do Tribunal constitui por si violação deste artigo independentemente das consequências desse acto para o exame da queixa pois haverá sempre um risco de perturbação do exercício efectivo do direito de queixa.

Sobre este aspecto, ver a minha opinião concordante no Acórdão Mamatkoulov.

<sup>56</sup> Ver o caso da Comunidade da paz de São José de Apartado/Colômbia (2001-2002), onde o Tribunal ordenou que as pessoas deslocadas pudessem regressar às suas casas ou o Caso de “La Nación”/ Costa Rica, de 23 Maio de 2001, onde a Corte ordenou a suspensão da execução de uma sentença contra um jornalista.

decidiu, a 4 de Abril de 2001, que estas suas medidas também tinham carácter obrigatório.

Quando o caso está pendente na Comissão só esta pode solicitar a aplicação destas medidas à Corte; quando o caso já está na Corte, qualquer pessoa e não apenas a eventual beneficiária, pode solicitar directamente a aplicação dessas medidas: no Caso Tribunal constitucional/Peru, a vítima - um dos juizes destituídos desse Tribunal - pediu medidas de protecção provisórias para si e para o seu marido.

Os Estados em causa são obrigados a informar periodicamente a Corte do evoluir da situação.

4. Um outro aspecto onde os sistemas diferem radicalmente é na supervisão da execução dos Acórdãos, confiada no sistema americano à própria Corte, no sistema europeu a um órgão distinto, o Comité de Ministros – n.º 2 do art. 46º da CEDH.

4. 1 O *Comité* de Ministros é um órgão político de Conselho da Europa, composto por um representante de cada Estado membro do Conselho da Europa, ou seja, pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros ou os seus Delegados, os embaixadores permanentes acreditados junto da Organização, e tem desempenhado, sobretudo nos últimos anos, uma acção mais precisa e detalhada, no sentido de conseguir, nesta área, tanto quanto possível, uma verdadeira *restitutio in integrum*<sup>57</sup>.

Uma vez recebido o acórdão condenatório, o *Comité* de Ministros convida o Estado requerido a informá-lo das medidas tomadas na sequência do Acórdão.

Se o Estado em causa cumpre atempadamente todas as obrigações decorrentes do Acórdão e presta a devida informação, o *Comité* de Ministros adopta uma Resolução constatando este facto – artigo 17º das Regras para a supervisão da execução dos acórdãos e dos termos dos acordos amigáveis<sup>58</sup>.

Mas nem sempre os Acórdãos são executados com a celeridade devida.

A lentidão na execução do Acórdão pode derivar de diversos factores, alguns inerentes à complexidade da situação ou outros fundados numa falta de vontade ou mesmo de recusa por parte dos Estados condenados.

Na primeira hipótese, o que acontece com frequência quando há necessidade de alterar as leis, o *Comité* de Ministros, consciente da morosidade desse processo, adopta resoluções provisórias, ditas encorajantes, recomendando, por vezes, a adopção de medidas temporárias que, na prática, possam evitar novas violações que decorram da aplicação de uma norma julgada incompatível com a Convenção<sup>59</sup>.

Ou, então, encarrega a Divisão Geral II (Direitos Humanos), que é o Serviço do Conselho da Europa que presta, nesta área, o apoio necessário ao *Comité* de Ministros, de fornecer toda a ajuda técnica aos Estados para que eles venham a executar o Acórdão.

A segunda hipótese, de falta de vontade ou de recusa, é muito rara; e normalmente os Estados não declaram que não querem cumprir as suas obrigações, mas antes que

57 Gérard Cohen-Jonathan, «*Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de Convention Européenne des Droits de l'homme*», in «*Mélanges Pierre Lambert*», Bruxelles, 2000, pág. 130

58 Estas Regras foram adoptadas pelo Comité de Ministros a 10 de Maio de 2006, aquando da reunião 964ª dos Delegados dos Ministros.

59 Elisabeth Lambert Abdelgawad, «*L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*», in «*Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*», 18me Année, n° 71, 1er juillet 2007, pág. 680.

têm dificuldades, de natureza económica ou outra, para se desobrigarem relativamente à execução do Acórdão.

Nos casos onde se venha a denotar que o Estado em causa não executa as suas obrigações, invocando diversos motivos, mas que no fundo escondem uma falta de vontade ou uma recusa velada, o *Comité* de Ministros tenta, através de resoluções provisórias, exercer toda a pressão política possível sobre esse Estado, chamando-lhe a atenção para as suas responsabilidades e eventuais consequências da sua atitude, deixando uma alusão mais ou menos forte a medidas radicais, e apelando por vezes aos outros parceiros, os Estados Parte e a Assembleia Parlamentar (é o Parlamento do Conselho da Europa, composto por um número variável de deputados por cada Estado Membro).

Sublinhe-se que, nos últimos anos, a Assembleia Parlamentar tem tido um maior protagonismo, encarregando um seu Comité (dos Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos) de seguir a execução dos Acórdãos do Tribunal que suscitem mais dificuldades, chegando a pedir a intervenção dos seus pares juntos dos seus Governos e Parlamentos, ou ameaçando pôr em causa a acreditação das delegações dos Estados que não executem os julgamentos do Tribunal<sup>60</sup>.

No plano dos princípios, o Estatuto do Conselho da Europa obriga os Estados membros a reconhecer a preeminência do direito e o gozo por toda a pessoa dos direitos e liberdades fundamentais, bem como a colaborar sincera e activamente na salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais - artigo 3º<sup>61</sup>.

Ora a recusa sistemática da execução de um Acórdão do Tribunal constituirá uma violação grave do disposto naquele artigo 3º, pelo que um Estado pode ver suspenso o seu direito de representação e ser convidado, pelo *Comité de Ministros*, a sair.

E, se não aceitar o convite, o *Comité de Ministros* pode decidir que o Estado em causa deixe de pertencer ao Conselho da Europa a contar de uma data que ele próprio fixará - artigo 8º do Estatuto.

Mas este remédio extremo, esta verdadeira espada de Dâmocles parece, se não impossível, pelo menos de muito delicada aplicação<sup>62</sup> e, por enquanto, o diálogo construtivo tem possibilitado romper algumas resistências e a adopção de medidas satisfatórias relativas à execução dos acórdãos.

O Protocolo 14 adicional à Convenção tentou minimizar esta situação de desconforto em que se encontra o *Comité* de Ministros face a uma reiterada recusa de um Estado em executar um Acórdão, introduzindo a possibilidade de o Comité de Ministros se dirigir ao Tribunal quando sente que uma Parte se recusa a respeitar um Acórdão deste - nºs 4 e 5 do Artigo 46º da Convenção, na redacção dada por aquele Protocolo<sup>63</sup>.

60 Ed Bates, «*Supervising the Execution of judgments delivered by the European Court of Human Rights: The challenges facing the Committee or Ministers*», in «*European Court of Human Rights – Remedies and Execution of Judgments*», BIICL, 2005, págs.59 e segs.; ver ainda Elisabeth Lambert Abdelgawad, loc. cit., pág. 695.

61 Ver «*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», pág. 336 (anotação ao artigo 54º).

62 Laurent Sermet, «*L'Exécution des Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*», in «*Annuaire de Droit Européen*», 2003, vol I, Bruxelles, 2005, pág. 334.

63 Nesta altura, Fevereiro de 2008, o Protocolo 14 ainda não entrou em vigor, pois falta para tanto a ratificação de um único país, a Federação da Rússia.



O Comité de Ministros pode então submeter à apreciação do Tribunal a questão de saber se a Parte contratante contra a qual o Tribunal verificou uma violação está ou não a cumprir as obrigações que lhe incumbem na execução do Acórdão.

Este processo terá sempre um carácter excepcional a utilizar quando o Comité de Ministros sente que há uma certa resistência na submissão às obrigações que decorrem da verificação da violação da Convenção.

Enfim, será mais uma forma de pressão nos casos em que a Parte contratante tentar protelar a execução do Acórdão do Tribunal.

A questão que se pode colocar é a de saber se não se devia ir mais além seguindo o exemplo da União Europeia.

No sistema comunitário, no caso de reticências na execução de Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, o Estado condenado pode receber um aviso escrito da Comissão ordenando que proceda à execução; e se não cumprir, o Estado expõe-se a multas após um acórdão do Tribunal que constate precisamente essa falta<sup>64</sup>.

Será que, ao introduzir no Protocolo 14 a possibilidade de o Tribunal constatar, a pedido do Comité de Ministros, que um Estado não executa o seu Acórdão, possibilidade inspirada claramente naquele sistema comunitário, não se deveria ir até ao fim e prever adequadas sanções para essas faltas, como o havia proposto a Assembleia Parlamentar?

4. 2 Ao contrário do sistema europeu, há uma carência institucional no sistema interamericano relativamente à supervisão da execução dos acórdãos da Corte.

Tendo em vista esta lacuna, o Presidente da Corte, Cançado Trindade, propôs ao Conselho Permanente e à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, nos anos 2000/2001, a criação de um Grupo de Trabalho permanente da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) daquela Organização, a ser integrado por Representantes dos Estados Partes na Convenção Interamericana, que ficaria encarregado de supervisionar a execução das sentenças e decisões da Corte.

Isto viria preencher o actual vácuo institucional, adoptando-se uma solução próxima da existente no sistema europeu<sup>65</sup>.

Mas, apesar desta lacuna, apesar do todo o esforço de supervisão da execução dos Acórdão ser deixado à Corte, poderá dizer-se que não há grandes diferenças nos princípios e nas formas de acção.

Os Estados gozam de uma certa margem de discricionariedade nesta área, podendo contudo notar-se que a Corte é muito mais precisa na indicação da forma como a violação constatada deve ser reparada a nível interno.

Efectivamente, no caso em que uma violação é constatada, o artigo 63º da CADH permite à Corte distintas formas de reparação, incluindo, muitas vezes, como se viu, para além das reparações pecuniárias, outras, mais imaginativas.

Mas, forçoso é reconhecer que a Corte está menos apetrechada do que o Comité de Ministros europeu para reagir em caso de resistências ou recusas na execução das suas decisões, e por isso se compreende o anseio em confiar esta tarefa a um órgão político.

64 Frédéric Lazaud, ob cit, Tomo I, pág. 42.

65 Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade, «Os efeitos das decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno dos Estados», in «*Liber Amicorum Cançado Trindade*», Tomo V, Porto Alegre, Brasil, 2005, pág. 305.



Recorde-se, aliás, que, nos casos em que um Estado não tenha dado cumprimento às suas sentenças, restará à Corte fazer um relatório à Assembleia Geral da OEA, com as recomendações pertinentes - artigo 65º da CADH.

Nestes termos, mesmo a questão da não execução deixa de ser um problema jurídico para se tornar numa questão político-diplomática a cargo da Assembleia-Geral da OEA.

Sublinhe-se contudo que a Corte tem sabido, com coragem e determinação, e com um alto sentido da sua missão de defesa e promoção dos direitos humanos, e de sancionar as suas violações, contornar e superar os obstáculos que, de quando em vez, têm surgido no seu caminho.

A sua forma de actuação tem sido eficaz, pois raros têm sido os casos em que a pressão moral exercida se revelou insuficiente para que o sistema funcione<sup>66</sup>.

Mesmo perante as complexas medidas pedidas aos Estados nalguns Acórdãos, nomeadamente, nos casos Aloeboetoe/Suriname, Loaysa Tamayo/Peru, Meninos da rua/Guatemala, Trujillo Oroza/Bolívia, ou Barrios Altos/Peru, assinalados *supra*, os Estados esforçaram-se por executar as medidas em causa.

Contudo, em 29 de Julho de 2005, a Corte adoptou uma Resolução, estipulando que, a partir do momento em que decida denunciar o Estado faltoso à Assembleia-Geral da OEA, deixará de solicitar ao Estado em causa informações sobre a execução do Acórdão.

5. Um dos campos onde a Corte goza de uma alargada competência relativamente ao Tribunal é o da emissão de Pareceres<sup>67</sup>.

Segundo ao artigo 64º da CADH, a Corte pode ser consultada pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Comissão e pelas Agências da OEA.

A Corte pode emitir pareceres não só sobre a interpretação da CADH mas também «sobre outros tratados concernentes à protecção dos direitos humanos nos Estados Americanos».

A Corte poderá também, a pedido de um Estado Membro da Organização, emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer das suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais - nº 2 do artigo 64º da CADH.

A Corte interpretou de uma maneira abrangente a área dos instrumentos internacionais que poderiam ser objecto de parecer e, por isso, desempenhou, sobretudo nos primeiros tempos, um papel fundamental na clarificação, promoção e salvaguarda dos Direitos Humanos nos Estados Americanos.

Pelo contrário, o papel do Tribunal em matéria de pareceres é muito limitado.

Segundo o nº 1 do artigo 47º da CEDH, «a pedido do Comité de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos»

66 Quiçá, o maior desafio à sua autoridade e competência aconteceu no tempo do Governo Fujimori, a partir do caso *Castillo Petruzzi/Peru*. Ver, António Augusto Cançado Trindade, «Posfácio», in «*Liber Amicorum Cançado Trindade*», Tomo VI, Porto Alegre, Brasil, 2005, pág. 654.

67 Héctor Fix-Zamudio, «*The European and Inter-American Courts of Human Rights: A brief comparison*», in «*Protection des Droits de l'Homme: la perspective européenne*», *Mélanges Ryszard*», edição de Paul Mahoney e outros, Carl Heymanns Verlag, KG, Colónia, 2000, págs 507 e segs.

Porém, «tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comité de Ministros» n° 2 do referido artigo 47°.

A extrema limitação sobre a competência material para o Tribunal emitir pareceres - apenas sobre questões que não sejam relativas ao conteúdo ou extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da CEDH e dos seus Protocolos ou que possam ser submetidas, no âmbito do direito de queixa, ao Tribunal ou ao Comité de Ministros - acarretou que até hoje o Comité de Ministros só por três vezes tenha solicitado ao Tribunal um pedido de emissão de parecer<sup>68</sup>.

#### IV - Conclusão

Ainda que se possam detectar diferenças nos dois sistemas, elas são mais de natureza processual, pois estruturalmente existe uma clara convergência, mesmo ao nível da interpretação dos textos pela Corte e pelo Tribunal, perseguindo ambos um objectivo comum, o de prevenir primeiro e o de sancionar depois as violações dos Direitos Humanos<sup>69</sup>.

A Corte e o Tribunal desempenham um papel histórico na defesa e promoção dos Direitos Humanos, e têm podido contar, com maior ou menor dificuldade, com a colaboração dos Estados.

Os Estados, ao aderirem às Organizações de protecção dos Direitos Humanos, auto limitam a sua soberania, transferindo uma parte dela para estas mesmas.

Ficam, portanto, obrigados a cumprir as obrigações que voluntariamente assumiram a nível internacional, no respeito de um princípio fundamental do direito internacional, princípio que impõe aos Estados o dever de cumprir de boa fé aquelas obrigações (*pacta sunt servanda*), não podendo alegar motivos internos, de ordem jurídica ou outra, como recusa<sup>70</sup>.

E, logicamente, a de acatarem e cumprirem as decisões juridicamente obrigatórias que emanam dos órgãos dessas mesmas Organizações, nomeadamente as decisões dos seus Tribunais.

O acórdão obriga apenas o Estado parte no processo, não tem eficácia *erga omnes*, entendida no sentido clássico da expressão, na medida em que não obriga os outros Estados a tomarem as medidas constantes do seu dispositivo (<sup>71</sup>); contudo, isto não impede que os acórdãos da Corte e do Tribunal, enquanto interpretam as disposições das Convenções, adquiram uma autoridade própria que se exerce sobre todos os Estados contratantes,

68 Um deles foi aliás recusado por falta de competência do Tribunal.

69 Sobre a interpretação da CADH ver o seu artigo 29°.

70 Isabela Piacentini de Andrade, loc. cit., págs. 147 e segs.

71 Sobre a matéria, Leonardo Nemer Caldeira Brant, «*A res judicata na Corte Interamericana de Direitos Humanos*», in «*Liber Amicorum Cançado Trindade*», Tomo II, Porto Alegre, Brasil, 2005, pág. 393.

tendo em vista a obrigação que sobre eles recai de aplicarem os textos internacionais que subscrevem, tudo isto em conformidade com a jurisprudência mais recente, pois de outro modo ficam expostos a sanção idêntica à infligida no acórdão.

É preciso não esquecer que, pela natureza das suas funções, a Corte e o Tribunal são as instâncias encarregues de interpretar as Convenções e, como tal, os mais qualificados para fixar o sentido e o conteúdo das noções ali inscritas.

Os tribunais nacionais devem assim não apenas aplicar aquelas Convenções, mas também aplicá-las de acordo com a interpretação dada pela Corte e pelo Tribunal, pois só assim se evitam a condenações futuras.

Como o Tribunal sublinhou, os seus acórdãos servem não apenas para julgar os casos que lhe são confiados, mas, mais amplamente, para clarificar, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção, contribuindo, assim, para o respeito pelos Estados dos compromissos assumidos na sua qualidade de Partes Contratantes (72).

A jurisprudência constante da Corte e do Tribunal tem realçado que o objecto e a finalidade da CADH e CEDH é o de assegurar uma efectiva protecção dos direitos ali garantidos<sup>73</sup>.

Estes instrumentos internacionais não admitem nem interpretações restritas nem limitações implícitas, antes exigem uma interpretação dinâmica e evolutiva de maneira a responderem às novas situações.

Efectivamente, o Tribunal, como a Corte, sempre entenderam que aquelas Convenções eram instrumentos vivos, a interpretar à luz das condições de vida actual, de acordo com as transformações que se devem considerar adquiridas no seio da sociedade de que fazem parte os Estados contratantes, pois só assim se protegem os direitos não teóricos ou ilusórios mas concretos e efectivos.

Esta interpretação actualista tem os seus limites, não podendo ser retirado do texto das Convenções um direito que não foi inicialmente consagrado, como o direito a morrer, o direito ao suicídio; mas nada impede que o conteúdo dos direitos consagrados inicialmente seja enriquecido à luz da actualidade; por exemplo, não será possível recusar aos modernos meios de correspondência a protecção que as Convenções garantem à «correspondência» sob o pretexto de que tais formas eram desconhecidas aquando da feitura daqueles textos<sup>74</sup>.

Ou, citando o Tribunal constitucional alemão<sup>75</sup>, todas as instituições nacionais estão, em princípio, ligadas pelas decisões da Corte e do Tribunal; daqui resulta nomeadamente não só um dever para os tribunais internos de tomarem em consideração aquelas decisões, como também a obrigação dos Estados parte não relacionados

72 ) Acórdão Irlanda/Reino Unido, de 18 de Janeiro de 1978, Série A 25, pág. 62, § 154.

73 António Cançado Trindade, «Approximations and convergences in the case-law of the European and Inter-American Courts of Human Rights», in «Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», Bruylant, Bruxelles, 2005, págs101 e segs..

74 Frédéric Lazaud, ob. cit., Tomo II, pág. 316 e segs.

75 Acórdão Görgülü, de 14 de Outubro de 2004, citado por Jörg Gerkrath, «L'effet contraignant des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme vu à travers le prisme de la Cour Constitutionnelle Allemande», in «Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, Ano 17, nº 65, 1 de Janeiro de 2006, págs. 713 e segs.

directamente com a decisão de examinarem a sua ordem jurídica e de se orientarem no sentido de introduzir as modificações eventualmente necessárias.

Os Estados devem aplicar a Convenção em conformidade com a jurisprudência mais recente da Corte e do Tribunal; se o não fizerem, ficam expostos a uma sanção similar à decidida nos acórdãos anteriores.

Aliás, ao conformarem-se com aquela jurisprudência, os Estados limitam-se a cumprir a obrigação geral que subscreveram, nos termos do artigo 1º da CADH e da CEDH, de reconhecerem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades, tais como são enunciados pelas Convenções, e como os interpretam e os explicam a Corte e o Tribunal nos seus acórdãos<sup>76</sup>.

Desta forma, a interpretação daqueles textos feita pela Corte e pelo Tribunal deve ser entendida como fazendo corpo daqueles, como se de uma interpretação «autêntica» se tratasse, impondo-se a todos<sup>77</sup>; pode dizer-se que não são os acórdãos que têm autoridade sobre os Estados membros não partes no litígio, mas as Convenções elas próprias tal como foram interpretadas pelo Tribunal e pela Corte<sup>78</sup>.

Convirá, por isso, a todas as autoridades, mesmo àquelas que não pertencem ao Estado em causa, e entre elas os tribunais, acolher a doutrina que deriva dos acórdãos para evitar futuras condenações por violação.

<sup>76</sup> Rolv Ryssdal, «*Le système de mise en œuvre instauré par la Convention européenne des Droits de l'Homme*», intervenção no Simpósio em honra do Prof. Schmers, Leyde, 7 de Outubro de 1994, § 2

<sup>77</sup> Frédéric Lazaud, ob. cit. tomo II, págs. 332.

<sup>78</sup> Andrew Drzeczewski e Paul Tavernier, «L'exécution des «décisions » des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme», comunicação ao 31º Colóquio da Sociedade francesa para o direito internacional (Estrasburgo, 29-31 Maio de 1997), in «La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international», Paris, 1998, pág. 197.

Certa doutrina vai buscar ao direito comunitário a noção de «autoridade de coisa interpretada» que é dada aos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades para reforçar o carácter «*erga omnes*» dos Acórdãos do Tribunal; ver sobre a matéria, Frédéric Lazaud, ob. cit., tomo II, págs. 330 e segs.

Afigura-se que a função dos Tribunais, o do Luxemburgo no quadro do «reenvio prejudicial» e os de Estrasburgo e de São José no quadro de uma queixa, são substancialmente diferentes para que as conclusões retiradas sobre os efeitos dos Acórdãos daquele sejam transponíveis directamente para os Acórdãos do Tribunal.

## Sur les “Bons” et les “Mauvais” Emplois du *jus cogens*

JOE VERHOEVEN\* \*\*

### Resumo

A noção de *jus cogens*, enquanto conjunto de normas imperativas de direito internacional geral às quais nenhuma derrogação é permitida, surgiu com texto da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, no intuito de gravar de nulidade qualquer tratado que fosse contrário à esse tipo de norma. Ocorre que, nos últimos anos, a referência ao *jus cogens* começou a ser empregada singularmente, deixando de se restringir apenas à análise dos limites impostos à liberdade contratual. O presente artigo trata, assim, das controvérsias que envolvem a aplicação destas normas, vez que diversas das referências feitas ao instituto pela doutrina e na prática contemporânea são pouco convincentes. O estudo em questão depara-se com a utilização indevida do *jus cogens* quando a arguição da ordem pública é utilizada, equivocadamente, para justificar uma solução que, nela, não encontre suas bases.

### Abstract

The idea of *jus cogens* as a set of imperative norms of general international law to which no derogation is permitted has come about with the Vienna Convention on the Law of Treaties in 1969, with the purpose of sealing nullity to any treaty that would be opposed to this type of norm. Nevertheless, in the last years, references to the *jus cogens* started to be used singularly, and it is not anymore restricted only to the analysis of the limits fixed upon contractual freedom. Therefore, this article deals with the controversies involved in the application of these norms, since a number of references are made on this institute by the academy and, in the contemporanean practice, they are weakly convincing. This study faces the unappropriate use of the *jus cogens* when the public order questioning is utilized wrongly to justify a solution that does not find its basis over it.



La notion de *jus cogens* est apparue pour la première fois dans la pratique internationale lors des travaux de la Commission du droit international consacrés à

\* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

\*\* *La présente étude rapporte l'essentiel d'un cours dispensé à Belo Horizonte dans le cadre du III Winter Course on International Law. Elle respecte tout à la fois l'esprit, le contenu et les limites d'un enseignement qui a laissé à son titulaire d'excellents souvenirs.*

la codification et au développement du régime juridique des accords internationaux, qui ont abouti à la signature, le 23 mai 1969, de la convention de Vienne sur le droit des traités (entre États). L'article 53 de celle-ci frappe expressément de nullité le traité «qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général». La même disposition se retrouve dans la convention du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Il est peu de notions qui aient suscité depuis lors autant de commentaires, en sens divers<sup>1</sup>. Un enthousiasme débordant y côtoie les ricanements sarcastiques. Ils ne s'expliquent pas par les controverses entourant les multiples applications dont ce *jus cogens* aurait été l'objet. A ce jour en effet aucun traité n'a été annulé ou déclaré nul pour violation de cet ordre public interétatique. Ce n'est dès lors pas la pratique internationale qui alimente les débats récurrents entourant le *jus cogens*. Les références qui y sont explicitement faites sont rares. On dit d'ailleurs que certaines «autorités», nationales ou internationales, se refusent catégoriquement à en faire mention. Il faut simplement constater qu'à ce jour aucune d'entre elles n'a été saisie, directement ou indirectement, d'une demande de nullité fondée sur l'article 53 de la convention de Vienne, ce qui suffit *a priori* pour expliquer qu'elle n'ait pas à s'y référer explicitement. Mais il est vrai aussi que le *jus cogens* a parfois été invoqué, singulièrement ces dix dernières années, à des fins très étrangères à l'annulation des conventions internationales. Il n'y a pas à s'en étonner fondamentalement. L'«ordre public» - qui est l'équivalent du *jus cogens* dans les droits internes (nationaux) - n'a pas pour seule utilité de restreindre la liberté contractuelle. Il y a là une notion dont les potentialités sont plus larges. Encore faut-il faire la part de ce qui est réellement pertinent dans les recours qui y sont faits.

C'est à ces bons et mauvais «usages» que sont consacrées les lignes qui suivent. Tous peuvent ne pas avoir du «bon» et du «mauvais» des idées identiques, en fonction du rôle qu'ils assignent à l'«ordre public» dans un ordre juridique. Mais il reste que l'on ne peut pas faire avec le *jus cogens* n'importe quoi... comme d'aucuns semblent y être parfois enclins dans la pratique internationale, à la faveur sans doute des imprécisions qui ne cessent d'entourer les traits fondamentaux de l'ordre juridique qui est appelé à la discipliner. La présente étude a pour seul objectif de tenter de préciser synthétiquement la portée utile de ce *jus cogens* dans le droit international contemporain. On conçoit qu'il faille à cette fin quelque peu revenir sur ses caractéristiques générales, telles qu'elles résultent de l'article 53 de la convention de Vienne qui est le premier - et à ce jour le seul - texte qui les a précisées. Il est inutile toutefois - ou du moins est-ce un autre exercice - d'entrer ce faisant dans les multiples commentaires d'ordre philosophique, politique ou littéraire que la notion a suscité depuis près d'un demi-siècle. Les

<sup>1</sup> Parmi une très abondante littérature, voy. not. E. Suy et al., *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, Conférence de Lagossisi, Dotation Carnegie, 1967, 143 pp.; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, 781 pp.

considérations qui suivent sont dès lors essentiellement «techniques»... en dépit du romantisme dont le *jus cogens* est souvent (généralement?) entouré dans la pratique internationale.

### I. Quelques généralités... utiles

C'est à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qu'on doit, on l'a dit, la première affirmation d'un ordre public propre aux relations entre États (internationales). Ce n'est pas que son existence n'ait jamais été évoquée auparavant. Ce serait d'autant plus surprenant que le concept est très banal dans les ordres internes. Il est vrai seulement que les États ont été jusqu'à ces dernières années plus soucieux de leur souveraineté personnelle que de l'intérêt commun qui prétendrait les réunir, ce qui fait aisément comprendre qu'ils n'aient guère été enclins à limiter leur liberté de contracter les uns avec les autres.

Cela dit, l'idée d'une illicéité de l'objet d'une convention, qui en met en cause sa validité, est apparue dès les premiers travaux de la CDI appelée à codifier le droit des traités. Les termes «*jus cogens*» ne sont pas utilisés avant le rapport de Sir Gerald Fitzmaurice, en 1958, mais son prédécesseur, Sir Hersch Lauterpacht, avait déjà évoqué quelques années plus tôt «[d]es principes supérieurs du droit international que l'on peut considérer comme étant les principes de l'ordre international public». Et c'est dans le deuxième rapport de Sir Humphrey Waldock que la définition du *jus cogens* comme une «norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise» est pour la première fois fournie. Cette définition subsistera, même si certaines adjonctions lui seront apportées à l'occasion des commentaires formulés lors des débats au sein de la 6<sup>ème</sup> Commission de l'Assemblée générale des nations Unies et surtout des discussions intervenues durant les deux sessions de la conférence intergouvernementale réunie à Vienne aux printemps 1968 et 1969. C'est à un amendement conjointement présenté par l'Espagne, la Finlande et la Grèce que l'on doit en particulier la référence à la «communauté internationale» dans la définition de cet ordre public propre au droit international<sup>2</sup>.

#### i) Éléments constitutifs

Selon l'article 53 de la convention de Vienne, la règle de *jus cogens* est une «norme impérative du droit international général» et celle-ci est définie comme «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Autrement dit, est une norme à laquelle on peut pas déroger celle dont la communauté internationale a «reconnu» qu'on ne pouvait pas y déroger. On a dit que la définition est circulaire. Ce n'est aucunement le cas. L'article 53 précise

<sup>2</sup> Sur l'histoire de l'article 53, voy. not. A. Gomez Robledo, «*Le jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, t. 172 (1981-III), pp. 37-69.

simplement, mais très utilement, qu'il n'y a aucune règle qui soit nécessairement de jus cogens ; elle ne l'est jamais que si la communauté internationale, c'est-à-dire en tous les cas l'ensemble des États, en a ainsi décidé. Cela paraîtra peut-être élémentaire. Il n'était pas inutile, beaucoup s'en faut, de le préciser. D'aucuns ont laissé croire qu'il y avait là quelque résurgence du droit naturel. Ce n'est aucunement le cas. Sans doute est-il souhaitable que les exigences de la «raison» qui inspire celui-ci soient respectées; elles ne sauraient toutefois constituer des règles d'ordre public si la communauté internationale ne l'a pas voulu ou, du moins, admis, ce qui n'est pas autre chose que du droit positif au meilleur sens du terme. Il serait dès lors malvenu de trouver dans l'article 53 quelque résurgence anachronique du jusnaturalisme, même si celui-ci n'est pas sans séduction.

On notera que, selon cette définition, la règle de *jus cogens* est nécessairement de droit «général», c'est-à-dire qu'elle est pour l'essentiel dans l'état actuel du droit une règle de nature coutumière, voire un principe général de droit. Il s'ensuit qu'elle ne saurait être «impérative» au sens précité si elle demeure purement conventionnelle. Cela va de soi. Comment un accord pourrait-il en invalider un autre? Il suffit qu'il puisse en rendre le cas échéant la conclusion ou l'exécution illicite, ce qui est autre chose. Il est certes possible que des règles de *jus cogens* soient exprimées dans des traités déclaratifs de droit coutumier, mais c'est au seul titre du droit international général dont elle est l'expression que la règle contenue dans le traité est d'ordre public.

La «communauté internationale» visée par l'amendement de l'Espagne, de la Finlande et de la Grèce est devenue la «communauté internationale des États dans son ensemble». L'ajout est largement dû à une initiative du comité de rédaction, qui, selon les termes de son président, «a entendu souligner qu'il ne s'agissait pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États. Il suffit d'une très large majorité»<sup>3</sup>. On comprend ce souci d'écarter explicitement une exigence d'unanimité, qui eût risqué d'entraver considérablement le développement du *jus cogens*. Il est peut-être plus regrettable qu'il soit fait référence exclusivement à une communauté d'États, même dans l'article 53 de la convention de Vienne de 1986 qui est relative aux traités conclus par ou avec des organisations internationales. On conçoit certes qu'une certaine primauté soit reconnue aux États dans la détermination ce qui est essentiel pour la bonne organisation des rapports humains, du moins dans l'état actuel de la chose internationale. Et l'on comprend aisément en particulier que les organisations, qui doivent leur création au seul fait qu'elles ont paru «utiles» à tout ou partie d'entre eux, ne puissent rivaliser avec les sujets originaires du droit international sur ce terrain. Fallait-il toutefois le souligner expressément? N'eût-il pas suffi de renvoyer sans plus à la «communauté internationale dans son ensemble»? Il faut croire que non. On ne peut s'empêcher de constater toutefois que, dans les articles relatifs à la

<sup>3</sup> Voy. not. la citation de K. Yasseen donnée par E. Suy, in O. Corten et P. Klein, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités*, vol. II, Bruxelles, 2006, p. 1911.



responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite finalement adoptés par la Commission du droit international (2001), c'est à cette communauté dans son ensemble qu'il est fait référence, sans autre ajout<sup>4</sup>. Il va de soi que la présence ou l'absence d'un mot - fût-il «l'État» - ne peut à elle seule bouleverser l'économie d'une disposition. On ne peut s'empêcher de croire toutefois que, trente ans après l'adoption de la convention de Vienne sur le droit des traités, la conception de la communauté internationale est sensiblement plus ouverte, à raison même de la diminution du poids de l'État dans les rapports internationaux. Si le constat est fondé, on voit mal qu'il demeure sans effet sur la compréhension de la définition du *jus cogens* qui a été arrêtée à l'occasion de la détermination des causes de nullité des accords internationaux

## ii) Identification

Si le principe de l'«ordre public» ne pose pas en soi de problèmes dans l'ordre juridique international, c'est une autre question que s'entendre sur celles des règles du droit international qui présentent un tel caractère. Certains exemples sont bien connus: l'interdiction du recours à la force, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, les droits de l'homme sous la réserve des dérogations que peuvent connaître certains d'entre eux, etc. C'est peu de choses. On le comprend sans trop de peine, dès lors que rien de très fondamental - en dehors d'exigences élémentaires de sécurité - ne réunit les membres d'une communauté internationale dont la solidarité n'est pas la vertu première, et dont les intérêts, les attentes, les racines culturelles ou idéologiques, etc. demeurent souvent passablement, sinon profondément, divergents.

Cela dit, ces exigences d'ordre public ne peuvent qu'être appelées à se développer dans un «milieu» des membres duquel, la mondialisation aidant, l'interdépendance - dont l'évidence se constate chaque jour davantage - est appelée à croître. Celle-ci ne peut que rendre plus impérieuse la nécessité de s'entendre tout à la fois sur ce qui est objectivement indispensable à une organisation efficace de la communauté des États et sur ce que doivent être les «bonnes mœurs» de ses membres. Il est possible que le droit international traditionnel en sorte passablement défiguré. Nul ne devrait sérieusement s'en plaindre, sauf à idolâtrer des modèles de «coexistence» entre les nations historiquement dépassés. On connaît le poids habituel du juge dans l'affirmation et dans la défense de l'ordre public. Il est clair que son effectivité demeure réduite dans les rapports internationaux, même si sa présence se renforce progressivement. Dans une certaine mesure - comme en témoigne d'ailleurs l'article 66 de la convention de Vienne sur le droit des traités -, le destin du juge et celui du *jus cogens* sont liés. On ne peut que s'en réjouir, en dépit du succès à ce jour limité de l'un comme de l'autre.

<sup>4</sup> Voy. les articles 42 et 48. Aucun ajout ne figurait non plus dans la définition du «crime» qui fut adoptée à la suite du rapport Ago (voy. l'article 19), avant d'être abandonnée par J. Crawford (voy. *infra*, II, c).

### iii) Un droit «général».

La norme de *jus cogens* est nécessairement, on l'a dit, une règle du droit international général et une règle de droit «positif», qui a été voulue par la communauté internationale (des États) dans son ensemble. L'article 53 de la convention de Vienne est très clair sur ce point.

La norme de *jus cogens* est nécessairement, on l'a dit, une règle coutumière dans l'état actuel du droit international. On ne peut en soi catégoriquement exclure que la règle générale exprimée par un principe général de droit puisse également revêtir un caractère d'ordre public. Ce serait un peu étonnant toutefois si ce principe était construit sur la base d'une convergence du droit interne des nations dites civilisées, au sens de l'article 38 du statut de la CIJ. Comment établir ce qui est fondamental pour la communauté interétatique sur la seule base de ce qui est commun à des sociétés nationales, ... en dehors d'évidences qui relèvent plus d'une certaine idée du droit que d'un choix de société? On comprendrait bien mieux qu'un caractère d'ordre public soit affirmé sur la base de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il est difficile assurément qu'il en aille ainsi à propos de «règles» qu'elle prétendrait elle-même formuler, dès lors que l'Assemblée n'a pas le pouvoir d'obliger les États membres hors ce qui relève strictement du fonctionnement interne de l'ONU. Mais cela n'empêche pas qu'elle ait plus que d'autres qualité pour préciser quelles sont, parmi les règles du droit international, celles auxquelles aucune dérogation ne doit pouvoir être conventionnellement apportée.

On notera que, selon l'article 53, la règle de *jus cogens* est une «norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère». Autrement dit, une règle d'ordre public ne peut être modifiée que par une règle d'ordre public. La symétrie est peut-être séduisante, mais elle ne se comprend pas vraiment. Il faut assurément une règle générale pour modifier une règle générale d'ordre public, sauf à considérer que l'on peut déroger à celle-ci par une convention, ... ce qui est la négation même du *jus cogens*. Mais pourquoi faudrait-il que, pour modifier une règle de *jus cogens*, une autre règle de *jus cogens* soit nécessaire, ce qui signifierait qu'un commandement impératif ne pourrait plus jamais (re) devenir supplétif. Ce qui n'a pas de sens ..., les exigences «communautaires» qui ont, à un moment donné, expliqué qu'une règle soit devenue de *jus cogens* pouvant parfaitement expliquer aussi qu'elle cesse ultérieurement de l'être. Ce qui est d'ailleurs tout à fait banal dans les ordres internes. On ne voit pas très bien ce qui a paru justifier, dans l'esprit des membres de la CDI, qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une autre règle de *jus cogens*. C'est apparemment au comité de rédaction que l'on doit l'ajout des mots: «ayant le même caractère», la proposition initiale visant simplement «une nouvelle norme de droit international général». Pour quel motif? On n'en sait trop rien, ... ce qui ne change rien au fait que l'ajout paraisse mal venu.

Cela dit, il faut répéter que la règle contenue dans un traité, si large qu'en soit la ratification, ne peut jamais en tant que telle constituer une disposition d'ordre public. Il ne peut certes pas être exclu qu'un traité soit sur ce point déclaratif d'une règle générale d'ordre public, ou qu'il le devienne particulièrement lorsqu'il est multilatéral. Cela n'empêche que, comme accord, il ne peut jamais exprimer autre chose que l'intérêt particulier de ceux qui en sont convenus, ce qui prive par hypothèse de tout caractère «impératif» au sens de l'article 53 précité la règle qu'il contient.

#### iv) Des concepts voisins

Il n'y a pas que le *jus cogens* pour refléter les exigences de l'intérêt général. D'autres concepts ou mécanismes y renvoient. Il n'y a pas lieu de s'y attarder. L'un d'entre eux, à savoir l'obligation *erga omnes*, mérite néanmoins une mention particulière, à savoir l'obligation *erga omnes* dont le lien avec le *jus cogens* est souvent souligné.

*C'est dans l'affaire de la Barcelona Traction que la CIJ a évoqué pour la première fois l'existence d'obligations des États «envers la communauté internationale»<sup>5</sup>, sans préciser explicitement: «dans son ensemble» mais sans le contester implicitement. L'existence de telles obligations n'est plus mise en doute aujourd'hui, même si la portée utile de leur catégorisation comme «*erga omnes*» ne fait pas à tous égards l'unanimité. Globalement, leur particularité tient au fait qu'elles confèrent à tout État le droit de prendre des contre-mesures contre l'État responsable de leur violation lorsqu'elles sont méconnues - ce qui est admis explicitement dans les articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États<sup>6</sup> -, ainsi que celui d'agir devant un juge s'il y a lieu faire constater cette violation et d'en demander réparation - ce qui n'y est pas expressément précisé, mais semble largement accepté aujourd'hui<sup>7</sup>.*

Entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* des liens évidents existent, dans la mesure même où, dans les deux cas, c'est l'intérêt général qui est en cause. Cela paraît d'autant plus évident que les exemples cités pour illustrer l'un sont très souvent identiques à ceux qui le sont pour illustrer l'autre. Il ne s'ensuit pas toutefois que tout ce qui est *erga omnes* soit aussi et nécessairement de *jus cogens*, et vice-versa. Il peut en effet exister un intérêt général à ce que soit protégé un intérêt purement privé, ce qui ne paraît pas donner à qui que ce soit d'autre que son titulaire qualité pour en demander le respect lorsqu'il est violé. Le délai de préavis dans la matière du contrat de travail est ainsi généralement considéré comme d'ordre public, ce qui invalide les conventions conclues avant le licenciement qui prétendaient y déroger. Mais on voit mal que ce soit quelqu'un d'autre que le travailleur licencié qui puisse s'en prévaloir ... Cela dit, il est vrai que des situations comparables se rencontrent rarement dans le droit international (général), encore fort «élémentaire» à maints égards. Ce qui peut expliquer une assimilation parfois un peu hâtive ... Quoi qu'il en soit, c'est du *jus cogens* seul qu'il sera question ci-dessous.

5 2<sup>ème</sup> phase, 5 février 1970, *Rec.*, p. 32, § 33.

6 Voy. les articles 42 et 48.

7 Voy. la résolution sur «des obligations *erga omnes* en droit international », adoptée par l'Institut de droit international lors de sa 72<sup>ème</sup> session à Cracovie (2005), sur le rapport de G. Gaja (*Ann. IDI*, vol. 71-II, p. 286).

## 2. Les «bons» emplois

Les utilisations qui sont faites de l'ordre public dans les droits internes sont (relativement) nombreuses. Il n'y a guère de sens juridiquement à les réputer «bonnes» ou «mauvaises»; il suffit qu'elles soient ou non prévues par le droit. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment dans le droit international. S'il est question ci-dessus d'un «bon» emploi, ce n'est dès lors pas par référence à quelque critère politique ou moral que ce soit; c'est exclusivement par référence à la pertinence «technique» du recours qui est fait au *jus cogens* pour justifier la réponse apportée à une question particulière. On peut ne pas partager cette approche technique, et ne pas avoir de l'«utilité» du *jus cogens* la même conception. C'est sur ce seul terrain que se situent toutefois les commentaires qui suivent.

Dans les droits internes, à tout le moins «civils», l'utilité de l'«ordre public» se manifeste sur cinq terrains principalement: contractuel, judiciaire, pénal, administratif et international privé. Il ne s'ensuit pas qu'il doive nécessairement en aller de même dans le droit international. Cela va de soi. La référence est toutefois assez naturelle lorsque l'on s'interroge sur son utilité au sein de celui-ci.

### a) Le *jus cogens* contractuel

Il ressort clairement de l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités qu'«est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général». L'«utilité» de ce *jus cogens* se manifeste puisque sa violation entache de nullité l'accord qui le méconnaît<sup>8</sup>. La solution est identique à celle que connaissent les droits internes. Le régime de cette nullité est précisé dans la convention de Vienne. Il s'en faut de beaucoup que toutes les questions qu'il suscite soient clairement réglées. L'une ou l'autre doivent être soulignées:

- la convention de Vienne ne précise pas qui peut demander la nullité. L'article 53 comme l'article 65 sont muets sur ce point. Nul ne contestera sans doute que chacune des parties à l'accord soit en droit de le faire, puisque sa nullité résulte de l'objet du traité - c'est-à-dire de ce qu'elles ont voulu (faire) ensemble - et non point d'un vice qui serait propre à l'un des contractants. Faut-il permettre à des tiers de la solliciter également? On pourrait le comprendre, sauf à faire dépendre la nullité du bon plaisir de chacun de ceux qui, après avoir eu un intérêt à se mettre d'accord, éprouveraient soudain quelque intérêt à se délier de leurs engagements. Mais rien, dans le droit positif, ne suggère que les États, sauf circonstances (très) spéciales, soient en droit de demander la nullité d'une convention à laquelle ils ne sont pas parties... Sauf à avoir recours aux

8 D'aucuns persistent à ne reconnaître à l'article 53 — c'est-à-dire au *jus cogens* — qu'un caractère purement conventionnel. C'est ce qui expliquerait que certains États se refusent à devenir parties à la convention de Vienne, pour ne pas être liés par cette disposition. S'il en va bien ainsi, on voit mal que l'article soit depuis lors devenu coutumier, aucune nullité n'ayant à ce jour été obtenue, ou même (sérieusement) revendiquée, sur cette base. Cela dit, le *jus cogens* paraît bien avoir valeur de principe axiomatique, tant il est vrai qu'il serait contraire à l'idée même d'un ordre juridique que l'on puisse librement déroger par des accords particuliers à celles de ses règles générales qui entendent satisfaire les exigences fondamentales de la société (communauté) des membres de laquelle cet ordre juridique entend discipliner les relations.

- obligations *erga omnes*? Il serait certes plus simple - et plus sage - de confier l'exercice de cette manière d'action publique à une autorité (internationale) distincte des États. Mais on voit mal, dans l'immédiat, à qui - même au sein des Nations Unies - elle pourrait être confiée;
- en règle générale, l'obtention de la nullité n'est soumise à aucune procédure particulière. Le demandeur a pour seule obligation de notifier sa prétention et les raisons qui la sous-tendent aux autres parties intéressées, ceux-ci étant présumés y acquiescer si elles ne formulent pas d'objection<sup>9</sup>. La précision n'est pas sans intérêt, compte tenu notamment des délais prévus. Il n'empêche qu'en cas de contestation sur le *jus cogens*, le recours à la CIJ s'impose si les parties ne s'entendent pas. C'est assurément bien plus remarquable. On aurait tort toutefois d'y découvrir un cas de juridiction obligatoire, ce qui serait bien plus révolutionnaire. La Cour (ou quelque autre juge) n'est en effet compétente qu'à l'égard des États parties à la convention de Vienne, dont la ratification emporte accord à se soumettre à sa juridiction pour ce qui concerne le *jus cogens* s'ils ne formulent pas de réserves sur ce point;
  - la nullité ne peut pas être couverte lorsqu'elle résulte de la violation du *jus cogens*. Cela va de soi. On ne comprendrait pas qu'il suffise de «confirmer» l'objet illicite d'un accord ... pour que celui-ci cesse de l'être. Si ce n'était pas le cas, la nullité serait d'évidence illusoire. Ce qui n'empêche que ce qui était contraire au *jus cogens* puisse un jour avoir cessé de l'être, et permettre en conséquence que l'on y déroge en toute «impunité»;
  - il est propre à la nullité pour contrainte et pour violation du *jus cogens* d'exclure toute divisibilité du traité, ce qui interdit de sauvegarder celles des dispositions de celui-ci qui ne sont pas en soi «illicites». L'article 44 est parfaitement clair sur ce point. La solution est-elle «logique»? On peut en douter. Ce ne serait le cas que si la violation du *jus cogens* contaminait en quelque sorte nécessairement toutes les dispositions du traité. Il est possible qu'il en aille parfois, sinon souvent, ainsi; on ne voit toutefois pas pourquoi il devrait inévitablement en aller ainsi. Seule une volonté «politique» explique dès lors une solution qui ne répond à aucune nécessité intrinsèque; on ne peut toutefois que s'en réjouir dès lors que sont en cause les intérêts fondamentaux de la communauté internationale;
  - par contraste avec l'article 44, l'article 69 de la convention de Vienne, qui traite des «conséquences» de la nullité, n'accorde aucune portée particulière au *jus cogens*. Les conséquences de sa violation sont substantiellement identiques à celles qui sont applicables dans les autres cas de nullité. On peut en être quelque peu étonné. Il est vrai qu'il n'y aurait pas lieu de faire un sort particulier au *jus cogens* si la règle de rétroactivité inhérente à la nullité - laquelle opère *ex tunc*, et non point *ex nunc* comme la terminaison - avait été rigoureusement appliquée par la convention de Vienne. Il n'en est rien. L'article 69 se contente en effet de préciser que «si des actes ont néanmoins été accomplis sur la base

9 Voy. l'article 63 de la convention de Vienne (1969).

du traité nul», toute partie est en droit de «demander» le rétablissement «pour autant que possible [...] de la situation qui aurait existé» s'ils n'avaient pas été accomplis, étant entendu par ailleurs que s'ils l'ont été «de bonne foi» ils ne sont pas «rendus illicites du seul fait de la nullité du traité»<sup>10</sup>. Ce qui n'est pas grand-chose, puisqu'il n'est permis que de «demander» «pour autant que [cela soit] possible»... A tout le moins lorsque le *jus cogens* est en cause, c'est-à-dire lorsque les intérêts fondamentaux de la communauté internationale sont violés, on se serait pourtant attendu à ce que le droit fût celui d'obtenir le rétablissement du *statu quo ante* et pas seulement de le demander, quitte à se contenter d'une indemnisation (financière) s'il se révèle impossible. Force est de constater qu'il n'en est rien, sans qu'on aperçoive clairement - tout réalisme mis à part - la justification de cette «clémence» particulière;

- la primauté du *jus cogens* sur le droit conventionnel a nécessairement pour conséquence que les parties à un traité ne peuvent valablement autoriser un tiers, fût-il l'être juridique (l'organisation internationale par exemple) qu'elles ont mis en place, à n'en pas respecter les prescrits. Cela se comprend sans peine, sauf à devoir admettre que l'on peut impunément méconnaître indirectement ce que l'on ne peut violer directement. Ce qui est vrai pour l'accord des États, l'est aussi partant pour le droit dérivé - unilatéral ou conventionnel - des organisations internationales.

Cette règle ne connaît normalement aucune exception. Elle a toutefois été, plus ou moins clairement, contestée à propos du Conseil de sécurité. D'aucuns semblent en effet considérer que les impératifs du maintien et/ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales doivent lui permettre, lorsqu'il agit dans l'application du chapitre VII de la Charte, d'imposer le cas échéant des obligations qui ne sont pas conformes à l'ordre public interétatique. Ce qui n'est pas, comme en atteste par exemple une jurisprudence récente de l'Union européenne<sup>11</sup>, une hypothèse purement théorique. Il est vrai qu'une organisation ne peut pas plus que des États violer le *jus cogens*, et cela quels que soient ses pouvoirs et ses objectifs. Point n'est besoin d'insister sur ce point. Mais on peut parfaitement admettre que la communauté internationale, dont sont en cause les intérêts fondamentaux, puisse le cas échéant décider elle-même d'y déroger dans des circonstances exceptionnelles. C'est elle-seule qui est maîtresse en dernière analyse des équilibres à trouver. Mais la question est alors de savoir qui peut légitimement la représenter. Les Nations Unies sont, on l'a dit, celles qui peuvent faire valoir les meilleurs titres pour y prétendre. Sont-ils suffisants? On peut en discuter. Mais on voit mal s'ils sont admis que le pouvoir d'en décider, lorsque les besoins du maintien de la paix et de la sécurité internationale sont en cause, soit dénié au Conseil de sécurité, lequel est seul en mesure de prendre, dans l'application du chapitre VII, des mesures obligeant (tous) les États.

<sup>10</sup> Article 69, § 2.

<sup>11</sup> Voy. not. l'arrêt du Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance dans l'affaire *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation* (T-306/01, 21 sept. 2005, *Rec.*, p. 2-3533. Un pourvoi contre l'arrêt est pendant devant la Cour de justice.

- selon l'article 64 de la convention de Vienne, un traité «devient nul et prend fin» lorsque postérieurement à son entrée en vigueur, son objet est devenu illicite par suite de l'apparition d'une nouvelle règle d'ordre public (*jus cogens superveniens*). La solution ne se discute guère en son principe, à tout le moins tant que cette nouvelle règle n'entend pas exclusivement s'appliquer aux conventions conclues postérieurement à son adoption, ce qui pourrait parfaitement se comprendre. On ne peut qu'être hésitant toutefois sur la formulation utilisée. La validité/nullité renvoie nécessairement à la date à laquelle une volonté a entendu «efficacement» créer, étendre ou modifier une situation juridique; elle est parfaitement étrangère aux circonstances qui peuvent expliquer que cette volonté cesse par la suite de produire ses effets. Un traité bilatéral ne devient par exemple pas nul, faute du consentement de l'un de ses signataires, lorsque l'un de ses (deux) contractants le dénonce unilatéralement conformément à l'article 56 de la convention de Vienne. Il suffit qu'il cesse d'être en vigueur. Il en va de même lorsque le *jus cogens* est en cause. Il est certes possible que les effets du traité soient rétroactivement anéantis, si les parties en conviennent ou quelque autorité en décide valablement ainsi. Mais il s'ensuit simplement qu'il y est mis fin rétroactivement, et non qu'il soit «devenu» nul de quelque manière que ce soit.

#### **b) Le *jus cogens* «judiciaire»**

Tout rôle contractuel mis à part, l'«ordre public» modifie jusqu'à un certain point les conditions d'exercice de la juridiction dans les ordres internes. Les solutions nationales sont loin en la matière d'être (toujours) identiques, même au sein d'une même «famille» juridique, chacun adaptant le cas échéant à ses propres besoins, traditions, etc. une mécanique judiciaire traditionnelle. Il ne nous appartient pas d'entrer dans de nombreux détails sur ce point. Force est néanmoins de constater que, de manière générale, l'ordre public exerce en ces matières une triple influence, bien entendu variable en fonction des particularités propres à chaque droit national;

- si l'ordre public n'attribue comme tel aucune compétence à un juge plutôt qu'à un autre, il peut limiter la compétence qui est reconnue à certaines juridictions;
- lorsqu'il est en cause, l'ordre public peut le cas échéant modifier les rapports qui sont normalement établis entre les diverses autorités qui interviennent du début à la fin du processus judiciaire;
- l'ordre public peut le cas échéant altérer le rôle respectif du juge et des parties dans la conduite des procès, tel que le reflète l'adage *jura novit curia*.

Les questions évoquées ci-dessus ne sont pas (totalement) ignorées de la pratique internationale, même si la place à ce jour limitée qu'y occupe la juridiction en atténue d'évidence l'importance. Seules celles qui sont visées sous le deuxième tiret en paraissent inconnues. Elles supposent en effet un «corps judiciaire» entre les éléments duquel l'instance est appelée à cheminer selon des règles précises pour l'application desquelles l'ordre public n'est pas indifférent, règles qui font totalement défaut



dans la pratique internationale. Il n'y a pas en effet des juridictions de 1<sup>ère</sup> instance, d'appel, de cassation, etc., hors les quelques constructions conventionnelles - à dire vrai, plus proches du droit interne que du droit international - dans lesquelles les États ont hiérarchisé les rapports établis entre les composantes du système juridictionnel qu'ils ont progressivement mis en place. Ce qui est par exemple le cas dans l'Union européenne.

La pratique internationale est également peu fournie en ce qui concerne les deux autres problématiques mentionnées. Un certain écho s'y fait toutefois entendre, fût-ce au prix de certaines confusions.

### **i) La compétence du juge?**

Dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)*, la Cour a rappelé que le «seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties»<sup>12</sup>. Autrement dit, il ne suffit pas d'alléguer que le *jus cogens* a été violé pour que le juge soit en droit de statuer sur la réalité et/ou les conséquences de cette violation, fût-il la Cour internationale de justice. On peut - on doit sans doute - le déplorer «politiquement»; on ne saurait le contester juridiquement.

De la même manière, le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de l'Union européenne paraît s'être reconnu le droit de contrôler la légalité des décisions du Conseil de sécurité dès lors que le *jus cogens* était en cause, dans une affaire concernant les sanctions prises contre des personnes suspectées de faire partie de groupes terroristes<sup>13</sup>. La décision a fait, à certains égards, scandale. Il n'y a pas à s'effaroucher vraiment qu'un juge communautaire (interne) contrôle la légalité des décisions prises par un exécutif onusien lorsqu'elles mettent en cause les droits de particuliers, à tout le moins tant que les juges internationaux s'y refusent. Il paraît bien y avoir là une exigence élémentaire de l'état de droit (*rule of law*). Mais l'ordre public (*jus cogens*) est étranger comme tel à sa compétence, qui doit être établie ou écartée sur la seule base des règles générales du droit communautaire qui la déterminent et qui ne lui font aucune référence.

Dans l'ordre interne, la violation de l'ordre public peut toutefois entraîner l'incompétence d'une juridiction, en dépit du fait qu'elle ne suffit jamais à lui donner compétence. Il en va particulièrement ainsi pour ce qui concerne l'arbitrage: les différends mettant en cause l'ordre public ne sont en règle générale pas arbitrables, et cette incompétence est elle-même d'ordre public, ce qui autorise tout intéressé à s'en prévaloir même si l'inarbitrabilité n'a pas été soulevée devant l'arbitre ou admise par lui. La règle n'est pas appliquée partout avec la même rigueur. Elle fait l'objet d'«accommodements», particulièrement dans l'arbitrage commercial international. Elle ne se vérifie toutefois pas dans la pratique internationale «publique». Il n'existe

<sup>12</sup> *Rép. dém. du Congo c. Rwanda*, 3 févr. 2006, *Rec.*, p. 50, § 125.

<sup>13</sup> Voy. not. l'arrêt cité *supra*, note 11.



aucun litige qui ne puisse pas être soumis à un arbitre au motif qu’il met en cause le *jus cogens*. L’article 66 de la convention de Vienne est tout à fait clair sur ce point<sup>14</sup>. L’explication n’est pas que l’on soit moins attentif au respect de l’ordre public dans les relations interétatiques. Elle est simplement que la CIJ n’y est pas (encore) le juge de droit commun investi par la «loi», par rapport auquel le juge arbitral doit être tenu pour «exceptionnel». L’un et l’autre ne sont jamais compétents en droit international que si les intéressés sont convenus d’accepter leur juridiction.

## ii) Les réserves à la compétence du juge?

Dans son avis sur les *réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a déclaré compatible avec l’objet et le but de la convention la réserve par laquelle l’un de ses signataires récuse la compétence de la Cour pour connaître des différends relatifs à son interprétation et à son application<sup>15</sup>. Le crime et l’obligation de le prévenir ou de le réprimer subsistent, mais le pouvoir du juge disparaît. La conclusion a été réaffirmée cinquante ans plus tard dans l’affaire relative aux *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)*, lorsque la Cour elle fut appelée à statuer sur les mesures conservatoires qui lui étaient demandées<sup>16</sup>. La différence est sans doute que l’avis de 1951 fut rendu à propos d’une question abstraite, alors que l’ordonnance de 2002 concernait un génocide largement avéré. Elle n’a pas paru justifier quelque aménagement que ce soit à la solution de principe affirmée cinquante ans plus tôt. On le comprend. Une chose est que les intérêts fondamentaux de la communauté internationale, que reflète le *jus cogens*, soient mieux pris en compte; autre chose est que le juge, dont le rôle demeure quelque peu marginal, en soit saisi. Il est intéressant de relever toutefois que, dans leur opinion individuelle commune jointe à l’arrêt sur la compétence et la recevabilité de la requête, les juges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma, «considér[ant] comme très grave qu’un État soit à même de soustraire à l’examen judiciaire international une requête le mettant en cause pour génocide»<sup>17</sup>, ont estimé qu’«il n’est [...] pas évident qu’on ne puisse pas considérer une réserve à l’article IV comme incompatible avec l’objet et le but de la convention», en invitant clairement la Cour à réexaminer sa jurisprudence sur ce point, à tout le moins dans des contextes comparables à celui du génocide rwandais. Il ne s’ensuit pas que l’ordre public puisse désormais suffire pour établir la compétence du juge. Il en ressort seulement que si cette compétence est conventionnellement établie elle ne peut pas être unilatéralement récusée, sauf à refuser de devenir partie au traité, ce qui était sans doute l’enjeu principal en 1951, ou à prévoir explicitement dans la convention que des réserves peuvent être formulées en dépit de l’importance des enjeux, ce qui ne serait sans doute plus admis aujourd’hui.

On sait que, lors de la conférence de Vienne, l’intention fut un moment de généraliser le recours à la CIJ pour tout litige relatif à la nullité d’un traité. La majorité n’en a pas

14 Voy. l’alinéa a).

15 28 mai 1951, *Rec.*, pp. 24 et s.

16 3 février 2006, *Rec.*, p. 31, §§ 34 et s.

17 *ibid.*, p. 71, § 25.

voulu. Le rejet du juge n'est toutefois pas total, puisque «toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 et 64 [de la convention de Vienne] peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour», selon son article 66, a). Autrement dit, le recours au juge s'impose dans toutes les contestations mettant en cause le *jus cogens*. Des réserves peuvent-elles être formulées à propos de l'article 66, a)? La convention de Vienne n'en dit rien. En l'absence d'une disposition les prohibant explicitement, on ne voit pas ce qui devrait interdire qu'elles soient exprimées, comme elles l'ont été à propos de l'article IX de la convention sur le génocide (1948). Il est possible qu'une telle réserve doive être écartée lorsque, dans des circonstances particulièrement graves, elle a pour effet d'empêcher toute constatation officielle de la violation de dispositions d'ordre public. C'est ce que suggère par exemple de l'opinion individuelle précitée, jointe à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)*. Mais on ne saurait *a priori* juger toute réserve à l'article 66, a), incompatible avec l'objet et le but de la convention de Vienne, qui sont seulement de définir dans des termes acceptables pour tous les États le régime juridique des traités. Sans doute les autres parties ne sont-elles pas tenues d'admettre ces réserves; il n'en résulte pas qu'il faille les considérer comme nulles. Dans le respect des dispositions de la convention, chacune d'elles est libre de déterminer les effets qui s'attachent à ses objections, si dommageables puissent-elles être à certains égards pour l'intégrité du traité. Cela dit, on ne saurait d'aucune manière admettre, comme certains États l'ont prétendu, qu'ils puissent ne pas être tenus de respecter l'article 53 - c'est-à-dire l'ordre public - dans leurs rapports avec ceux qui n'acceptent pas l'article 66 - c'est-à-dire la compétence de la CIJ -. Car aucune réserve ne peut nécessairement être formulée à l'article 53 qui sanctionne de nullité le traité qui viole l'ordre public, ... sauf à nier l'existence même de celui-ci<sup>18</sup>. Que ces réserves - passablement ambiguës - soient relativement nombreuses n'y change rien.

### iii) *Jura novit curia*

«Le juge sait le droit». L'adage est bien connu dans les droits internes. On ne voit pas pourquoi il ne serait pas applicable dans le droit international, certaines décisions juridictionnelles y ayant d'ailleurs fait explicitement référence. Que «sait» le juge international, comment le sait-il et pourquoi est-il censé le savoir? A dire vrai, les réponses à ces questions ne sont pas très claires. Mais il est vrai aussi qu'il serait étonnant que ces réponses soient totalement différentes dans l'ordre international de celles qui leurs sont apportées dans les ordres internes<sup>19</sup>. Qu'il nous soit cependant permis de ne pas entrer plus avant que les interrogations que l'adage soulève, tout intéressantes qu'elles soient. Il nous suffit de nous attarder très brièvement sur l'importance que peut y revêtir l'ordre public.

L'adage *jura novit curia* est le reflet d'une répartition des rôles respectifs du juge et des parties dans le déroulement du procès, du moins tels qu'ils sont généralement

18 Voy. Joe Verhoeven, « *Jus cogens* and Reservations or « Counter-Reservations » to the Jurisdiction of the International Court of Justice », in K. Wellens (ed.), *Liber amicorum E. Stoy*, 1998, pp. 195 et s.

19 Voy. Joe Verhoeven, « *Jura novit curia* et le juge international », in *Essays in Honour of Christian Tomuschat*, 2006, pp. 635 et s.

admis dans les droits occidentaux héritiers du droit romain. Elle laisse le fait sous la responsabilité des parties et le droit sous celle du juge. «*Da mihi factum, dabo tibi jus*» est un autre adage bien connu, qui donne tout son sens au précédent. En simplifiant quelque peu, il appartient dès lors aux parties de fournir au juge le *factum* qui lui est indispensable pour exercer son office, c'est-à-dire de lui faire connaître les caractéristiques factuelles du litige qu'il lui est demandé de trancher, ainsi que sa cause, c'est-à-dire les faits ou comportements qui, selon le demandeur, justifient sa prétention. C'est au juge seul qu'il appartient en revanche de dire en la matière le droit, un droit qu'il est irréfragablement présumé connaître et qui ne doit pas partant lui être prouvé, du moins pour ce qui concerne les règles dont est constitué l'ordre juridique qui lui a conféré le pouvoir de juger. Le juge est censé connaître «son» droit national, et ignorer le droit étranger ... qui n'est, dans l'ensemble, qu'un fait parmi d'autres qui comme tout fait doit lui être prouvé. La présentation est sans doute un peu simpliste, et pèche par excès de schématisme. Il n'y a pas lieu de s'y attarder ici, sinon pour mettre en lumière le rôle que pourrait jouer l'ordre public dans cette construction.

L'ordre public n'a rien à voir *a priori* avec les faits, qu'il appartient aux parties de fournir au juge dans la mesure requise pour que celui-ci puisse faire droit à leur demande ou à leur défense. On voit mal d'ailleurs comment il pourrait, sinon au risque de sérieux dangers pour la justice, s'informer lui-même. Il n'y a pas de connaissance personnelle qui puisse sur ce point pallier les défaillances des parties, hors le cas échéant ce qui est de notoriété publique ou de commune renommée. Mais il y a là des problèmes relatifs à la preuve du fait, qui sont étrangers aux questions de *jus cogens* qui seules concernent des règles de droit.

Si le juge sait - et est le seul à être censé «savoir» - le droit, il n'a pas à attendre sur ce point quelque preuve que ce soit de la part des parties ... à tout le moins pour ce qui concerne le droit général. La chose est singulièrement plus compliquée *a priori* s'agissant du droit particulier, c'est-à-dire des contrats (traités), ... même si ceux-ci font l'objet en droit international d'un enregistrement auprès du Secrétariat général des Nations Unies. Ce qui n'existe pas dans les ordres internes. S'il «sait» le droit, le saurait-il mieux s'il est de *jus cogens*. On n'en voit pas la raison. La question est plutôt de savoir s'il peut trancher le litige dont il est saisi sur la base de règles autres que celles dont le demandeur ou le défendeur sollicite l'application. S'il est seul à (bien) «savoir» ce qu'est le droit, on voit mal ce qui devrait le lui interdire. La difficulté est seulement qu'il n'est saisi que de ce que les parties lui demandent et de rien d'autre, ... On conçoit dès lors qu'il lui faille être prudent en la matière, sous peine d'en arriver à modifier indirectement ce qui a été demandé en changeant la règle de droit applicable à la demande. Cela dit, on voit mal qu'il puisse lui être interdit de faire d'office - c'est-à-dire quand bien même les parties ne le lui auraient pas demandé - application d'une règle d'ordre public. Bien au contraire, il doit en avoir l'obligation, sauf à l'exposer au risque d'être associé à une violation des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Ce qui serait pour le moins paradoxal...

La conclusion est un peu théorique, on en conviendra, tant la place du juge demeure encore discrète et le rôle du *jus cogens* passablement hypothétique dans la pratique contemporaine. On ne saurait toutefois pour ce seul motif en mésestimer l'importance

### c) Le *jus cogens* «pénal»

S'il est une matière qui est dominée par l'idée d'un ordre public, c'est assurément le droit pénal. C'est par ce qu'ils compromettent les intérêts fondamentaux de la société que certains comportements sont réprimés par des peines, qui peuvent aller jusqu'à priver provisoirement, voire définitivement (du moins en théorie), une personne de sa liberté. Les incriminations comme les peines peuvent varier d'un État à l'autre. La nécessité d'une répression pénale n'est toutefois contestée par aucun d'entre eux, étant entendu que les règles qui l'organisent sont d'ordre public en manière telle que les particuliers ne peuvent d'aucune manière en disposer. Il n'y a pas place notamment pour des accords qui entendraient y déroger, même si certains arrangements peuvent le cas échéant être conclus afin d'aménager directement ou indirectement la procédure pénale sans mettre aucunement en cause les règles de fond dont celle-ci doit assurer la mise en œuvre.

Il n'y a rien qui doive exclure que cette répression pénale trouve une place dans la «communauté» internationale, à tout le moins si ses membres considèrent que certaines conduites sont à ce point attentatoires à des impératifs fondamentaux que, toute réparation de leurs conséquences dommageables mise à part, il convient d'en «punir» les responsables pour qu'ils ne soient point tentés de les répéter à l'avenir. Il est vrai que la répression doit être adaptée au caractère abstrait de la personnalité des États, et (de la plupart) des autres sujets du droit international. Il ne s'ensuit pas qu'elle perde tout sens à leur endroit, même s'il est clair qu'il n'y a pas de peines privatives de liberté qui puissent normalement être appliquées en pareille perspective, ... sauf à faire peser sur les seules personnes (physiques) à l'intermédiaire desquelles l'État (n') a (pas) agi la peine qui frappe celui-ci. C'est dans cette direction que la CDI semble s'être engagée lorsque, en 1976, elle a, sous l'impulsion du professeur Ago, adopté dans le cadre de son projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, un article 19 consacrant l'existence de «crimes» et de «délits» internationaux, jusqu'alors totalement inconnus de la pratique internationale (interétatique). L'innovation a suscité à l'époque un vif émoi, partisans et adversaires de cette criminalisation s'opposant parfois vertement sur son bien-fondé. On connaît la suite de l'histoire. En 2001, l'ex-article 19 a été abandonné, à l'initiative principalement du nouveau (et dernier) rapporteur de la Commission, le professeur J. Crawford. Est-ce à dire que la notion même d'infraction pénale doit être jugée inconcevable dans le droit international? Ce serait sans doute aller trop loin. Rien ne pourrait logiquement (raisonnablement) expliquer qu'elle ne trouve aucune place dans l'ordre juridique qui régit les rapports entre les États (sujets du droit international). A la condition toutefois de s'entendre sur la nature des infractions, et sur les sanctions qui sont appelées à les réprimer.

Dans le projet de 1976, le crime était défini comme «le fait illicite qui résulte d’une violation par un État d’une obligation si essentielle pour la sauvegarde d’intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté»<sup>20</sup>. Il est entendu que toute autre violation d’une règle de droit international constitue un «délit», ... ce qui laisse *a priori* croire qu’il n’y a aucune d’entre elles qui ne soit pas réprimée pénalement. Telle ne paraît toutefois pas être l’intention de la Commission; le «crime» seul semble appeler une sanction (pénale), le délit reposant sur une faute que l’on dirait «civile» n’appelant pas une répression spécifique. Et il ne semble pas que toute violation d’une règle de *jus cogens* au sens du droit des traités soit nécessairement constitutive d’un crime au sens du droit de la responsabilité<sup>21</sup>. Cela dit, la définition du crime a été critiquée, et les exemples fournis jugés peu convaincants à maints égards. Il est vrai qu’elle n’était pas parfaite, mais n’en semblait pas moins suffisante pour engager le droit international dans une voie jusqu’alors inconnue. En particulier, on ne saurait lui reprocher d’être circulaire. Comme pour le *jus cogens*, elle dit seulement qu’il n’y a un crime que là où la communauté internationale décide qu’il doit y avoir un crime parce que ses intérêts fondamentaux sont menacés, ce qui est bien la moindre des choses.

Le vice est ailleurs. C’est simplement que les conséquences du «crime» ne sont aucunement précisées, fût-ce à propos des exemples fournis. Accessoirement, c’est aussi que rien n’est dit de la manière dont ce crime doit ou peut être constaté, c’est-à-dire notamment par quelle autorité et au terme de quelle procédure<sup>22</sup>. Et l’on conçoit sans peine que si ces conséquences sont «lourdes», il faille accorder à cette dernière une importance particulière. Ces questions sont «essentielles», en ce sens que, en dehors d’elles, la répression pénale perd tout intérêt. Sur le terrain «civil» de la réparation, la gravité de la violation du droit est en effet substantiellement sans pertinence. C’est l’importance du dommage qui est seule déterminante, même si, bien plus accessoirement, la nature de la faute doit parfois être prise en considération. Sans doute est-ce la gravité de celle-ci qui explique le crime, mais ce sont bien les conséquences qui lui sont attachées qui «font» celui-ci. Et il faut reconnaître que le projet de la CDI était muet sur ce point en 1976, et l’est resté par la suite<sup>23</sup>.

S’il n’est plus question d’un «crime» dans le projet de 2001, toute référence à la gravité de la faute n’y a pas disparu. Son article 41 précise en effet ce que sont les conséquences des «violations graves d’obligations découlant de normes impératives du droit international général». C’est-à-dire de règles de *jus cogens*. Force est de constater que ces conséquences se réduisent à peu de choses, à savoir principalement ne pas reconnaître comme licites les situations créées par ces violations, et coopérer pour mettre fin à celles-ci. Ce n’est pas rien, ... mais cela reste très éloigné de ce

20 Article 19, § 2.

21 Voy. G. Gaja, « *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention* », *RCADI*, t. 172 (1981-III), pp. 300-301.

22 Pour une synthèse de ces critiques, voy. not. D. Bowett, *Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility*, *EJIL*, 1998, pp. 163 et s.

23 Voy. toutefois les précisions que l’avant-dernier rapporteur de la CDI, le professeur G. Arangio-Ruiz, s’est efforcé d’apporter sur ce point (les articles 52 et 53 du projet de 1996).

qu'évoque, fût-ce indirectement, une répression pénale. Il est vrai aussi que si «l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble», tout État, même non lésé, paraît en droit de prendre des contre-mesures<sup>24</sup>. On demeure loin toutefois en pareille hypothèse d'une logique répressive ... même si, en dernière analyse, c'est le respect du droit qui est, ici comme ailleurs, recherché.

Cela dit, il faut noter que les normes impératives, évoquées ci-dessus, dont la violation grave justifie des conséquences particulières paraissent couvrir toutes les règles de *jus cogens*, même si toutes, on l'a dit, ne véhiculent sans doute pas — à tout le moins nécessairement - des obligations *erga omnes*. Virtuellement, cela pourrait suggérer que l'objectif doit être, à plus ou moins long terme, d'assortir ces règles de sanctions pénales lorsque le développement de la communauté internationale le permettra. Ce serait probablement une erreur. Comme le confirment les droits nationaux, certaines règles sont d'une importance telle qu'elles relèvent de l'ordre public contractuel et/ou judiciaire, au sens précité, sans néanmoins que leur violation soit pénalement sanctionnée. Autrement dit, toute violation d'une règle d'ordre public ne doit pas nécessairement être constitutive d'une infraction au sens du droit pénal, même si toute infraction pénale implique nécessairement la violation d'une règle d'ordre public. L'expérience paraît bien confirmer que la distinction est sage; on voit mal qu'il en aille différemment dans le droit international, lorsqu'il sera suffisamment développé pour en faire utilement usage.

Une dernière précision: qu'il n'y ait pas de «crime» dans l'ordre juridique international (interétatique) n'implique pas que les actes qui ont été cités comme criminels lors de l'adoption de l'article 19 du projet CDI de 1976 ne puissent - le cas échéant, ne doivent - pas être punies par un tribunal national dans le chef des personnes physiques qui les ont accomplis, ou s'en sont rendus complices, voire par le tribunal international qui aurait été mis en place à cet effet. Mais c'est en application du droit national de l'État intéressé - ou des règles particulières d'un droit international conventionnel - que la compétence du tribunal sera établie et la répression exercée, dans le respect des exigences qui sont propres à l'une comme à l'autre. Celles-ci sont d'évidence étrangères à celles qui devront être prises en considération lorsque l'État dont ces personnes sont les organes, ou sous la juridiction ou le contrôle duquel elles se trouvent, sera poursuivi et jugé en tant que «criminel».

#### **d) D'autres recours au «*jus cogens*»?**

Il appartient à chaque ordre juridique de déterminer quelles sont les applications qui peuvent utilement être faites de l'ordre public. Dans les ordres internes, il existe principalement, outre les domaines évoqués ci-dessus, un ordre public dit international privé et un ordre public administratif. Le premier permet au juge d'écarter l'application d'une loi étrangère normalement compétente en vertu de la règle de conflit ou de ne pas reconnaître la force obligatoire d'un jugement (décision) étranger(ère) lorsqu'il considère que leur donner ainsi effet aboutirait à mettre en cause des exigences

<sup>24</sup> Voy. les articles 48 et 54.

(valeurs) fondamentales de l'État du for. Le second permet de manière générale à l'autorité publique de prendre des mesures de «police» dérogatoires au droit commun dans les circonstances exceptionnelles où l'ordre public est menacé.

Rien de tel n'existe en droit international public. On le comprend sans trop de peine. Un ordre public «administratif» n'a en effet pas beaucoup de sens dans une communauté (très) peu organisée, des membres (étatiques) de laquelle la souveraineté demeure sans doute la première caractéristique. Il est vrai que le chapitre VII de la Charte donne au Conseil de sécurité des pouvoirs de police «exceptionnels». Mais il ne sert à rien pour l'instant de les réfléchir en termes d'ordre public, dans la mesure où celui-ci ne dispose pas, hors le chapitre VII, de pouvoirs ordinaires par rapport auxquels ceux qui sont conférés par celui-ci peuvent (doivent) être tenus pour une exception. De la même manière, le droit international est le seul droit «interne» de la communauté interétatique. Il n'existe aucun ordre juridique étranger qui ait quelque titre que ce soit à le concurrencer, c'est-à-dire à prétendre régir tout ou partie des relations de ses sujets. Ce qui suffit à faire perdre toute pertinence à un *ius cogens* dont, à l'image de son homologue de droit international privé, l'effet propre serait d'écarter l'application des règles d'un ordre juridique concurrent ou de ne pas reconnaître l'autorité qu'il a accordée à des décisions judiciaires (juridictionnelles) ou administratives.

Cela ne doit, bien sûr, pas exclure qu'il puisse y avoir en droit international d'autres emplois utiles, «autonomes», de l'ordre public. Force est néanmoins de constater qu'à ce jour, il n'en existe pas.

#### **4. De «mauvais» emplois.**

Des pages qui précèdent, il ressort clairement que l'utilité de l'ordre public demeure à ce jour limitée en droit international public. Cela résulte tout à la fois de la (relative) pauvreté (pénurie) des valeurs et/ou exigences qui sont tenues pour impératives au sein de la communauté internationale, et du caractère encore rudimentaire de son organisation dont témoigne par exemple la place toujours réduite qui y est faite au juge. Cela n'empêche pas que les références au *ius cogens* paraissent se multiplier, comme s'il suscitait aujourd'hui un grand enthousiasme contrastant avec le scepticisme ricanant d'hier. Il faut sans doute s'en réjouir, du moins si l'on tient qu'il ne peut y avoir de droit «civilisé» en dehors de l'affirmation d'un ordre public. Force est néanmoins de constater que les nombreux appels faits au *ius cogens* dans la doctrine ou la pratique contemporaines sont souvent peu convaincants. Il y a là sans doute de «mauvais» emplois qui doivent être chassés. Ce n'est pas nécessairement que la proposition soit en elle-même dépourvue de fondement; c'est du moins qu'elle s'appuie inutilement sur l'ordre public pour justifier une solution qui trouve ailleurs son fondement.



Il n'y a pas lieu sans doute d'entrer dans le détail de ces emplois inappropriés ou superflus, ni d'en faire un inventaire complet qui excéderait les limites de la présente étude. L'un ou l'autre demandent toutefois que l'on s'y arrête quelque peu.

### a) La naissance ou la disparition de l'État

Au lendemain de la fin de la guerre froide, des lignes directrices sur la reconnaissance des nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique ont été adoptées au sein de la Communauté européenne pour en prévenir tant que faire la dislocation sauvage<sup>25</sup>. Et la commission d'arbitrage de la Conférence sur la paix et la sécurité en Europe a été notamment appelée dans ce contexte à donner des avis sur la reconnaissance des États nés du démembrement de la Yougoslavie dont les diverses composantes s'entredéchiraient. C'était un exercice pour le moins curieux - à tout le moins aux yeux des puristes -, fût ce parce que l'on n'aperçoit pas vraiment ce qu'il y a lieu d'«arbitrer» en l'occurrence, surtout dans le chef d'un organisme qui ne repose sur aucun accord en droit entre les parties à l'«arbitrage».

Dans ce contexte, la commission a, dans un avis souvent cité, affirmé qu'un État né de pratiques - par exemple génocidaires - qui violent l'ordre public, devait être tenu pour illégal, et ne pouvait partant être reconnu. Nul ne peut contester en l'espèce l'existence d'un génocide, dont les auteurs sont ou devraient être au demeurant poursuivis devant le Tribunal pénal sur l'ex-Yougoslavie institué par le Conseil de sécurité. Que, dans un arrêt récent<sup>26</sup>, la CIJ ait jugé que la Serbie ne pouvait comme telle est tenue pour responsable du crime de génocide n'y change rien. L'intéressant pour ce qui nous concerne est ailleurs. C'est simplement que l'on n'aperçoit pas quelle peut être l'incidence de la violation du *ius cogens* sur l'existence d'une personnalité étatique. L'État naît en effet de la seule conjonction de trois éléments «objectifs» — une population, un territoire et un gouvernement indépendant — à un moment donné. Et il meurt lorsque l'un d'eux disparaît. Il y a là des faits qui se suffisent à eux-mêmes, même s'ils sont dus à des conduites criminelles dont les responsables peuvent ou doivent être amenés à rendre compte. De la même manière qu'un enfant né d'un viol ou d'une relation adultérine est tout autant un sujet de droit que celui-ci qui est né de la relation consentante entre deux époux légitimes...ou qu'un décès se constate objectivement qu'il résulte d'une cause naturelle, accidentelle ou criminelle.

L'ordre public est important pour criminaliser certaines conduites, quels que puissent être les arguments avancés pour les expliquer (justifier). Il est vrai que la naissance d'un État pourrait être indirectement le résultat de sa violation, par exemple si elle a été «décidée» par des États qui ont légalement cherché à sanctionner celle-ci. Et il est vrai que le nouvel État pourrait aussi en être, d'une manière ou d'une autre, déclaré rétroactivement responsable, en tout ou en partie. Il n'en reste pas moins que cette violation est comme telle sans effet sur la naissance ou la disparition; dans l'état

25 11 décembre 1991 (texte in *RGDIP*, 1992, p. 261). Voy. gén. Joe Verhoeven, « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau ? », *AFDI*, 1993, pp. 22-24.

26 Voy. l'arrêt rendu le 26 février 2007 dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), spécialement les paragraphes 377 à 415 et le point 2 du dispositif.



actuel du droit international, celles-ci demeurent la résultante exclusive d'effectivités. On peut estimer que le droit devrait être changé sur ce point... même s'il semble prudent d'y réfléchir à deux fois, avant de laisser aux «vertueux» le droit de vie ou de mort sur les naissances étatiques.

### **b) La hiérarchie entre les sources de droit**

Il est clair que les règles d'ordre public (*jus cogens*) bénéficient d'une supériorité hiérarchique par rapport à celles auxquelles elles permettent de déroger, par exemple en frappant de nullité une convention ou en autorisant le juge à soulever d'office un moyen qui n'a pas été présenté par les parties.

L'ordre public est déterminant en pareille hypothèse, parce que la force obligatoire de la convention aurait été reconnue ou le moyen de droit écarté s'il n'avait pas été violé. Cela n'empêche qu'il existe nécessairement d'autres rapports hiérarchiques que ceux qui sont exprimés par la «supériorité» du *jus cogens*, tout comme d'autres solutions - législatives ou jurisprudentielles - que la primauté hiérarchique peuvent être utilisées pour départager les règles concurremment applicables à une situation qui s'avèrent incompatibles l'une avec l'autre. Il en résulte naturellement que certaines règles sont plus «impératives» que d'autres, puisqu'elles l'emportent en cas de conflit. Mais cette impérativité est étrangère à celle qui est évoquée à l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Ce qui est en cause, ce n'est pas le respect de «valeurs» fondamentales<sup>0</sup>; c'est uniquement la cohérence d'un ordre juridique qui pourrait être radicalement compromise s'il n'accordait pas, fût-ce conditionnellement, une priorité à certaines règles par rapport à d'autres lorsqu'elles ne peuvent pas l'une et l'autre s'appliquer, simultanément ou non, à une même situation.

Aucun détour par le *jus cogens* n'est en pareil cas justifié, et moins encore nécessaire, pour expliquer la priorité reconnue à une règle par rapport à une autre. Il suffit par exemple que l'on puisse en principe pas déroger par un acte unilatéral à une coutume - sauf si et dans la mesure où celle-ci le permet elle-même - pour qu'un tel acte soit dépourvu d'effet s'il prétend y déroger. - Il est parfaitement indifférent à cet égard que cette coutume soit ou non d'ordre public. Il en va de même dans les rapports entre l'acte unilatéral et le traité. La seule différence est en pareil cas que la règle du traité ne saurait comme règle conventionnelle être d'ordre public, car c'est aux règles générales seules que peut être attaché un caractère de *jus cogens*. On pourrait multiplier les exemples. Ce ne sont jamais toutefois les «valeurs» fondamentales dont ces règles sont le cas échéant l'expression qui expliquent la primauté qui leur est reconnue; c'est exclusivement leur localisation dans la hiérarchie des sources de droit dont s'accompagne, fût-ce implicitement, tout ordre juridique.

Point n'est besoin de revenir à cet égard sur ce qui a été souligné ci-dessus. Tout au plus faut-il rappeler que l'article 103 de la Charte des Nations Unies, qui accorde primauté à celle-ci - et, dans l'interprétation généralement admise, aux décisions qui sont prises sur la base de la Charte par les organes que celle-ci a institués - sur les obligations qui lient les membres de l'ONU «en vertu de tout autre accord

international», participe également d'une logique purement hiérarchique. Il règle un «banal» problème de conflit de conventions, de soi parfaitement étranger à la problématique du *jus cogens*.

Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'ordonnance du 13 septembre 1993 de la CIJ relative aux mesures conservatoires demandées dans l'affaire de l'application de la convention sur le génocide, le juge Lauterpacht a déclaré que «la solution que l'article 103 de la Charte offre au Conseil de sécurité [...] ne peut aller jusqu'au point où une résolution du Conseil de sécurité entrerait en conflit avec le *jus cogens*», après avoir affirmé que «[d]ans le *jus cogens*, la norme impérative relève d'une catégorie qui l'emporte à la fois sur le droit international coutumier et sur le droit conventionnel»<sup>27</sup>. On comprend que le Conseil de sécurité ne puisse normalement pas déroger au *jus cogens*, ce qui ne pourrait logiquement se concevoir que s'il était en mesure de donner à ses décisions un caractère de *jus cogens*. Mais cela n'a rien à voir avec le conflit de conventions évoqué à l'article 103. En revanche, on voit mal ce qui pourrait expliquer que l'on ne puisse pas déroger par une règle coutumière, c'est-à-dire générale, à une autre règle générale. Sauf à considérer que les règles qui sont d'ordre public le resteront éternellement... La chose a déjà été soulignée<sup>28</sup>. Il faut rappeler seulement que l'on est en présence en pareil cas d'un conflit, en soi banal lui aussi, entre deux règles générales. On peut le cas échéant présumer que la règle (générale) d'ordre public doit en pareil cas l'emporter sur celle qui ne l'est pas. Mais la solution n'a rien de «nécessaire». Elle reflète seulement le caractère *a priori* raisonnable d'une solution - dirait-on de «bon sens» si ces termes pouvaient avoir une signification utile - qui paraît s'imposer en l'absence d'une indication claire sur la volonté du législateur, même diffus au sein de la «communauté» internationale, de déroger à ce qui était jusqu'alors d'ordre public. Il ne s'ensuit toutefois pas que telle doive être nécessairement la solution, même en l'absence de telles indications.

### c) Le droit des réserves

Dans son «Observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte», le Comité des droits de l'homme a affirmé que «[d]es réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte»<sup>29</sup> et qu'«[i]l en va de même de certains droits auxquels il n'est pas permis de déroger - interdiction de la torture et de la privation arbitraire de la vie par exemple - et qui, en tout état de cause, ne peuvent [pas] faire l'objet d'une réserve puisque ce sont des normes impératives»<sup>30</sup>.

La solution ne se conteste pas, sur le fond. La motivation laisse perplexe. Si une règle est d'une impérativité telle qu'il ne peut y être dérogé par une convention, et *a*

27 *Rec.*, 1993, p. 440, § 100.

28 *Voy. supra*, I, iii).

29 CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, §8.

30 *Ibid.*, § 10.

*fortiori* par une réserve unilatérale, c’est parce qu’elle est foncièrement une règle de droit général, et non pas de droit conventionnel. Il importe peu à cet égard qu’elle soit ou non reproduite dans une convention. Et si une telle réserve est nécessairement dépourvue d’effet par suite de la violation du *jus cogens*, il importe peu qu’elle ne soit pas compatible avec «l’objet et le but» du pacte, ou de toute autre convention.

#### **d) L’«intégrité» institutionnelle**

Les dispositions qui, dans les ordres internes, concernent l’organisation, la compétence et le fonctionnement des autorités ou des services de l’État sont normalement d’une «impérativité» telle que l’on ne peut y déroger conventionnellement ou s’y soustraire de quelque manière, sauf si et dans la mesure où ces dispositions le prévoient elles-mêmes. A dire vrai, on le comprend sans trop de peine. On voit mal comment l’appareil de l’État pourrait efficacement et harmonieusement fonctionner s’il en allait différemment. Cela est toutefois étranger à l’ordre public, au sens de l’article 53 de la convention de Vienne. Il suffit que les exigences du bon fonctionnement institutionnel de l’État doivent être respectées.

Cette logique a peu d’écho dans le droit international, dès lors que sa structure institutionnelle demeure particulièrement pauvre. Les organes des Nations Unies font peut être exception à cet égard, du moins virtuellement. Il est entendu néanmoins que la «primauté» qui serait reconnue au droit institutionnel de l’ONU repose techniquement sur l’article 103 de la Charte et qu’il est parfaitement inutile de lui trouver, dans l’immédiat, un autre fondement. Faut-il à cet égard faire une place particulière au juge onusien, c’est-à-dire à la CIJ? Cela ne paraît pas justifié. On a précédemment souligné que le *jus cogens* n’est pas sans intérêt pour ce qui le concerne, dans la mesure où le moyen tiré de sa violation devrait pouvoir être soulevé d’office - c’est-à-dire alors même que les parties ne l’ont pas invoqué, voire même s’y opposent — par la Cour. Pour le reste, il est sans importance. Pas plus qu’en droit interne, sa violation ne suffit par elle-même à la rendre compétente, en l’absence d’un accord des parties. Et l’on voit mal qu’il puisse être interdit à celles-ci d’exclure les différends relatifs au *jus cogens* de la compétence qu’elles reconnaissent à un juge, à tout le moins lorsque leur accord ne comporte aucune disposition avec l’objet ou le but de laquelle cette restriction de compétence puisse être jugée incompatible. Pour le reste, il va de soi que les dispositions qui régissent le fonctionnement de la Cour doivent être respectées, par elle et par les parties. Sauf à rendre l’exercice de la justice totalement «imprévisible». Il est possible, une fois de plus, que les dispositions statutaires qui régissent le fonctionnement de la CIJ, ou de toute autre juridiction, laissent au juge ou aux parties une certaine liberté de choisir dans chaque cas d’espèce les conditions dans lesquelles la justice sera rendue. Il n’y a pas à s’en étonner. Après tout, c’est à celui qui fabrique l’outil qu’il appartient de décider de ses utilisations acceptables, et des conditions auxquelles chacune d’elle sera optimale. Mais cela n’a rien à voir avec le *jus cogens*, contrairement à ce que l’on paraît parfois soutenir<sup>31</sup>.

31 Voy. par ex. R. Kolb, «Théorie du *jus cogens* international», *RBDI*, 2003, pp. 35 et s.

### e) La répression pénale et le droit des immunités

D'aucunes ont considéré que les conventions organisant la répression de crimes particulièrement graves donnent aux juridictions des États qui y sont parties le pouvoir de poursuivre les personnes qui sont suspectées d'avoir commis de tels crimes, alors même qu'il n'existerait aucun lien (personnel, territorial, etc.) entre la personne poursuivie et l'autorité poursuivante. C'est notamment ce qui a été avancé en Belgique pour justifier une compétence pénale dite universelle, dont les formes ont dû être toutefois - et non sans raison - progressivement édulcorées<sup>32</sup>. C'est aussi ce qui est implicitement soutenu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie lorsqu'il affirme, dans l'affaire *Furundzija*, que l'une des conséquences du caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture pourrait être le droit pour tout État d'en poursuivre et d'en extraditer les auteurs présumés, à tout le moins lorsqu'ils sont présents sur son territoire<sup>33</sup>. Il en va certainement ainsi s'il est établi que l'intention des parties contractantes était bien d'accorder à leurs juridictions un tel pouvoir, en manière telle que son exercice ne peut comme tel susciter de contestations dans leurs relations mutuelles. Il est singulièrement plus douteux qu'il en aille ainsi en l'absence d'une convention. On peut certes affirmer que l'exercice de la répression pénale n'est assorti d'aucune restriction - hors le droit à un procès équitable - sur le terrain du droit international général. Si ce n'est - et il est probable que ce ne soit - pas le cas, on ne voit pas que, sur ce terrain, le *jus cogens* présente quelque intérêt. En particulier, il ne confère comme tel aucune compétence à un juge (une autorité) nationale, dont les pouvoirs dépendent du seul droit interne qui lui est applicable, dans le respect des règles de droit international qui en conditionnent l'exercice. Sans doute est-il vrai que la violation du *jus cogens* suscite une obligation de répression - ce qui est d'ailleurs le cas pour toute infraction pénale -, mais cette violation à elle-seule ne confère (ou ne retire) à un juge interne (ou international) aucune compétence que ce soit, lorsque le droit interne (ou international) n'en a pas ainsi décidé.

Dans le même souci de faire respecter des commandements fondamentaux, un courant doctrinal récent - largement inspiré par des ONG - a par ailleurs soutenu que l'immunité de juridiction (ou d'exécution) dont l'État ou ses agents jouissent en vertu du droit international doit être écartée lorsque sont en cause des violations du *jus cogens*<sup>34</sup>. Certains tribunaux lui ont emboîté le pas. Rares demeurent toutefois les juridictions suprêmes qui ont cautionné une telle solution. On cite classiquement sur ce point un arrêt de la cour de cassation d'Italie et de l'Areios Pagos grec. La cour de cassation d'Italie a écarté l'immunité de juridiction (civile) de l'État étranger, dans une action en réparation intentée par les victimes italiennes de travaux forcés imposés par les autorités allemandes durant la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale; elle a jugé que la règle coutumière d'immunité devait céder le pas devant le caractère de *jus cogens* attaché à l'interdiction des travaux forcés en droit international<sup>35</sup>. Dans une affaire mettant

32 Voy. P. d'Argent, «L'expérience belge de la compétence universelle: beaucoup de bruit pour rien», *RGDIP*, 2004, pp. 597 et s.; Joe Verhoeven, «Pour une critique de la compétence universelle», in Remald, Série «Thèmes actuels» n° 48, Marrakech, 2004, pp. 119 et s.

33 N° IT-95-17/1, 10 déc. 1998, §§ 155-157.

34

35 Ferrini c. Rép. féd. Allemagne, 11 mars 2004, n° 5044, *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539.

également en cause la réparation de crimes commis par l'Allemagne durant la 2<sup>ème</sup> guerre, l'*Areios Pagos* a lui aussi rejeté le moyen tiré de l'immunité dès lors qu'était en cause la réparation de dommages causés par des violations du *jus cogens*<sup>36</sup>. La solution est toutefois moins nette, dans le mesure où elle est formellement justifiée en l'espèce par double motif que n'étaient pas en cause des actes accomplis *jure imperii* et que l'Allemagne doit être considérée comme ayant renoncé à l'immunité dès lors qu'elle est devenue partie à la convention européenne sur l'immunité des Etats (1972). Ces motifs ne sont pas très convaincants. On voit mal en effet qu'un caractère *jure imperii* puisse être dénié à un acte pour la seule raison qu'il a violé le *jus cogens*, ou que la renonciation à l'immunité puisse être déduite de la seule participation à la convention de Bâle, en l'absence de tout autre élément établissant que telle était bien l'intention des parties contractantes. Le fait n'en est pas moins - et il est intéressant de le constater - que ce n'est pas la violation du *jus cogens* qui, à elle seule, a été en l'espèce jugée suffisante pour écarter l'immunité de juridiction.

On peut comprendre les réticences que suscite la règle d'immunité, particulièrement lorsque la violation de règles fondamentales est en cause. -En dépit des hésitations mentionnées ci-dessus, la pratique paraît néanmoins maintenir en principe le bénéfice des immunités en pareil cas. - C'est ce que l'Institut de droit international a constaté en 2001 à l'occasion de l'adoption d'une résolution sur l'immunité de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international<sup>37</sup>, et c'est aussi ce qu'a jugé la CIJ en 2002 dans un différend opposant la République démocratique du Congo à la Belgique à propos de la légalité du mandat d'arrêt décerné par un juge belge contre son ministre des Affaires étrangères en exercice<sup>38</sup>. Dans l'un et l'autre cas, les motifs laissent clairement entendre que ce qui est vrai pour le chef d'État ou de gouvernement et pour le ministre des Affaires étrangères doit l'être également en principe pour les autres bénéficiaires d'une immunité. Il n'y a dès lors pas à être surpris que la Cour suprême de justice de l'Ontario ait, en 2004, constaté à son tour que la pratique internationale ne confirmait pas que l'État perdait le bénéfice de son immunité devant un tribunal étranger au seul motif qu'était en cause une violation du *jus cogens*<sup>39</sup>.

Si difficulté il y a, elle est en l'occurrence de concilier cette solution avec le droit de toute personne à un procès équitable, qui est consacré par les instruments protecteurs des droits de l'homme. Il n'est pas contesté en effet que ce droit à un procès implique le droit d'accès à un juge qui est indiscutablement restreint par l'immunité ... même s'il n'est littéralement consacré en matière pénale qu'au profit du défendeur qui doit être en mesure de contester judiciairement le bien-fondé de l'accusation dont il est l'objet. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé à cet égard que la restriction véhiculée par l'immunité devait être admise dès lors que, imposée par le droit international, celle-ci poursuivait un but légitime et que ses conséquences ne

36 Préf. Vojotia c. Rép. féd. d'Allemagne, 4 mai 2000, *ILR*, t. 129, p. 514.

37 *Ann. IDI*, vol. 69, p. 742; voy. les rapports de Joe Verhoeven, *ibid.*, pp. 441 et s. et les délibérations de l'Institut, *ibid.*, pp. 600 et s.

38 Voy. l'arrêt du 14 février 2002, spécialt. pp. 23 et s., §§ 56 et s.

39 1<sup>er</sup> mai 2002, *Bouzari et al. c. Rép. islamique d'Iran*, *ILR*, vol. 124, pp. 427 et s. Voy. gén. F. Poirat in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international et immunités : contestation ou consolidation ?*, 2004, pp. 54 et s.

pouvaient pas être jugées disproportionnées eu égard à l'objectif poursuivi<sup>40</sup>. Dans une affaire *Al-Adsani* mettant en cause l'immunité de juridiction accordée à l'État du Koweït par un tribunal britannique, la Cour n'a pas admis qu'il fallait faire une exception à cette règle dans les cas où la violation du *jus cogens* était établie<sup>41</sup>. On peut éprouver un certain étonnement devant le fait que la Cour de Strasbourg prétende apprécier au regard de la convention européenne des droits de l'homme la légalité de l'immunité que le droit international accorde à l'État du Koweït qui n'est pas partie à celle-ci. Sur le fond, sa décision ne prête pas à doutes. Entre les deux règles générales que constituent respectivement celle qui accorde l'immunité et celle qui consacre le *jus cogens*, il n'y a pas de supériorité automatique de l'une sur l'autre, même si certains juges dissidents ont, à tort sans doute, affirmé que «du fait de [la] primauté» qui est reconnue au *jus cogens*, «toute autre règle du droit international» - en ce compris une règle coutumière - «est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative»<sup>42</sup>. Cela dit, on ne voit pas où est l'incompatibilité entre la règle qui prohibe la torture - ce qui était en cause dans l'affaire précitée - et celle qui accorde une immunité. Il n'y en a pas davantage entre la règle des droits de l'homme qui garantit le procès équitable et celle qui accorde une immunité. Celle-ci prive le demandeur d'un droit d'accès au juge devant lequel l'immunité est à bon droit soulevée; elle ne le prive pas de tout accès à un juge, par exemple au juge de l'État national mis en cause. Il est vrai que le demandeur pourrait, en cette matière comme en bien d'autres, préférer s'adresser à quelque autre juge; cela ne suffit pas à soi seul pour priver l'État ou ses organes de l'immunité que le droit international leur reconnaît<sup>43</sup>. On comprend mal à ce titre que, non contents de prétendre écarter l'immunité en cas de violation du *jus cogens*, d'aucuns puissent avoir sérieusement soutenu que la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens doit être tenue pour nulle et de nul effet en tant qu'elle n'écarter pas ces immunités en cas de violations de l'«ordre public»<sup>44</sup>. Ce n'est jamais que si aucun accès à un juge n'était reconnu à un particulier - ce qui n'est pas, notamment lorsque sont en cause des organisations internationales, une hypothèse parfaitement théorique - que la règle d'immunité devrait sans doute être écartée. Ce n'est pas que la règle générale de *jus cogens* bénéficie de quelque primauté intrinsèque par rapport à celle qui accorde une immunité à un État étranger devant le for; c'est seulement qu'il faut, en l'absence d'indications contraires, présumer que l'intention du «législateur» (international) a été de préférer l'intérêt «privé» du particulier demandeur d'avoir recours à «un» juge à l'intérêt «public» de l'organisation (ou de tout autre sujet du droit international) à être soustrait à «tout» juge.

40 Voy. gén. J. Verhoeven, in J. Verhoeven, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, 2004, pp. 120 et s., 130 et s.

41 *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, 21 nov. 2001, spécialt. §§ 52 et s.

42 Op. diss. Rozakis et Cafilish, rejoint par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vaji, § 1<sup>er</sup>.

43 Voy. J. Verhoeven, in J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 140.

44 Voy. L. Mc Gregor, «State Immunity and Jus Cogens», ICLQ, 2006, p. 443; Ch. Keith Hall, «UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol», *ibid.*, p. 424. L. Mc Gregor est «former State Immunity Project Coordinator at Redress» et Ch. Keith Hall «Senior Legal Adviser, International Justice Project, Amnesty International».

### **f) La protection des personnes**

La protection dite diplomatique, par l'effet de laquelle l'État prend fait et cause pour son national en demandant réparation du dommage qui a été causé à celui-ci en violation du droit international, a perdu aujourd'hui une bonne part de son intérêt. Cela tient notamment au recours direct devant un juge international - du moins devant un juge commun à plusieurs États institué par un traité entre ceux-ci - dont les particuliers disposent (de plus en plus) souvent dans la pratique contemporaine. Les instruments de protection des droits de l'homme ou la convention instituant un arbitrage CIRDI devenu de plus en plus fréquent en offrent notamment de remarquables exemples.

Il s'en faut de beaucoup toutefois que la protection diplomatique puisse (ou doive) aujourd'hui être rangée parmi les outils du droit international devenus obsolètes. Il subsiste en effet de nombreux États et de nombreuses matières dans lesquels aucun recours comparable n'est organisé. C'est par le truchement de son État national que le particulier peut alors espérer obtenir indirectement la constatation de la violation du droit dont il fut la victime et la réparation du dommage qui en est résulté. Pour que cet État obtienne gain de cause, on sait qu'il faut notamment que son ressortissant ait préalablement épuisé (en vain) les voies de recours internes, et que sa nationalité soit effective au sens de l'arrêt Nottebohm, voire la plus effective s'il est multipatride. Ces conditions restreignent assurément les possibilités de protection dont peuvent bénéficier les particuliers, toutes lourdeurs (lenteurs) inhérentes aux procédures internationales mises à part. Il en va ainsi quelle que soit la nature de la règle internationale dont la violation a causé un préjudice au particulier, pour autant du moins que le recours à cette protection ne soit pas implicitement ou explicitement exclu du fait notamment de l'accès direct au juge qui lui est reconnu. Il importe peu à cet égard que cette règle soit ou non d'«ordre public» (*jus cogens*). On peut assurément comprendre que certains aient sinon soutenu, du moins suggéré, que tout État sinon peut, du moins puisse, exercer la protection diplomatique lorsque sont en cause les victimes de crimes reposant sur une violation du *jus cogens*<sup>45</sup>. On peut accepter la proposition *de lege ferenda*; elle n'a aucun appui dans la *lex lata*. Cela dit, c'est moins la gravité de la violation que celle de ses conséquences qui devrait sans doute être prise à cette fin en considération, sauf à multiplier des recours de principe très étrangers à l'intérêt bien compris des particuliers. Et l'on peut se demander aussi s'il n'y a pas quelque contradiction à vouloir élargir le recours à des instruments passablement archaïques pour défendre des solutions aussi «modernes».

### **4. Un élément de conclusion?**

Il y a sans doute quelque schizophrénie à multiplier d'un côté les appels à l'ordre public - ce qui reste toutefois très relatif - sans se donner de l'autre les moyens effectifs de le sanctionner. Ce n'est pas douteux, même s'il est heureux en soi que

<sup>45</sup> Sur la protection diplomatique et les droits de l'homme, voy. de manière générale J.-F. Flauss, «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique» in *Liberté, Justice, Tolérance – Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, 2004, pp. 813 ss.



le «législateur» international anticipe quelque peu, voire largement, les évolutions. Arriver trop tôt, ce n'est pas l'idéal; arriver trop tard, c'est catastrophique. Il est clair qu'il faudra pas mal de temps encore avant que le juge international soit effectivement appelé à déclarer nuls des accords par suite de la violation du *jus cogens* consacré à l'article 53 de la convention de Vienne (1969); c'est mieux néanmoins que dénier dans l'immédiat toute validité à l'argument d'«ordre public».

Il est très remarquable à cet égard que les appels au *jus cogens* aient tendance à se multiplier dans la pratique contemporaine, en dépit des commentaires ironiques ou scandalisés qu'il suscite encore (trop) souvent. Cela tendrait à prouver que le déficit des valeurs et autres exigences fondamentales que manifeste la «communauté» internationale n'est pas si accusé que d'aucuns le prétendent, même si les opinions sont loin en la matière d'être toujours unanimes. Sans doute y a-t-il encore pas mal de chemin à parcourir avant que les unes et les autres soient pleinement reconnues, ce qui explique d'ailleurs que la communauté soit encore souvent (très) peu communautaire... C'est une autre chose d'évidence que vérifier si les techniques du droit international sont suffisantes pour conférer au *jus cogens* la place qui devrait lui revenir. Ce n'est pas seulement que les rouages institutionnels font défaut ou, du moins, sont défectueux. Il en va en particulier ainsi pour le juge, dont la présence demeure réduite même si elle peut paraître parfois, en certaines matières, encombrante. C'est aussi, et peut-être surtout, que les techniques sur lesquelles s'appuie le «droit» du droit international public restent parfois (souvent) à ce point grossières qu'elles ne sont guère en mesure de conférer au *jus cogens* la résonance, l'amplitude qui devrait être la sienne. Comme ces instruments qui ignorent encore tout des musiques dont ils pourraient vibrer.

# **Principais Instrumentos Internacionais no Campo do Desarmamento e Controle de Armamentos**

## **O Papel das Nações Unidas**

SERGIO DUARTE\*

### **Resumo**

Desde o final do século XIX a comunidade internacional tem envidado esforços para a consecução de acordos no campo do desarmamento e controle de armamentos. Nas Conferências da Haia, na Liga das Nações e finalmente sob a égide das Nações Unidas, têm sido levados a cabo esforços constantes para estabelecer normas que buscam a limitação da corrida armamentista, a proibição de certas categorias de armamentos e em última análise a promoção do objetivo do desarmamento geral e completo como base para a manutenção da paz e segurança internacionais. Apesar de muitas decepções e frustrações durante as últimas décadas, é sem dúvida estimulante notar que tem sido possível a adoção de diversos acordos importantes, tanto relativos a armas convencionais quanto a armas de destruição em massa. Esse artigo apresenta os principais instrumentos de direito internacional positivo no campo do desarmamento e tece alguns comentários sobre os antecedentes e perspectivas atuais desses esforços. Também se refere brevemente à questão da ameaça do uso de armas de destruição em massa por terroristas para seus próprios objetivos políticos e à reação da comunidade internacional até o momento.

### **Abstract**

Since the end of the 19th century the international community has endeavored in earnest to achieve agreements in the field of arms control and disarmament. At the Hague Conferences, in the League of Nations and finally under the aegis of the United Nations efforts have been consistently undertaken to arrive at norms that would limit the armaments race, provide for the prohibition of some categories of armaments and ultimately promote the objective of general and complete disarmament as the basis for the maintenance of international peace and security. Despite many setbacks and frustrations over the past decades, it is somewhat encouraging to note that a number of significant agreements have been achieved, both regarding conventional weapons and weapons of mass destruction. This article lists the main body of positive international law in the field of disarmament and provides some comments on the political background and present prospects of those efforts. It also touches briefly on the question of the looming threat of terrorists using weapons of mass destruction for their political ends and the responses so far provided by the international community.

---

\* Alto Representante das Nações para Assuntos de Desarmamento

## **Introdução**

Na história da humanidade não faltam tratados internacionais e acordos plurilaterais e bilaterais no campo do desarmamento e controle de armamentos, tanto no que respeita às armas de destruição em massa quanto aos armamentos convencionais. Pode-se contudo afirmar que de maneira geral a comunidade internacional não está satisfeita com o tratamento dessas questões nos diversos foros em que elas são suscitadas. As principais preocupações dizem respeito às armas de destruição em massa, principalmente nucleares, embora a corrida armamentista e a falta de progressos para sua contenção se manifestem também no campo das armas convencionais. Novos engenhos bélicos são acrescentados constantemente aos arsenais tanto de países ricos quanto de países mais pobres, prejudicando os esforços de desenvolvimento econômico e social e contribuindo para tornar mais agudas as tensões e rivalidades globais e regionais. A proliferação de armamentos envolve aspectos quantitativos e qualitativos: os primeiros dizem respeito ao aumento do número de armas existentes e de países que as possuem e os últimos se referem ao aperfeiçoamento tecnológico, com o objetivo de torná-las mais mortíferas e precisas.

Ao longo da História, os Estados têm preferido defender sua segurança mediante a posse de armamentos, a fim de enfrentar desafios reais ou potenciais a sua integridade e soberania. Essa ainda é a realidade nos tempos correntes. A principal dificuldade na obtenção de acordos eficazes e duradouros no campo do desarmamento e do controle de armamentos tem sido justamente a pouca disposição dos governos, principalmente, mas não unicamente, os mais armados, de abrir mão dos engenhos bélicos de que já dispõem ou que possam vir a considerar necessários para a defesa de sua segurança. Embora as Nações Unidas ofereçam caminhos para o debate e consideração de acordos que visam reduzir as tensões causadas pela corrida armamentista, a humanidade ainda não aproveitou em sua plenitude as possibilidades existentes. A Carta das Nações Unidas se inicia com a expressão da vontade de seus fundadores de salvar as futuras gerações do flagelo da guerra e para isso seus signatários aceitaram o princípio de que o emprego de forças armadas somente ocorrerá em benefício do interesse comum. Ainda não chegamos a esse ponto no aperfeiçoamento das relações entre Estados, mas pelo menos não houve, depois de 1945, conflagrações gerais como as duas grandes guerras originadas na Europa e que envolveram grande parte da humanidade. Conflitos regionais e locais, no entanto, continuam a causar morte, destruição e perda de oportunidades de desenvolvimento econômico e social em todo o globo. Enquanto não for possível aos Estados resolver suas controvérsias unicamente pelos meios pacíficos estipulados na Carta, será preciso continuar a promover os esforços em busca de instrumentos eficazes para o desarmamento e controle de armamentos, tendo em vista a manutenção da segurança individual e coletiva.

Depois de séculos de aterradoras guerras e sangrentos conflitos, tanto no Ocidente quanto no Oriente, a partir do final do século XIX as atenções da humanidade se voltaram com maior determinação para a possibilidade de negociação de acordos capazes de reduzir ou eliminar os armamentos como caminho para assegurar paz

duradoura entre as nações. As Conferências da Haia desde a última década do século XIX, a criação da Liga das Nações e outras iniciativas na primeira parte do século XX não tiveram vida longa. Somente após o fim do conflito mundial de 1939-45 foi possível estabelecer uma organização internacional dedicada à manutenção da paz e segurança internacionais - as Nações Unidas - que se tem mostrado razoavelmente eficaz, se não para abolir completamente as guerras como forma de solução de controvérsias, ao menos para proporcionar mecanismos de debate e negociação de instrumentos internacionais de desarmamento e controle de armamentos e de redução das tensões entre Estados e realizar com êxito operações de manutenção da paz em regiões conturbadas. Neste artigo procura-se examinar em linhas gerais os resultados dos esforços no sentido do desarmamento e controle de armamentos nas últimas décadas, alinhando os principais tratados globais, regionais e bilaterais existentes. Tem sido essa uma das principais funções da ONU: criar uma estrutura normativa composta de tratados juridicamente vinculantes e de um conjunto de princípios que se bem não seja de cumprimento obrigatório - exceto em casos específicos segundo o artigo 7 da Carta - estabelece normas gerais e regras particulares que balizam e condicionam o comportamento e as relações das nações entre si. O elenco de tratados, convenções e outros instrumentos elaborados pela comunidade internacional ao longo do século XX e outros em andamento no corrente século mostra o progresso e as dificuldades da humanidade na busca da eliminação - como objetivo final - das armas de destruição em massa e da contenção de armamentos convencionais

AI Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre Desarmamento, realizada em 1978 em Nova York, definiu os órgãos encarregados dos temas de desarmamento no âmbito da Organização e suas respectivas funções. A Conferência de Desarmamento (CD), sediada em Genebra, que hoje conta com 65 membros, é o único órgão negociador e se reúne durante nove meses por ano. Diversos dos principais instrumentos examinados a seguir foram negociados pela CD. Desde 1997, porém, não tem sido possível chegar a acordo sobre nenhum dos temas em sua pauta. A Comissão das Nações Unidas sobre Desarmamento (UNDC), composta por todos os Estados-membros da ONU, reúne-se uma vez por ano durante três semanas em Nova York. Sua função é debater temas específicos e fazer recomendações à Assembléia Geral, à qual está subordinada. A Junta Consultiva (Advisory Board) é composta por cerca de 20 acadêmicos e funcionários indicados pelos governos e celebra duas reuniões anuais, aconselhando diretamente o Secretário Geral sobre sua atuação no campo do desarmamento.

### **1. Desarmamento nuclear e não-proliferação de armas nucleares.**

A comunidade internacional tem conferido prioridade especial ao desarmamento nuclear e à não proliferação de armas nucleares na agenda internacional de segurança. Existem numerosos acordos multilaterais nesse campo, negociados no âmbito das Nações Unidas ou em outros foros. Tem havido, igualmente, iniciativas unilaterais e bilaterais de cortes nos arsenais nucleares e de redução do risco de eclosão de

uma guerra nuclear por acidente ou inadvertência. Da mesma forma, houve nas décadas recentes numerosas iniciativas para limitar o número de países que dispõem dessa armas e proibi-las em determinadas regiões ou ambientes, tanto por meio de instrumentos destinados a impedir ou coibir sua proliferação (principalmente o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares - TNP - 1968) quanto mediante a criação das chamadas Zonas Livres de Armas Nucleares. A América Latina foi pioneira no estabelecimento da primeira zona livre de armas nucleares, por meio do Tratado de Tlatelolco (1967). Surgiram também normas internacionais para limitar e/ou proibir ensaios de armas nucleares, tanto na atmosfera quanto em todos os ambientes.

Nos anos finais do século XX a Federação Russa e os Estados Unidos concluíram certo número de acordos relativos a seus arsenais nucleares. O Tratado de Redução de Armas Estratégicas (START I), assinado em 1991, estabeleceu um teto de 6 mil ogivas nucleares pra cada uma das duas superpotências. O segundo Tratado de Redução de Armas Estratégicas (START II) ampliou essas limitações, estabelecendo novo teto entre 3 mil e 3.500 ogivas. Esse tratado expirará em 2009 e não se sabe se ambos os países chegarão a acordo sobre sua extensão ou sobre novas reduções. Em 2003, o Tratado de Redução de Armas Ofensivas, também chamado Tratado de Moscou e conhecido pela sigla SORT, reduziu ainda mais os limites máximos de ogivas nucleares. O tratado SORT expirará em 2012. O progresso representado por esses acordos fica obscurecido pelo fato de que, tanto quanto se sabe, nenhuma das armas por eles abrangida foi efetivamente destruída, embora parte delas seja considerada obsoleta. Além disso, a quantidade de ogivas em condições operacionais restantes em poder dos dois principais possuidores é ainda avassaladora e capaz de provocar destruição muito além do imaginável. Em 2002, os Estados Unidos denunciaram outro acordo bilateral importante, o Tratado de Limitação de Sistemas Anti-Balísticos (ABM) e logo em seguida a Rússia declarou tampouco considerar-se obrigada por seus termos. Recentemente, Moscou suspendeu a aplicação do Tratado de Limitação de Forças Convencionais na Europa (CFE) em reação ao anúncio por parte dos Estados Unidos de sua intenção de construir um “escudo” contra mísseis na Europa Central (no território da República Tcheca ou da Polônia), alegadamente para defesa contra eventual agressão por parte do Irã. Ao mesmo tempo, ambas as potências parecem empenhadas na modernização de seus arsenais, desenvolvendo novos tipos de armamento. Não se conhecem muitos detalhes sobre as providências tomadas pela Rússia nesse particular, mas as declarações públicas de seus principais dirigentes não deixam dúvidas quanto à intenção não apenas de conservar a capacidade nuclear bélica mas de continuar os esforços de aperfeiçoamento tecnológico. Nos últimos anos, por sua vez, o Executivo norte-americano tem solicitado ao Congresso recursos para prosseguir na modernização de suas armas nucleares, inclusive a fabricação de explosivos capazes de penetrar e destruir fortificações subterrâneas, além do desenvolvimento e eventual produção de armas nucleares de durabilidade prevista para várias décadas. Da mesma forma, a China vem constantemente aumentando seu poderio nuclear e trabalhando no aperfeiçoamento de vetores intercontinentais

de longo alcance. O Reino Unido anunciou no ano de 2007 a desativação de parte de sua frota de submarinos portadores de foguetes armados com ogivas nucleares, embora tenha reafirmado sua intenção de conservar alguns desses submersíveis e seu armamento durante um futuro indefinido, como “apólice de seguro” (sic) contra situações imprevistas. A França desativou instalações de produção de matéria físsil destinada a armamentos nucleares, mas se declara igualmente disposta a conservar a capacidade nuclear bélica para enfrentar eventuais desafios futuros a sua segurança.

Além dos dois maiores possuidores, os Estados Unidos e a Federação Russa, são sete os países que sabidamente dispõem de armas nucleares: China, Reino Unido, França, Índia, Paquistão, Israel e República Democrática da Coreia (Coreia do Norte). Os três primeiros, assim como os Estados Unidos e a Rússia - não por acaso são esses os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas - são Partes do Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP) e nessa condição se obrigaram desde 1970, data da entrada em vigor desse Tratado, a entabular negociações para a cessação da corrida armamentista nuclear e desarmamento nuclear (Artigo VI do TNP). Índia, Paquistão e Israel não são signatários do TNP e portanto não assumiram obrigação semelhante. A Índia e o Paquistão detonaram explosivos nucleares e declararam publicamente sua condição de possuidores dessas armas; Israel não confirma nem desmente oficialmente a posse de armas nucleares, embora não haja dúvidas de que as possui. Calcula-se em poucas centenas o total de ogivas em poder desses três países. A Coreia do Norte, signatária do TNP, denunciou-o em 1992 e posteriormente realizou um ensaio de explosão nuclear. Desde a denúncia encontram-se em curso laboriosas negociações para que esse país desista de seu programa nuclear bélico e desmantele os engenhos explosivos que construiu, juntamente com as instalações de produção, voltando a fazer parte do TNP e a aceitar as inspeções da Agência Internacional de Energia Atômica para assegurar o cumprimento desses compromissos. Atualmente há base para acreditar que tais negociações possam chegar a bom termo, embora os percalços e desconfianças continuem retardando o avanço dos entendimentos.

O principal instrumento internacional no campo das armas nucleares é o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares, cujo primeiro projeto foi apresentado em 1967 em Genebra à Conferência das Dezoito Nações sobre Desarmamento (ENDC), predecessora da atual Conferência do Desarmamento, pelas delegações dos Estados Unidos e da então União Soviética. Após debates na Conferência, que não chegou a um acordo final, os chefes das duas delegações, na qualidade de co-Presidentes do órgão, enviaram o texto, com algumas alterações em relação ao projeto original, à consideração de Assembléia Geral das Nações Unidas, que o endossou em 1968 por meio de uma resolução, recomendando-o à assinatura dos Estados-membros das Nações Unidas. O TNP tem hoje 190 Estados-Parte (conforme mencionado acima, somente Índia, Paquistão e Israel, além da República Democrática da Coreia, não são membros). Desde a entrada em vigor do Tratado, em 1970, suas Partes se reúnem em Conferência de Exame a cada cinco anos para examinar a implementação do Tratado

As decisões das Conferências de Exame têm força apenas de recomendação e não vinculam juridicamente os Estados-parte do Tratado. A Conferência de Exame e Extensão, realizada em 1995, prorrogou indefinidamente a vigência do Tratado (esta decisão, por força do próprio Tratado, possui caráter vinculante), inicialmente fixada em 25 anos, e adotou importantes princípios e objetivos, além de uma declaração sobre o Oriente Médio. A Conferência de 2000 estabeleceu os chamados “13 passos” práticos para o desarmamento nuclear, até o momento não implementados, além de reconhecer o “compromisso inequívoco” para com o desarmamento nuclear de parte seus cinco membros possuidores de armamento atômico. A Conferência de Exame de 2005 não chegou a nenhum resultado em vista das fortes divergências, sobretudo entre os países possuidores de armas nucleares e os não possuidores, a respeito das prioridades no campo da não proliferação. As suspeitas levantadas por alguns Estados sobre o programa nuclear iraniano também contribuíram para o malogro da Conferência de 2005

O TNP reconhece formalmente duas categorias de países: os possuidores de armas nucleares (isto é, os que haviam fabricado e detonado um artefato nuclear explosivo antes de 1 de janeiro de 1967) e os que não o fizeram. Somente Estados Unidos, Rússia, China, Reino Unido e França se encontram na primeira categoria, e nos termos do Artigo I do Tratado se obrigaram a não ceder, transferir ou de qualquer forma fornecer armas nucleares ou artefatos explosivos nucleares aos demais signatários, que pertencem à categoria de não-nucleares e como tais se obrigaram, nos termos do Artigo II, a não fabricar nem obter por quaisquer meios essas armas ou artefatos. Obrigaram-se ainda a submeter suas instalações nucleares pacíficas a inspeções a cargo da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), pois o Artigo IV reconhece o “direito inalienável” à pesquisa, produção e uso da energia nuclear para fins pacíficos. Esse direito está qualificado pelo Artigo II do Tratado. O Artigo III estipula a obrigação de cada Parte de negociar com a AIEA um acordo de salvaguardas cuja finalidade é a verificação do cumprimento das obrigações assumidas no Tratado. Segundo o acordo padrão de salvaguardas, cada Estado-Parte informa à AIEA as instalações que deverão ser objeto de verificação. Na década de 1990, após denúncias de que o Iraque, embora Parte do Tratado, estava desenvolvendo um programa clandestino de produção de armas nucleares, a AIEA iniciou esforços para a conclusão de um modelo de Protocolo Adicional aos acordos individuais de salvaguardas subscritos pelos países não-nucleares membros do TNP. O modelo foi aprovado pelos Estados membros da AIEA ainda na década de 1990, e a adesão é voluntária. Os signatários desse Protocolo atribuem à AIEA a faculdade de inspecionar instalações não declaradas, aumentando assim a confiança de que não possuem programas clandestinos e nem que estejam desenvolvendo atividades que possam levar à obtenção de capacidade nuclear explosiva. Já na primeira década do século XXI, após a comprovação de venda clandestina de tecnologia e materiais sensíveis por parte do cientista paquistanês A. Q. Khan a diversos países e a descoberta de atividades nucleares não declaradas na República Islâmica do Irã, surgiram sugestões para a introdução de restrições à



indústria nuclear nos países pertencentes à categoria de “não-nucleares” do TNP, com a finalidade de impedir em seus territórios o desenvolvimento e uso de tecnologias do ciclo completo do enriquecimento de urânio, ainda que com finalidades pacíficas. A justificação para essas idéias é o fato de que as mesmas instalações e equipamentos capazes de enriquecer urânio a um teor suficiente para uso como combustível em centrais de produção de energia são capazes de enriquecê-lo ao teor necessário para a produção de explosivos. A completa liberdade para desenvolvimento uso da tecnologia nuclear pacífica, inclusive o domínio do ciclo completo do combustível nuclear, seria nessa visão incompatível com os esforços de não-proliferação. Diversas propostas foram apresentadas à comunidade internacional visando o estabelecimento de normas internacionais que pudessem atender simultaneamente ao objetivo de circunscrever o número de países autorizados a atividades de enriquecimento e ao mesmo tempo assegurar a todos, sem discriminação, o fornecimento de matéria físsil para fins pacíficos, naturalmente sob as salvaguardas necessárias. O tema continua em debate na AIEA e em diversos foros sem que até o momento haja progressos no sentido de um acordo que possa satisfazer os interesses conflitantes em jogo.

O Artigo VI do TNP estabelece a obrigação de todas as Partes de “levar adiante negociações de boa fé sobre medidas eficazes relativas à cessação da corrida armamentista nuclear em data próxima e ao desarmamento nuclear, e sobre um tratado de desarmamento geral e completo sob efetivo controle internacional”. Os cinco países militarmente nucleares reconhecidos pelo Tratado, aos quais naturalmente compete primordialmente a responsabilidade pelo cumprimento dessa obrigação, afirmam estar em dia com seu cumprimento por meio das medidas bilaterais e unilaterais tomadas e acima resumidas. Por sua vez, os países não-nucleares consideram que tais medidas têm sido tímidas e insuficientes, além de extremamente lentas e insuscetíveis de verificação independente, e apontam para a modernização dos arsenais e para a aparente disposição dos nucleares de conservá-los indefinidamente como indício do não cumprimento adequado daqueles compromissos. Reclamam também compromissos mais firmes dos países nucleares com a redução e eventual eliminação de seus arsenais e advogam a necessidade de negociação multilateral de acordos de desarmamento nuclear no âmbito da Conferência do Desarmamento.

Os demais dispositivos do Tratado tratam da possibilidade de emendas (até hoje não houve nenhuma proposta nesse sentido, sem dúvida por causa do temor de reabrir as complexas questões de que se ocupa o instrumento); das conferências quinquenais de exame; e dos requisitos para assinatura, ratificação, entrada em vigor e denúncia.

Decorridos já mais de 37 anos de sua entrada em vigor, as diversas Partes do TNP reconhecem a existência de deficiências no instrumento, cuja solução poderia trazer-lhe maior eficácia. Além das propostas mencionadas acima no que toca ao estabelecimento de novas restrições à atividade pacífica dos membros não-nucleares, existem sugestões de interpretações a serem adotadas por consenso - evitando o recurso a emendas ao Tratado - com vistas a dificultar o processo de denúncia, a estabelecer mecanismos de acompanhamento e avaliação mais freqüente da implementação do

Tratado e até mesmo a tornar mais confiáveis as medidas de desarmamento nuclear de parte dos países nucleares, assim como mais transparentes suas intenções para o cumprimento cabal das obrigações contraídas no Artigo VI. Muitas dessas propostas são altamente controversas, inclusive a possibilidade de emendas “disfarçadas” em forma de interpretações, e continuarão sendo objeto de negociações e entendimentos em vários níveis, mas não parecem suficientemente estudadas para que cheguem a ser examinadas em ambientes mais formais.

É importante assinalar que apesar das reduções contidas nos arranjos bilaterais entre Estados Unidos e Rússia, e das medidas unilaterais empreendidas por ambas as potências e pelo Reino Unido e França, os países não-nucleares Partes do TNP continuam a considerar insatisfatório o cumprimento das obrigações assumidas pelos cinco países nucleares no artigo VI. Estes, por sua vez, apontam o que consideram exemplos de proliferação (Coreia do Norte) ou tentativa de proliferação (Irã) e advogam medidas mais estritas de controle das atividades nucleares nos países não-nucleares, inclusive como condição para novos esforços de desarmamento nuclear. Essa situação tem levado a uma progressiva atmosfera de suspeitas sobre as intenções de uma e outra categoria de Partes e de desconfiança a respeito da capacidade do TNP de realizar suas finalidades a contento de todos os seus membros.

Existem também diversos arranjos internacionais não vinculantes que estabelecem controles sobre a exportação e circulação de materiais nucleares. Os principais são as normas adotadas pelo Grupo de Supridores Nucleares para transferência de materiais sensíveis de uso duplo (isto é, que têm aplicações tanto pacíficas quanto bélicas), a Lista “gatilho” do chamado Grupo Zangger (associação voluntária de países interessados) e a Convenção sobre Proteção Física de Material Nuclear, negociada e adotada no âmbito da Agência Internacional de Energia Atômica. A Resolução 1540 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, mais voltada para a prevenção de atos de terrorismo nuclear, será mencionada adiante.

Entre os demais instrumentos internacionais no campo do desarmamento e controle de armamentos nucleares, destacam-se os dois tratados de proibição de ensaios de explosivos: o Tratado Parcial (PTBT - 1963) , que proibiu ensaios na atmosfera, no fundo do mar e no espaço exterior e o Tratado Abrangente (CTBT - 1996) que tornou ilegais os ensaios em todos os ambientes, principalmente subterrâneos. Este último, no entanto, não se encontra ainda em vigor, pois para isso é necessária a ratificação por 44 de seus signatários, especificados no Tratado, dos quais 11 ainda não depositaram os competentes instrumentos de ratificação. Considera-se problemático que tais Estados venham a fazê-lo no futuro previsível, embora prossigam os esforços internacionais para convencê-los a ratificar o CTBT. Dos cinco países militarmente nucleares reconhecidos pelo TNP, os Estados Unidos e a China ainda não ratificaram o CTBT. Israel, Índia e Paquistão não são signatários. No entanto, os cinco países nucleares reconhecidos pelo TNP declararam unilateralmente moratórias em seus programas de ensaios, o que tem sido respeitado desde então. Apesar de não se encontrar em vigor, o Tratado previu a instalação de um Secretariado Provisório e o desenvolvimento de

um sistema internacional de detecção de violações por meio de uma rede de sensores sísmicos e outros métodos científicos. Com sede em Viena, o Secretariado Provisório vem trabalhando na instalação do sistema, com progressos marcantes até agora.

Outro grupo importante de instrumentos de limitação de armamento nuclear é constituído pelos Tratados que instituíram Zonas Livres de Armas Nucleares. Em linhas gerais, mediante esses instrumentos, os países que compõem a zona geográfica de sua aplicação se comprometem a não desenvolver ou armazenar armas nucleares em seus territórios, enquanto que os países possuidores de armas nucleares se comprometem a não introduzi-las nas zonas livres. Na prática, estes últimos países têm feito declarações unilaterais de interpretação que em muitos casos atenuam e até invalidam as obrigações que deveriam assumir. Existem hoje zonas livres de armas nucleares na América Latina (Tratado de Tlatelolco - 1967), na África (Tratado de Pelindaba - 1996), no sudeste da Ásia (Tratado de Bancoc - 1995), no Pacífico Sul (Tratado de Rarotonga - 1995) e na Ásia Central (1997). A Mongólia é o primeiro e até o momento o único país que declarou seu território livre de armas nucleares.

Vale mencionar ainda o chamado Tratado da Antártica (1959), que proibiu a colocação de armas nucleares nesse continente, e o Tratado do Fundo do Mar (1971), que estabeleceu disposição semelhante em relação ao leito dos oceanos e seu subsolo, assim como fez o Tratado sobre Atividades dos Estados na Lua e outros Corpos Celestes (1967).

## **2. Outras armas de destruição em massa**

Ainda no campo da limitação e/ou proibição de armas de destruição em massa, devem-se mencionar dois instrumentos internacionais importantes: o Tratado de proibição do desenvolvimento, produção e armazenamento de armas bacteriológicas (Biológicas) e toxinas (1975) e o Tratado de proibição do desenvolvimento, produção, armazenamento e uso de armas químicas e sua destruição (1993). Ambos tratam de diferentes categorias de armamentos capazes de causar destruição em massa. A principal deficiência do primeiro, que conta com 155 Estados-parte, é a ausência de dispositivos que permitam a verificação de cumprimento, apesar dos esforços da comunidade internacional em dotá-lo de meios adequados para esse fim. Já o Tratado de Proibição de Armas Químicas, que conta com 182 Estados-parte, permite ampla verificação do cumprimento, por meio de uma organização internacional dotada dos meios técnicos necessários (OPAQ, sediada na Haia). Além dos procedimentos rotineiros de verificação, esse Tratado instituiu a chamada “inspeção por desafio”: em certas circunstâncias, os Estados-parte se obrigam a permitir a entrada incondicional de inspetores em quaisquer instalações em seus respectivos territórios caso haja suspeitas de estarem produzindo substâncias proibidas. Dentre todos os instrumentos existentes no campo das armas de destruição em massa, o Tratado de proibição de armas químicas é o único que a rigor pode ser considerado “de desarmamento”, porque dispõe sobre a destruição dos estoques existentes, mediante verificação. Ao tornar-se Parte do Tratado de proibição de armas químicas, cada Estado que se declare possuidor de tais

armas se obriga também a declarar a quantidade, tipo e localização de seus estoques, e a submeter-se a um calendário de destruição verificada. O prazo original de 8 anos para a destruição de todos os estoques foi posteriormente prorrogado para 12 anos, devido às dificuldades técnicas e elevado custo financeiro da destruição de maneira ambientalmente segura e sem dar lugar a dúvidas sobre o cabal cumprimento. Apesar dessas dificuldades, as atividades de destruição têm prosseguido com firmeza.

### **3. Armas convencionais**

A ampla disseminação em todo o mundo de armas convencionais, sobretudo as chamadas pequenas armas, além dos interesses comerciais e políticos, tornam mais complexos os esforços para sua limitação e controle. Não se deve esquecer que o número de mortes causadas por armas convencionais, lícitas ou ilícitas, é muitíssimo mais elevado do que as decorrentes do uso de armas de destruição em massa. Principalmente nos países em desenvolvimento, a presença e uso de armas convencionais introduzidas e comercializadas de maneira ilícita tem sido objeto de grande preocupação tanto de governos quanto de associações da sociedade civil. Embora até o momento os resultados tenham sido apenas parciais, a comunidade internacional tem conseguido negociar e adotar diversos instrumentos de limitação e controle desse tipo de armamento, inclusive do ponto de vista humanitário.

O mais antigo texto de proibição de uso de um tipo de armamento com base em considerações humanitárias é o Protocolo sobre gases asfíxiante, venenosos e outros, inclusive métodos bacteriológicos de guerra, adotado em 1925 sobretudo devido à repercussão negativa do emprego desse tipo de arma na Primeira Guerra Mundial. Embora não se possa caracterizar tais armas como estritamente “convencionais”, as preocupações humanitárias levaram à negociação posterior de uma Convenção-quadro sobre proibição ou restrição do uso de “certas armas convencionais que podem ser consideradas excessivamente danosas ou causar efeitos indiscriminados” (1981), com 103 Estados-Parte. A Convenção possui até o momento cinco protocolos que tratam de diferentes tipos de armas enquadradas na definição geral acima.

Outro instrumento relevante nesse campo é a Convenção sobre Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Anti-Pessoais e sua Destruição, assinado em Ottawa em 1997, e que conta com 156 Estados-Parte. Partindo da iniciativa de cunho humanitário de um grupo de países, a Convenção se transformou em importante parâmetro internacional ao estabelecer as proibições constantes de seu título. Mesmo aqueles que preferiram não se tornar Partes do instrumento - e entre esses há países militarmente significativos - ver-se-ão sob constrangimento e possível condenação moral caso venham a utilizar tais armas em conflitos. Desde o advento da Convenção, as Nações Unidas têm realizado constante trabalho de desminagem em diversas regiões do mundo, notadamente na África, Oriente Médio e Ásia, mas também nos Balcãs e em alguns pontos da América Latina.

No ambiente europeu, o Tratado sobre Forças Convencionais na Europa, de 1990, que tem 30 Estados-parte, estabelece limitações destinadas a aumentar a confiança

entre seus membros. Nas Américas, a Convenção contra a Manufatura e Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos (1998), e a Convenção Inter-Americana sobre Transparência em Aquisição de Armas Convencionais (1999) também se enquadram na categoria geral de medidas de fortalecimento da confiança entre Estados.

Em junho de 2001 foi adotado nas Nações Unidas o Programa de Ação (PoA) para Prevenção, Combate e Erradicação do Comércio Ilícito de Pequenas Armas e Armamento Leve, que contudo não é juridicamente vinculante. Em 2006 realizou-se uma Conferência internacional para avaliar o progresso obtido na implementação do PoA, e nova conferência do mesmo gênero está marcada para 2008.

Em 2005 A Assembléia Geral adotou o Instrumento Internacional para Permitir aos Estados Identificar e Acompanhar Pequenas Armas e Armas Leves Ilícitas. Tampouco sendo juridicamente vinculante, a eficácia do Instrumento depende da vontade dos Estados de implementar seus dispositivos, mas também de sua capacidade de fazê-lo. As Nações Unidas têm levado a cabo seminários e *workshops* para instruir funcionários ligados agências de aplicação da lei em vários países sobre procedimentos e técnicas de marcação de armas pequenas e leves.

O Secretário-Geral das Nações Unidas estabeleceu em 1998 o Mecanismo de Ação Coordenada em Pequenas Armas, conhecido pela sigla CASA em inglês, a fim de permitir à organização tratar da questão de maneira integrada e holística. Diversas atividades têm sido executadas nesse campo desde então.

O Registro de Armas Convencionais, instituído pelas Nações Unidas em 1991, reúne informações prestadas voluntariamente pelos Estados sobre importação e exportação de 7 categorias de armas convencionais, fornecidas por 117 países que adotaram esse instrumento e publicadas anualmente num relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas. A finalidade do registro é aumentar o grau de transparência nas transferências internacionais de armamentos, gerando assim maior confiança entre Estados e colaborando para a manutenção da paz e segurança.

A Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou, em 2007, duas novas resoluções no campo dos armamentos convencionais. A primeira estabelece um grupo de peritos governamentais encarregados de examinar, a partir de 2008, novas medidas para aperfeiçoamento da cooperação sobre os estoques excessivos de munição convencional.

A segunda criou outro grupo de peritos, que deverá verificar a factibilidade de um acordo internacional para prevenir o tráfico ilícito de armas e possivelmente apresentar à Sessão de 2008 Assembléia linhas gerais que poderão ser utilizadas em um futuro tratado sobre esse tema.

Cada um desses grupos realizará três reuniões durante o ano de 2008 e enviará seu relatório ao Secretário Geral para apreciação pela Assembléia Geral. Do resultado dos trabalhos desses dois grupos de peritos e dos debates na Assembléia dependerá o prosseguimento do tratamento dos respectivos assuntos pela comunidade internacional.

#### **4. Prevenção de atos de terrorismo com uso de armas de destruição em massa**

Preocupados com a possibilidade de uso de armas de destruição em massa para a prática de atos de terrorismo político, sobretudo após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 em Nova York, e tendo em vista a ocorrência de atentados de grande porte em diversos países, diversos Estados-membros patrocinaram negociações no âmbito do Conselho de Segurança das Nações Unidas para a adoção de uma resolução sobre o assunto. O resultado foi a Resolução 1540, de 28 de abril de 2004, adotada nos termos do Artigo VII da Carta das Nações Unidas, o que a torna obrigatória para todos os membros da organização. A Resolução 1540 se dirige aos chamados “atores não-estatais” e determina aos Estados membros da ONU abster-se de fornecer qualquer forma de apoio a atores não-estatais que tentem desenvolver, adquirir, fabricar, possuir, transportar ou utilizar armas nucleares, químicas ou biológicas e seus meios de lançamento, assim como adotar, em suas respectivas jurisdições, legislação adequada e eficaz para tornar efetiva a proibição daquelas ações. A Resolução 1540 estabeleceu ainda a obrigação dos Estados-membros de apresentar, no prazo de seis meses, relatório sobre a forma pela qual implementaram aquelas decisões. Uma resolução posterior do Conselho de Segurança (Resolução 1673, de 2006) reiterou as decisões contidas na Resolução 1540 e estabeleceu medidas complementares para o cumprimento das obrigações nela contidas. Uma Comissão composta pelos Estados que fazem parte do Conselho de Segurança foi estabelecida para acompanhar a implementação das duas resoluções mencionadas.

Outras iniciativas de grupos de Estados visando prevenir atos de terrorismo com uso de armas de destruição em massa, particularmente armas nucleares, são a “Parceria Global” contra a disseminação de armas e materiais de destruição em massa, adotada pelo Grupo dos 8 (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, França, Alemanha, Itália, Japão e Rússia) em 2002 e a “Iniciativa de Segurança sobre Proliferação”, conhecida pela sigla em inglês PSI, à qual aderiram até o momento cerca de 60 países. A PSI trata da interceptação e interdição de navios suspeitos de transportar ilícita ou clandestinamente materiais nucleares ou de destruição em massa. Trata-se de tema controvertido devido a suas implicações para a Convenção sobre o Direito do Mar. Pouco mais de 60 países aderiram até agora a essa iniciativa.

A questão do terrorismo tem suscitado preocupação na comunidade internacional, principalmente a possibilidade de que armas de destruição em massa venham a ser usadas contra populações civis a fim de disseminar tragédia e terror. Embora até o momento as ações mais mortíferas tenham sido desfechadas contra países ocidentais do hemisfério norte - houve atentados também na Indonésia, Filipinas e Quênia - é um engano pensar que o problema e as medidas para sua prevenção interessem somente aos países desenvolvidos. Se houver nova agressão como a das torres gêmeas em Nova York, tanto nos Estados Unidos quando em alguma grande metrópole européia, sem dúvida as relações internacionais em todos os campos - político, econômico, comercial, cultural - se verão enormemente afetadas. O atentado de 11 de setembro já causou sensível modificação para pior no panorama das relações entre Estados,

tanto no sentido de polarizações políticas quanto na movimentação de pessoas e mercadorias. Um novo acontecimento de magnitude semelhante, especialmente com o uso de armas de destruição em massa, terá conseqüências imprevisíveis. É portanto do interesse da comunidade internacional como um todo, e não apenas dos países provavelmente mais visados, juntar esforços para prevenir e eventualmente erradicar o terrorismo como instrumento de ação política extremista.

### **5. Palavras finais**

À guisa de encerramento, poder-se-ia enfatizar que entre os desafios enfrentados pela comunidade internacional nos tempos correntes, o mais urgente e ameaçador parece ser o da mudança climática, que se não for atacado de forma conjunta, coerente e universal promete destruir em poucas décadas a vida na Terra da forma que a conhecemos. Isso é sem dúvida verdade; mas se não tratarmos de forma conjunta, coerente e universal o desafio da aceleração da corrida armamentista nuclear e da proliferação das armas de destruição em massa, a vida na Terra poderá ser destruída não em décadas, e sim em poucos segundos.



# Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no Direito Brasileiro

VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI \*

## Resumo

Este trabalho visa estudar a eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no nosso ordenamento jurídico interno, à luz das regras do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional brasileiro. Analisa a questão das isenções heterônomas de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados internacionais.

## Abstract

This article is aimed on studying the efficiency and applicability of treaties related to the tributary realm in the Brazilian juridical order in the light of the Public International Law rules and the Brazilian Constitutional Law. State and municipal taxes heteronomous exemptions through international treaties are discussed.

## 1. Introdução

Este trabalho visa estudar a eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no nosso ordenamento jurídico interno, à luz das regras do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional brasileiro.

Para tanto, num primeiro momento, partiu-se da concepção da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno estatal para, posteriormente, verificar o alcance do art. 98 do Código Tributário Nacional (que cuida dos tratados em matéria tributária) e quais as conseqüências desse mesmo dispositivo na questão das isenções heterônomas de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados internacionais.

---

\* Professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor convidado de Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização do Centro de Direito Internacional (CEDIN), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) e Doutorando em Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e coordenador jurídico da Revista de Derecho Internacional y del Mercosur (Buenos Aires).

## 2. Propositura do problema

De acordo com a doutrina monista internacionalista – que adotamos e sustentamos como correta - o Direito Internacional Público encontra-se em posição de absoluta primazia sobre o Direito interno estatal.<sup>1</sup> Tal primazia atribui aos tratados ratificados pelo Brasil (quaisquer que sejam) um *status* hierárquico superior a toda a legislação doméstica do país. Assim, depois de publicados, os tratados passam a ter *força normativa* no nosso ordenamento interno, revogando as disposições ordinárias em contrário e devendo ser observados pelas leis que sobrevenham. Mas frise-se que a lei geral não sucumbe diante do tratado por ser este posterior ou especial em relação a ela. A prevalência dos tratados internacionais sobre as leis nacionais dá-se não em razão de sua posterioridade ou eventual especialidade, mas sim em decorrência de seu caráter supra-legal, que impede sejam eles revogados por lei posterior ou especial. A lei interna posterior, assim, é ineficaz (*ou inaplicável*) em relação ao tratado anteriormente firmado, devendo os tribunais abster-se de aplicar tal lei enquanto o respectivo tratado vincular o Estado.<sup>2</sup> A recusa do Poder Judiciário em aplicar os tratados ratificados pelo governo leva inclusive à responsabilização do Estado no plano internacional. Ademais, os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, que é a *denúncia*, só podendo ser alterados por outras normas de natureza idêntica ou de categoria superior, internacionais ou supranacionais, jamais por leis internas. Para o Direito Internacional Público os compromissos exteriores assumidos pelo Estado são superiores às obrigações assumidas pelo mesmo no plano interno, não sendo possível a alegação de que o eventual não-cumprimento de um tratado se daria em virtude de decisões judiciais sustentando a sua inconstitucionalidade ou da existência de norma superveniente substancialmente contrária ao conteúdo do acordo. Pretender que, por meio de legislação interna superveniente, se possa revogar tratados internacionais, significa admitir que um Estado, por si só, tem o poder de modificar o conteúdo de compromissos internacionalmente assumidos, sem o consentimento das demais partes contratantes, o que não é lógico e tampouco jurídico.

No Brasil, essa doutrina que se acaba de expor foi expressamente reconhecida, em matéria *tributária*, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, que passaremos a estudar em seguida. Mas frise-se que a análise desse dispositivo cingir-se-á essencialmente aos aspectos que interessam ao Direito Internacional Público, não sendo aqui - e tampouco esse é o nosso propósito - o lugar de se estudar questões de índole propriamente tributária, dentre as quais talvez as mais importantes sejam as ligadas à eliminação da dupla ou múltipla tributação no plano internacional.

## 3. O artigo 98 do Código Tributário Nacional

Dentro do seu Livro Segundo, Título I, Capítulo I, Seção II, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966) versou sobre os tratados em matéria tributária no seu art. 98, que assim dispõe:

1 V., sobre o assunto, MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, São Paulo: RT, 2006, pp. 54-57.

2 Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, vol. 1, 15ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 127-129.

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Tal dispositivo, como se percebe nitidamente, atribui primazia aos tratados internacionais em matéria tributária sobre toda a legislação tributária interna, apontando para o fato de os tratados revogarem ou modificarem as normas domésticas sem, contudo, poderem ser revogados por estas, o que evidentemente lhes atribui um *status* de supra-legalidade absoluto dentro do sistema jurídico-tributário nacional, em respeito à regra *pacta sunt servanda* inscrita no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.<sup>3</sup> Aliás, verdade seja dita: o art. 98 do CTN é o *único* dispositivo existente, em toda a legislação brasileira, a atribuir expressa primazia do tratado sobre a nossa legislação doméstica.

O comando do dispositivo se dirige aos três poderes tributantes: União, Estados-federados e Municípios. E uma vez incorporado o tratado ao ordenamento jurídico pátrio, a revogação ou modificação da legislação tributária das unidades federadas e das municipalidades se opera automaticamente, não sendo necessária qualquer ação legislativa desses mesmos entes para tanto. Daí se entender então que o tratado, concluído pela República Federativa do Brasil, salvo disposição convencional em contrário, atinge internamente a União e os demais componentes da República (Estados e Municípios) de forma imediata, produzindo efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.<sup>4</sup>

A expressão “legislação tributária” referida pelo art. 98 do CTN tem o seu alcance determinado pelo art. 96 do mesmo Código, compreendendo “as leis, os tratados e as convenções, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos ou relações jurídicas a eles pertinentes”. É sobre tais normas - inclusive, como se vê, sobre as *complementares* - que os tratados em matéria tributária se sobrepõem, segundo o comando do art. 98.

A compatibilização do art. 98 do CTN com o sistema jurídico-tributário brasileiro, contudo, nunca se deu de forma tranqüila, não tendo ele passado imune às críticas de praticamente toda a doutrina tributarista nacional. A primeira delas diz respeito à sua redação, uma vez que - segundo a doutrina especializada - tais tratados não revogam propriamente a legislação tributária interna, mas sim sobre ela prevalecem no caso concreto. Entendem os autores tributaristas que a expressão revogação foi mal utilizada pelo Código, que deveria ter se referido à derrogação da legislação tributária interna pelos tratados.<sup>5</sup> Em verdade, o que ocorreu é que o CTN preferiu se valer de

3 Para um estudo dessa regra, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 122-128.

4 Cf. BRASIL, Francisco de Paula Souza. Legislação tributária e tratados internacionais, in *Revista Forense*, vol. 308, ano 85, Rio de Janeiro, out./nov./dez./1989, p. 39.

5 *V.*, nesse sentido, XAVIER, Alberto, *Direito tributário internacional do Brasil*, 6ª ed. reform. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 131, que assim leciona: “Observe-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere à ‘revogação’ da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno abrogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna *relativamente inaplicável* a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da *derrogação* e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis”. Nesse mesmo sentido, v. ainda, XAVIER, Alberto & XAVIER, Helena de Araújo Lopes, *Tratados: superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal de 1988*, in *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, nº 66, jan./1996, p. 43; e MACHADO, Hugo de Brito, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. II (arts. 96 a 138), São Paulo: Atlas, 2004, pp. 70-71. Para Betina Treiger Gruppenmacher, não se trata “de revogação da legislação interna, que continua válida e eficaz para as demais hipóteses que não forem disciplinadas pelo tratado”, mas sim “de uma ‘paralisação’ da eficácia da norma interna nas situações específicas

uma expressão que é gênero e não da espécie correta, que realmente seria o termo “derrogam”. Como se sabe, “revogação” é gênero do qual fazem parte duas espécies: a ab-rogação (revogação total de uma lei) e a derrogação (revogação parcial dessa mesma lei). Assim, quando o CTN se utiliza da expressão-gênero revogação, deve o intérprete ler aí que a referência diz respeito à sua espécie derrogação, em homenagem à precisão técnica.

A segunda crítica formulada pela doutrina ao art. 98 do CTN - esta sim com interesse ao Direito Internacional - diz respeito à sua aparente inconstitucionalidade. Objeta-se ser inconstitucional tal dispositivo, pelo fato de ter ele atribuído a uma certa categoria de normas um grau hierárquico (superior) que somente o texto constitucional poderia atribuir.<sup>6</sup> Nesse sentido, não caberia à legislação complementar (como é o caso do Código Tributário Nacional que, como é sabido, foi recepcionado pela Carta Magna de 1988 com *status* de “lei complementar”) disciplinar qualquer hierarquia de normas sem autorização da Constituição. Para nós, equivoca-se quem assim entende, pois tal norma faz exatamente o papel que cabe à lei complementar, que é o de *complementar as normas constitucionais*, direcionando seu comando à lei ordinária, a fim de que esta observe (na dicção do art. 98 em comentário) o comando estabelecido pelos tratados. As leis complementares - como é o caso do CTN - são expressamente recebidas pelo texto constitucional (art. 59, inc. II) como espécies normativas capazes de disciplinar, de forma detalhada e uniforme, o sistema tributário nacional, aí inclusa a deliberação sobre a hierarquia normativa das normas convencionais em matéria tributária no Direito brasileiro.<sup>7</sup> O que ocorre, em verdade, é o seguinte: o CTN, que é uma lei de 1966, foi *recepcionado* pela Constituição de 1967, que previa no seu art. 18, § 1º, que a lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporia sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regularia as limitações constitucionais do poder de tributar. Assim, seguindo autorização do próprio texto constitucional, poderia a lei complementar estabelecer o primado do tratado sobre a legislação tributária interna, uma vez que essa matéria constitui norma geral de direito tributário, devendo-se então concluir que a consagração, pelo CTN, do primado do tratado sobre as demais normas da legislação tributária interna, resguardou-se de expressa autorização constitucional, sendo ainda de se acrescentar que a regra do art. 98 do CTN foi bem recepcionada pela Constituição de 1988 (art. 146, inc. III) quando disciplinou caber à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria tributária. Assim sendo, a lei interna que violar tratado em matéria tributária será inconstitucional, não por atacar diretamente o

---

e absolutamente delimitadas, disciplinadas pela norma convencional” (*Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 113). *V.*, com esse mesmo enfoque, COELHO, Sacha Calmon Navarro, *Curso de direito tributário*, 8ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 658.

6 *V.*, nesse sentido, BORGES, José Alfredo, *Tratado internacional em matéria tributária como fonte de direito*, in *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, nº 27/28, jan./jul./1984, p. 172. Para um panorama geral da doutrina tributarista nesse ponto, v. RIBEIRO, Maria de Fátima, Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso Mercosul, in *Scientia Iuris: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL*, vol. 1, nº 1, Londrina, jul./dez./1997, pp. 112-114.

7 Cf. BRONZATTO, Carlos Alberto & BARBOZA, Márcia Noll. *Os efeitos do artigo 98 do Código Tributário Nacional e o processo de integração do Mercosul*. Brasília: Senado Federal/Associação Brasileira de Estudos de Integração, 1996, p. 34.

texto constitucional, mas por violar a competência que a Constituição atribuiu às leis complementares para estabelecer normas gerais de direito tributário.<sup>8</sup>

De qualquer forma, o que o CTN pretendeu dizer no art. 98 é que os tratados e convenções internacionais sobrepirem por toda a legislação tributária interna, seja esta anterior ou posterior. Em outras palavras, o tratado em matéria tributária derroga a legislação tributária anterior incompatível e sobrepire a legislação posterior. Neste último caso, entende-se que a lei posterior existe, mas não tem *eficácia e aplicabilidade*, pois barrada pelo tratado que lhe é superior. E tal disposição está perfeitamente de acordo com a teoria segundo a qual quando o Congresso Nacional aprova um compromisso internacional, assume ele a responsabilidade (ou a *obrigação negativa*) de não legislar de maneira contrária ao conteúdo do acordo.<sup>9</sup> Ou seja, se o Congresso Nacional concorda com a ratificação do tratado é porque reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam, o que significa que uma lei ordinária que pretenda contradizer tratado anterior passa a ser igualmente ineficaz sob o ponto de vista da Constituição. Esta, ao atribuir ao Poder Legislativo a competência para referendar os acordos internacionais assinados pelo Presidente da República, assim o fez excluindo qualquer possibilidade de ab-rogação ou modificação do tratado por meio de lei ordinária posterior. Por esse motivo é que nos países em que o texto constitucional reconhece o Direito Internacional como parte integrante do Direito nacional, uma lei que viole tratado internacional anteriormente ratificado, além de *ineficaz e inaplicável*, é também - de modo indireto - *inconstitucional*.

A conclusão que se chega é a de que o art. 98 do CTN apenas confirma a doutrina da superioridade do Direito Internacional relativamente à legislação interna estatal, não destoando do que ocorre com os demais tipos de tratados ratificados pelo Estado brasileiro, que passa então a ter a obrigação de cumprir e fielmente executar aquilo que pactuou no cenário internacional. A vantagem do referido art. 98 é ter deixado claro que nenhuma legislação contrária ao tratado anteriormente firmado e em vigor no Brasil poderá ser aplicada sem antes se proceder à denúncia do instrumento convencional, caso este já não mais satisfaça os interesses nacionais.<sup>10</sup>

Infelizmente, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem adotado uma interpretação restritiva do citado dispositivo, entendendo ser o mesmo somente aplicável aos chamados *tratados-contrato* (que são normalmente bilaterais e não dão causa à criação de uma regra geral e abstrata de Direito Internacional, mas à estipulação recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais com fins comuns) e não aos tratados-normativos (os quais, por sua vez, criam normatividade geral de Direito Internacional, constituindo-se normalmente em grandes convenções multilaterais).<sup>11</sup> Tal posicionamento do STF, manifestado inicialmente no julgamento

8 V., por tudo, VELLOSO, Carlos Mário da Silva, Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n° 162, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2004, pp. 37-38. Cf., também, VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira, *Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 291-295.

9 Nesse sentido, v. RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentários ao Código Tributário Nacional: Lei n.º 5.172, de 25.10.1966*, Carlos Valder do Nascimento (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 204.

10 Cf. BRONZATTO, Carlos Alberto & BARBOZA, Márcia Noll. *Os efeitos do artigo 98 do Código Tributário Nacional e o processo de integração do Mercosul*, cit., p. 66.

11 O Superior Tribunal de Justiça, na esteira da jurisprudência do STF, assim também já decidiu: "O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado

do RE nº 80.004-SE, carece de fundamento jurídico, uma vez que o art. 98 não faz qualquer referência a um ou outro tipo de tratado, devendo ser interpretado no sentido de que se aplica a ambos. Trata-se de aplicar o conhecido brocardo jurídico segundo o qual *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não devemos distinguir). De qualquer forma, mesmo a interpretação constritiva do STF confirma a primazia dos tratados sobre dupla tributação em relação à legislação tributária interna, na medida em que tais tratados são tratados-contrato, que versam sobre assuntos específicos nas relações bilaterais entre dois Estados.<sup>12</sup>

Gilberto de Ulhôa Canto, que foi um dos redatores do anteprojeto do Código Tributário Nacional, bem demonstra a guinada de posição que teve o STF relativamente ao tema, uma vez que a sua jurisprudência, ao tempo da edição do CTN, aceitava tranquilamente o princípio da prevalência dos tratados em matéria tributária sobre a legislação tributária interna, anterior ou posterior, tendo a Suprema Corte mudado de direção no julgamento do citado RE nº 80.004-SE, o qual, apesar de dizer respeito a matéria não-tributária, fez referência ao art. 98 do Código Tributário como regra de exceção, havendo inclusive quem o considerasse de “duvidosa constitucionalidade”.<sup>13</sup>

À luz do texto constitucional em vigor, nenhum conflito apresenta o art. 98 relativamente a qualquer dispositivo inscrito na Lei Maior. Pelo contrário: a constitucionalidade dessa disposição legal é reafirmada pelo seu status de lei complementar, em consonância com o disposto no art. 146, inc. III, da Constituição de 1988, segundo o qual cabe à lei complementar “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”. Neste caso, a lei complementar (art. 98 do CTN), disciplinando o que a Constituição reservou para o seu âmbito de competência, passa a vincular o legislador ordinário ao cumprimento daqueles tratados celebrados pela República Federativa do Brasil e em vigor na nossa ordem jurídica interna.<sup>14</sup>

#### **4. A questão das isenções de tributos estaduais e municipais por meio de tratados**

Uma questão que surge da superioridade hierárquica dos tratados internacionais em geral, e dos tratados em matéria tributária, em especial, diz respeito à possibilidade de a União, por meio da celebração de tratados, isentar tributos de competência dos Estados e dos Municípios. O problema nasce do fato de ser o Brasil um Estado Federal, onde existe divisão de competências tributárias entre a União Federal, os seus Estados-membros e Municípios.

Nos termos do art. 18 da Constituição de 1988, os Estados e Municípios brasileiros são entes dotados de autonomia, podendo assim legislar em matéria tributária em assuntos de sua competência, levando em consideração os seus interesses particulares caso a caso. Daí então a regra do art. 151, inc. III, do texto constitucional, segundo a qual é vedado à União

---

ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual”. (REsp. 196560/RJ, rel. Min. Domóctiro Reinaldo, julg. 18.03.1999, in *DJ* 10.05.1999, p. 118).

12 Cf. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*, cit., p. 137.

13 ULHÔA CANTO, Gilberto de. Legislação tributária, sua vigência, sua aplicação, interpretação e integração, in *Revista Forense*, vol. 267, ano 75, Rio de Janeiro, jul./ago./set./1979, p. 27.

14 Nesse sentido, v. a lição de José Francisco Rezek: “Já uma lei complementar à Constituição, disciplinando quanto por esta tenha sido entregue ao seu domínio, pode, sem dúvida, vincular a produção legislativa ordinária ao respeito pelos tratados em vigor. (...) Em tal quadro, a lei ordinária conflitante com tratado preexistente há de sucumbir, mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar. Esta não se confunde com a própria carta constitucional, mas subjeta a lei ordinária inscrita em seu âmbito temático”. (*Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 475).

“instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”. Com base neste dispositivo fica a questão de saber se a vedação da União de isentar tributos estaduais, distritais ou municipais se estende aos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil com outros países.

A jurisprudência pátria vem reiteradamente negando a possibilidade de se instituir isenções pela via dos tratados internacionais, como se pode verificar da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Tributário. Isenção. ICMS. Tratado internacional.

1. O sistema tributário instituído pela CF/1988 vedou a União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III).
2. Em consequência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei Estadual em tal sentido.
3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna.
4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo sistema tributário nacional”<sup>15</sup>

Segundo entendemos, tal posicionamento jurisprudencial encontra-se equivocado, uma vez que não é a *União* que celebra tratados, mas sim a *República Federativa do Brasil*, da qual a União é apenas parte. Em verdade, o comando do legislador constituinte que proíbe a concessão de isenções heterônomas (aquelas concedidas por normas emanadas de pessoa pública que não é titular da competência para instituir o tributo) está direcionado tão somente à *União* (que é pessoa jurídica de Direito interno) e não à *República Federativa do Brasil* (que é pessoa jurídica de Direito Internacional, à qual o texto constitucional dá competência para assumir compromissos exteriores). É a República Federativa do Brasil, e não a União (que é, assim como os Estados e Municípios, apenas um dos componentes da República), que tem personalidade jurídica de direito das gentes e, portanto, pode celebrar tratados internacionais com outros Estados soberanos. É clara a regra constitucional do art. 1º da Carta Magna de 1988, segundo a qual a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Assim, quando se celebra um tratado internacional, ainda que prevendo determinada isenção que, internamente, seria da competência tributária dos Estados ou Municípios, o ente que o está celebrando é a República Federativa do Brasil, da qual a União, os Estados e os Municípios apenas fazem parte. Portanto, a representação externa da nação é única e não fracionada, razão pela qual a Constituição não atribuiu aos componentes da Federação personalidade jurídica de Direito Internacional Público. Quando o Presidente da República celebra um

15 STJ, Resp. 90871/PE, rel. Min. José Delgado, julg. 17.06.1997, in *DJ* 20.10.1997, p. 52.977. Posteriormente, contudo, mas sob outro fundamento, parece ter o STJ seguido orientação diversa, nestes termos: “A exegese do tratado, considerado lei interna, à luz do art. 98, do CTN, ao estabelecer que a isenção deve ser obedecida quanto aos gravames internos, confirma a jurisprudência do E. STJ, no sentido de que ‘Embora o ICMS seja tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, é lícito à União, por tratado ou convenção internacional, garantir que o produto estrangeiro tenha a mesma tributação do similar nacional’. Como os tratados internacionais têm força de lei federal, nem os regulamentos do ICMS nem os convênios interestaduais têm poder para revogá-los”. (Resp. 480563/RS, rel. Min. Luiz Fux, julg. 06.09.2005, in *DJ* 03.10.2005, p. 121).



tratado internacional (à luz do art. 84, inc. VIII, da Constituição) o faz não como Chefe de Governo (figura de Direito interno) mas como Chefe de Estado (figura de Direito Internacional), com competência para disciplinar quaisquer dos seus interesses, sejam eles do conjunto federativo (interesses da União) ou de cada um dos componentes da Federação (interesses dos Estados e dos Municípios).<sup>16</sup>

Assim, com base no que se acaba de expor, fica nítido que a proibição constitucional para concessão de isenções heterônomas do art. 151, inc. III, da Constituição de 1988, não tem por destinatário o *Estado brasileiro*, mas tão-somente a *União* relativamente aos demais componentes da República Federativa do Brasil (ou seja, os Estados e Municípios). Em outras palavras, a relação jurídica proibitiva se estabelece entre a União e os Estados-membros e Municípios e não entre estes e o Estado Federal (o Estado brasileiro), representado internacionalmente pela República Federativa do Brasil. Esta - a *República* - é ente maior, que se sobrepõe a todas as entidades que constitucionalmente a integram.

Apesar de não ter vingado, a Proposta de Emenda Constitucional nº 175, de 1995, deflagrada pela Mensagem Presidencial nº 888/95, por meio da qual visou o Poder Executivo modificar o sistema tributário nacional, já demonstrava o acerto da tese por nós esposada, quando pretendeu modificar a redação do art. 151, inc. III, da Constituição, para a seguinte:

“Art. 151. É vedado à União:

(...)

III – instituir isenção de tributo da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, salvo quando prevista em tratado, convenção ou ato internacional do qual o Brasil seja signatário”.<sup>17</sup>

Enfim, não se discute que a Constituição atribuiu *autonomia* aos Estados e Municípios para instituir determinados tributos. Contudo, autonomia não significa *soberania*. Esta é atributo da República Federativa do Brasil e não das entidades componentes da Federação, que não têm personalidade jurídica de Direito Internacional Público. Daí a nossa conclusão, na esteira da doutrina mais abalizada e dos princípios regentes do Direito Internacional, no sentido de que as limitações ao poder de tributar só se aplicam às relações jurídicas internas da União, jamais às relações internacionais (estabelecidas por meio de tratados) das quais a República Federativa do Brasil é parte. Desta sorte, o Estado brasileiro não está impedido de concluir tratados com outros países versando tributos de competência de quaisquer dos seus componentes, seja a União, sejam os Estados ou os Municípios.

16 Nesse exato sentido, v. ROCHA, Valdir de Oliveira, *Tratados internacionais e vigência das isenções por eles concedidas*, em face da Constituição de 1988, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 5/91, Cad. 1, mar./1991, pp. 83-84; XAVIER, Alberto, *Direito tributário internacional do Brasil*, cit., pp. 152-153; GRUPENMACHER, Betina Treiger, *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*, cit., pp. 124-129; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira, *Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais*, cit., pp. 262-272; e MACHADO, Hugo de Brito, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. II, cit., pp. 78-79.

17 V. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, edição de 18 de agosto de 1995, p. 18.857.

## 5. Conclusão

Ao fim e ao cabo dessa exposição teórica chega-se à conclusão que o art. 98 do Código Tributário Nacional é perfeitamente compatível com o sistema jurídico-tributário da Constituição brasileira de 1988 e com os princípios convencionais do Direito Internacional Público.

Assim, além de terem status de supra-legalidade no Direito brasileiro, os tratados em matéria tributária concluídos pela República Federativa do Brasil podem perfeitamente isentar tributos Estaduais e Municipais, sem que se possa aí vislumbrar qualquer vício de inconstitucionalidade.

### BIBLIOGRAFIA

- BORGES, José Alfredo. Tratado internacional em matéria tributária como fonte de direito. Revista de Direito Tributário, São Paulo, nº 27/28, jan./jul./1984, pp. 161-178.
- BORGES, José Souto Maior. Isenções em tratados internacionais de impostos dos Estados-membros e Municípios. Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, vol. 1. Celso Antônio Bandeira de Mello (org). São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 166-178.
- BRASIL, Francisco de Paula Souza. Legislação tributária e tratados internacionais. Revista Forense, vol. 308, ano 85, Rio de Janeiro, out./nov./dez./1989, pp. 35-41.
- BRONZATTO, Carlos Alberto & BARBOZA, Márcia Noll. Os efeitos do artigo 98 do Código Tributário Nacional e o processo de integração do Mercosul. Brasília: Senado Federal/Associação Brasileira de Estudos de Integração, 1996.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário, 8ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moares. Direito tributário comparado e tratados internacionais fiscais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna. São Paulo: Dialética, 1999.
- HORVATH, Estevão. Tratados internacionais em matéria tributária e os tributos estaduais e municipais. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5, Curitiba: ABDC, 2004, pp. 55-69.
- MACHADO, Hugo de Brito. Tratados e convenções internacionais em matéria tributária. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 93, jun./2003, pp. 25-33.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. II (arts. 96 a 138). São Paulo: Atlas, 2004.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969, 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito internacional público. São Paulo: RT, 2006.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público, vol. 1, 15ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. Comentários ao Código Tributário Nacional: Lei nº 5.172, de 25.10.1966. Carlos Valder do Nascimento (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso Mercosul. Scientia Iuris: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, vol. 1, nº 1, Londrina, jul./dez./1997, pp. 99-116.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. Tratados internacionais e vigência das isenções por eles concedidas, em face da Constituição de 1988. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, nº 5/91, Cad. 1, mar./1991, pp. 83-84.
- ROSEMBUJ, Tulio. Elementos de derecho tributario. Barcelona: Editorial Blume, 1982.
- ULHÓA CANTO, Gilberto de. Legislação tributária, sua vigência, sua eficácia, sua aplicação, interpretação e integração. Revista Forense, vol. 267, ano 75, Rio de Janeiro, jul./ago./set./1979, pp. 25-30.
- VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Informação Legislativa, ano 41, nº 162. Brasília: Senado Federal, abr./jun./2004, pp. 35-45.
- XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil, 6ª ed. reform. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. & XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Tratados: superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal de 1988. Revista de Direito Tributário, São Paulo, nº 66, jan./1996, pp. 30-48.

## Dedicação ao Ensino e Evolução do Direito das Gentes

VICENTE MAROTTA RANGEL \* \*\*

### Resumo

Este artigo visa discutir a evolução do direito das gentes observando os graves problemas da sociedade internacional, confrontando-os com as normas jurídicas que visam saná-las. Para tanto, a presente análise faz um apanhado histórico, passando, a seguir, a expor a dimensão normativa do direito, aplicando-os em fatos sociais ocorridos pelo mundo e seus efeitos perante a ordem normativa internacional. Por fim, disserta a respeito do impacto tecnológicos nas relações sociais e a necessidade de profundas mudanças, susceptíveis de superar antigos e graves ressentimentos e que exigem maduras reflexões.

### Abstract

This article is aimed on discussing the evolution of the jus gentium observing the serious problems confronted by the international society compared with the juridical norms that aim on solving them. In doing so, this analysis does a historical retrospective and, then, exposes the normative dimension of law by applying them to the social facts occurred throughout the world and their effects upon the normative international order. In the end, the technological impact on social relations and the necessity of deep changes, that are able to overcome ancient and severe setbacks and demand mature reflections, are dealt with.



1. Deferência me é outorgada: a do discurso de abertura do Terceiro Curso de Inverno de Direito Internacional, o qual se propõe a render preito ao ilustre professor da tradicional Casa de Ensino, em que nos encontramos: Arthur José de Almeida Diniz. A homenagem ao docente de direito das gentes se efetiva, aliás, por feliz coincidência sob a égide de relevante efeméride, que tem alcançado profunda ressonância alhures e em nosso país.

Refiro-me à Segunda Conferência da Paz da Haia, que precisamente há um século estava a ocorrer. Pela primeira vez o Brasil então participava de conferência em âmbito

\* Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Juiz do Tribunal Internacional do Direito do Mar; Membro do *Institut de Droit International*

\*\* Alocução proferida em homenagem ao Professor Arthur José Almeida Diniz, na sessão inaugural do III Curso de Inverno do CEDIN.

universal, donde a merecida ressonância alcançada naquele ensejo e até agora entre nós. Embora convidado para integrar a conferência precedente, reunida igualmente na Haia, no período de 18 de maio de 1.898 a 29 de julho do mesmo ano, o nosso país havia declinado do convite recebido. Da primeira conferência haviam participado, como se sabe, vinte e seis Estados, dos quais vinte europeus, os Estados Unidos, quatro asiáticos, e apenas um latino-americano, o México. A razão da ausência se devera, segundo nota diplomática então assinada por nosso representante diplomático em São Petersburgo, às crises por que havia então recentemente passado o Brasil. Todavia, da conferência subsequente, cujo centenário estamos hoje a celebrar, ocorrida de 15 de junho a 18 de outubro de 1.907, o nosso país não apenas participou mas teve nela atuação relevante, graças à personalidade atuante e diligente, entre outros, de Ruy Barbosa e do Barão do Rio Branco. Como se sabe, ambos adquiriram conhecimento e tirocínio em escolas de direito instituídas no Brasil cinco anos após a proclamação de nossa independência. A evocação da efeméride tem, desse modo, pertinência com o anfiteatro universitário em que agora nos encontramos e o destinatário desta aula inaugural, o ilustre professor titular de direito internacional público da Universidade de Minas Gerais, um dos sucessores daqueles que iniciaram o ensino do direito das gentes em nosso país. É para mim prazenteiro vislumbrar hoje essa construtiva seqüência de pesquisa e de docência.

2. Como todo ramo de direito, o que concerne às relações entre Estados é definido e dinamizado por seu caráter tridimensional. Nele se incorporam de forma solidária e atuante as dimensões do fato social, dos valores e da norma. Tais dimensões persistem, embora nem sempre em mesmo nível, em todos os ítems da temática do curso que ora se inicia. Elas subsistem igualmente, em maior ou menor grau, no escritos do Professor Arthur José Almeida Diniz, sedimentados em sua experiência de docente e de pesquisador, haurida tanto nesta Universidade e demais de nosso país como alhures, *verbi gratia* na Tulane University, na “Faculté de Droit et des Sciences Économiques”, na Universidade de Grenoble, no curso de especialização patrocinado pelo UNITAR, no programa da Fulbright, realizado nas Universidades de Harvard e Tufts. Dada essa abrangência de experiência pessoal, permitir-nos-emos lembrar ensinamentos inscritos em suas obras e com os quais, diga-se desde logo, também comungamos.

Quanto à dimensão normativa do direito, recorda-nos o professor Arthur Diniz que no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estão delineadas as fontes orientadoras das decisões do tribunal, “bem como se registra a descrição das fontes do próprio Direito Internacional Público”. Essa enumeração, diz ele, embora não seja hierarquizante, oferece roteiro seguro à elaboração desse direito, em termos de adequação à realidade. Menciona os instrumentos para o levantamento da vida internacional, em seu aspecto formal. “A importância do estudo do direito constitucional comparado” – sinaliza a seguir – “vai consistir no desenvolvimento de conceitos e categorias que permitam a incorporação dos tratados, convenções e acordos na vida da comunidade interna.” (*Subdesenvolvimento e Direito das Gentes*, Revista Brasileira de

Estudos Políticos, 1.977, p. 96). A referência que o Autor faz à relevância desse estudo nos conduz a evocar a necessidade de aprimorar a própria Constituição brasileira a respeito da processualística da conclusão de normas convencionais e de sua introdução no ordenamento interno, e lembrar, a propósito, o texto da Constituição argentina, reformada em 1.994, cujo artigo 75, inciso 22, estabelece nitidamente superioridade dos tratados internacionais sobre as leis. Comentário igualmente judicioso é aditado em relação ao costume internacional em face das “condições do progresso científico que vieram alterar profundamente a fisionomia dos Estados”, e tendo em conta que “a maioria dos Estados considerados novos possui características geográficas e históricas diferentes das que foram inspiradoras pelo costume e que eram de uma época histórica determinada” (*ibidem*, p. 97).

No concernente aos “princípios gerais do direito”, arrolados no artigo 38, letra c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, pondera o Autor, com remissão à Quincy Wright, que conquanto haja valores e relações locais, outros são, sem dúvida, universais, os quais nenhum sistema de direito pode ignorar e sobreviver (p.98). É precisamente no tocante a esses valores universais que Arthur Diniz é induzido a perfilhar diretrizes que o distanciam nitidamente do mero positivismo jurídico. Tem ele, ademais contribuição específica que o distingue dos contemporâneos, a qual se dá, a meu ver, por força de uma análise da dimensão fática desse direito. Em razão do exame percuciente das relações complexas da vida internacional, é por vezes difícil, nesse particular, distinguir em nosso homenageado o docente de direito das gentes do professor de relações internacionais. Ambas as funções por vezes nele se entrelaçam, de modo a contribuir, segundo entendo, para a clarificação da temática enfocada.

3. Permito-me, aliás, ponderar que, no âmbito dessa temática, o fato social se refere hoje inequivocamente aos Estados, ou ao conjunto dos Estados reunidos, às organizações internacionais, às empresas multinacionais, às entidades não governamentais. Todas essas pessoas jurídicas, por mais diferentes que sejam as teorias a elas concernentes, são compostas, não há negar, de uma realidade inquestionável, concreta e palpável, a dos seres humanos, a daqueles que, tanto quanto eu próprio e cada um dos ouvintes, estamos presentes nesta sala. Tal fato me faria, aliás, evocar nesta oportunidade o belo verso que o liberto cartaginês Terêncio (190-159 a.C.), no segundo século antes de Cristo, proferiu em situação excepcional, “Homo sum et humani nihil a me alienum puto”: o de ser homem e nada senão humano julgar em si próprio. A esse respeito não resisto em evocar comentário de Santo Agostinho (354-430). “Quando se ouviu pela primeira vez em Roma esse verso do liberto cartaginês” - disse o então bispo de Hipona, na Argélia, - “erguera-se no anfiteatro um aplauso universal; não se achou um só homem numa assembléia tão numerosa, composta de romanos e enviados de todas as nações submetidas ou aliadas ao império que não parecesse sensível a este grito da natureza.” Para Santo Agostinho, como certamente para cada um de nós, a

humanidade corresponderia, como efetivamente corresponde, ao terceiro círculo da sociedade humana, acrescido efetivamente ao círculo da família e o da nação ou Estado. A humanidade consubstanciaria assim, como de fato consubstancia, não apenas um dado da realidade, mas igualmente a própria dimensão do valor. Tem ela hoje, por sinal, a incumbência da exploração e uso do espaço cósmico e se encarna em pessoas jurídicas internacionais tal como a Autoridade dos Fundos Oceânicos. Estava, pois, o filósofo da patrística a antecipar, de certo modo, o que, anos mais tarde, Victor Hugo (1.802-1.885), enquanto poeta, almejava profundamente: o de ter por pátria o mundo e por nação a humanidade: “avoir pour patrie le monde et pour nation l’humanité”. Por sinal, o termo natureza - inserido no texto de Santo Agostinho parece, ademais, bem adequado tanto ao comentário quanto ao texto comentado. Em verdade, a dimensão do fato social a que estamos a nos referir, abrange certamente o fato da natureza, pois dela faz parte o ser humano. A ela também corresponde amplamente, como hoje em dia aliás se reconhece, a consciência da responsabilidade ecológica, objeto de advertência de cientistas desde os meados do século passado, a qual motivara a realização da Conferência de Estocolmo de 1.972, sucedida vinte anos mais tarde pela do Rio de Janeiro. Não há negar que com a natureza o homem se relaciona não apenas como agente senão também como paciente e nela se integra em participação solidária.

Outro não é, em verdade, o pensamento de nosso homenageado. Ao término de capítulo publicado há três décadas, que certamente hoje, ainda com mais razão, seria reiterado, e mesmo acrescido, escreveu ele: “Conclui-se pela existência de verdadeiro conceito de uma comunidade humana universal, cujas diferenças não poderão nunca ser essenciais, o que aumenta a iniquidade dessas mesmas diferenças no campo econômico e político, pois atualmente a penetração das informações é feita em escala universal e simultânea. A luta pela sobrevivência do gênero humano é o melhor roteiro para a compreensão do significado dessa comunidade internacional, na elaboração do direito das gentes”. (Subdesenvolvimento e Direito das Gentes, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, 1977, p. 55). Quanto a esse direito, o Autor se recusa a vislumbrá-lo de maneira meramente formal. Daí a sua preocupação com os fatos sociais e econômicos, com a tecnologia e seu impacto na comunidade interna e internacional, com o desenrolar dos fatos históricos e com a presença inequívoca do ser humano na sociedade estatal e internacional. Donde a necessidade de manter vigilância em torno da concepção do direito em seus diferentes níveis. “As modificações” - escreve Arthur Diniz - “a serem introduzidas no corpo teórico do direito internacional público deverão antes ser inspiradas numa idéia central em que a dignidade humana esteja ligada à ação política. Que os Estados renunciem, por penoso que pareça, à ilusão das diferenças entre suas várias formas. Que o direito internacional não seja uma constante revisão da Teoria para o Poder. Todo o esforço criador dos juristas da atualidade”, insiste ele, “deve ser orientado para solução de problemas que tenham como fonte o Homem” (ibidem, p.108).

4. A diretriz histórica é também sufragada no livro A Política e o Terceiro Mundo, editado em 1.983, que abrange ensaios anteriormente publicados, a saber: “A crise de nossos dias”, “O sistema revolucionário contemporâneo”, “Desenvolvimento e subdesenvolvimento: algumas reflexões”, “Desenvolvimento e subdesenvolvimento sob a perspectiva das relações internacionais” e “Tecnologia e relações internacionais”. Mais recentemente, ensaio sobre “terrorismo: o espectro da morte em massa” se encontra inserido no livro sobre Terrorismo e Direito, publicado no Rio de Janeiro, 2.003, pela Editora Forense. Tais contribuições doutrinárias, entre outras, são sempre enriquecidas de notas de referência, a atestarem a amplitude e atualização das fontes em que o Autor se fundamenta. Quanto a essas fontes, aprez-me verificar que entre o homenageado e quem no momento se compraz em saudá-lo, existem pontos reais não apenas de convergência senão também de identificação conceitual, alguns dos quais me permito indicar a seguir.

Isto posto, é no âmbito dessa diretriz assim como da dimensão do valor que são evocadas as “Preleções Teológicas”, que Francisco de Vitória (1.480–1.546) ensinara, em particular a referente aos Índios. O frade dominicano compreendia claramente - assinala Arthur Diniz - a importância do direito das gentes como base do direito internacional e não somente como uma das denominações desse último, pois em seus ensinamentos estavam “lançadas as bases para condenação dessa atividade espoliadora desenvolvida pelos conquistadores”, a qualificação de ilegítima à pretensa autoridade do Papa sobre o orbe terrestre e “a imposição aos indígenas, por parte dos espanhóis, da aceitação da soberania” (Desenvolvimento e Direito das Gentes, pp.37 e 38). Nesse mesmo livro, considera igualmente que o jesuíta Francisco Suarez (1.548–1.617) em seu Tratado das Leis, delinear a “a idéia da comunidade internacional” e lembra, em seqüência, a solução para o impasse em que vivemos, qual seja, “viver nossa realidade universal, de habitantes de um planeta” (p. 14).

Da perspectiva histórica se vale igualmente o Autor, para o exame dos fatos sociais, sua complexidade e alcance e criticar o eurocentrismo assim como a doutrina do mercantilismo para a qual “a riqueza é o fundamento do poder do Estado”. “Eurocentrismo”, no entender de Arthur Diniz, significa no caso a tendência de reduzir o direito das gentes ao prevalecente no Velho Continente, de onde passaria a reger as relações entre países dos demais continentes e entre estes e a Europa. “Ligado à origem do eurocentrismo está o defeito na conceituação dos povos primitivos recém-descobertos”(ibidem, p. 40). A economia do mercantilismo iria refletir, por seu turno, a preocupação com o aumento do poderio estatal (ibidem, pp. 46 e 47) e justificar “que os Estados pudessem incluir em seu próprio território colônias distintas, o que poderia mesmo ocorrer com base no artigo 34 do Ato de Berlim, de 26 de fevereiro de 1.885” (p.114). Em oposição a esses conceitos, o Autor sublinha o conceito de “uma comunidade humana universal” (p.155) e ser irreversível o declínio “do Estado-Nação, como unidade conceitual das relações internacionais, bem como destinatário das normas de direito internacional” (p.71).



Aliás, como antítese ao eurocentrismo, poder-se-ia aduzir que normas consuetudinárias específicas foram sendo geradas no continente americano. Tratados foram sendo negociados na América Latina, embora escassos no início, em seqüência ao malogro do tratado que Bolívar almejava concluir na reunião do Panamá de 1.826. Resultados eficazes viriam a ocorrer no último período do século XIX, por força dos tratados de direito internacional privado subscritos no Congresso reunido em Montevideo, em 1.888, o qual precedera de poucos meses tanto a reunião de Washington (remoto embrião da Organização dos Estados americanos) como também a Primeira Conferência de Paz, da Haia, a que nos referimos no início desta exposição.

5. No intuito de vincular o mercantilismo à realidade concreta de nosso pretérito, sinaliza Arthur Diniz o exemplo da Suécia, em que, no século XVII, o monopólio era concedido às cidades “para serem depósito do ferro exportado em barras” e aos agentes estrangeiros era vedado “penetrar nas regiões mineiras”, proibição essa aplicada por Portugal, “onde o comércio com as colônias era feito por conta e risco do rei, em suas explorações de ouro e diamante em Minas Gerais” (*ibidem*, p. 117). Reporta-se o Autor a Vattel cuja obra clássica Le Droit des Gens preceituava respeitasse as Metrópoles a balança do comércio, exportassem mais ouro e prata do que os importassem. Por conseguinte, “velhos hábitos mentais” acabaram por conceituar o direito internacional como a “regulamentação jurídico-formal de atos expansionistas do continente europeu, no florescimento de seu enorme desenvolvimento tecnológico” e somente “a partir dessas considerações, é que poderíamos “encarar o problema do desenvolvimento e do subdesenvolvimento”, “faces de uma mesma moeda”. (*ibidem*, pp. 117, 119 e 128).

A respeito do impacto da tecnologia, lembra-nos, outrossim, ser melhor aquilatada hoje “a diferença que separa o homem da Idade Média do homem à época das Grandes Navegações”, pela descida “do primeiro homem na Lua”. Para os astronautas, a “Terra é azul” e microscópica. “O ridículo das fronteiras só é superado pela tragédia das desigualdades econômicas” (A Política e o Terceiro Mundo, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizontes, 1.983, p. 73) e essas desigualdades – acrescenta nosso homenageado – “nos desvendam outra fonte de conflitos. A ciência eletrônica e a economia reduziram o Planeta, seus povos e suas culturas, a simples capítulo de investimento internacional. Entretanto, a mentalidade dos usuários-usurários é a velha economia rapace dos antigos banqueiros financiadores das cortes européias, que carreavam o ouro e a prata da colônia” (*ibidem*, p. 74). Essa mesma tecnologia, associada à cupidez do lucro, do livre jogo dos fatores econômicos, do sub-desenvolvimento, da pobreza, do irracionalismo ideológico, estão nas origens – mostra-nos o Autor – do terrorismo, focalizado, por sinal, em percuciente análise sobre o “espectro da morte em massa” com referências ao terrorismo político e ao terrorismo de lucro e, enfim, ao terrorismo global (*in Terrorismo e Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2.003, pp. 357-372).

6. Passemos às considerações finais desta alocução. Precisamente para focalizar esses e outros graves problemas da sociedade internacional e analisar normas jurídicas

que têm igualmente buscado saná-las, é que, por certo, o Terceiro Curso de Inverno está a iniciar-se, e para tanto o respectivo temário se revela abrangente e promissor. Todos seremos altamente beneficiados se pudermos ter o privilégio de acompanhar, passo a passo, a exposição dos itens do programa organizado pelo CEDIN, alguns dos quais, por sinal, permito-me assinalar, têm conexão com o temário constantemente atualizado do Institut de Droit International, a ser debatido na próxima sessão de outubro deste ano, em Santiago do Chile, à qual, aliás, pretendo comparecer, assim como com a agenda da reunião da International Law Association, que está prevista para o Rio de Janeiro, no próximo ano.

Nesta sessão inaugural, pediria vênias para evocar circunstâncias que me concernem pessoalmente em relação a outros cursos, como aqueles da Academia de Direito Internacional da Haia, os quais têm por certo inspirado os que, em boa hora, o CEDIN vem construtivamente promovendo. Sucede que aquela Academia frequentei em diferentes ocasiões e em diversas circunstâncias, ora como auditor, ora como pesquisador do respectivo Centro, ora como docente. Permito-me relatar fato comigo ocorrido em período imediatamente subsequente ao término da segunda guerra mundial quando pela primeira vez na Academia me inscrevera como auditor. Para ela me havia dirigido por instâncias de colegas que estivera a conhecer na Universidade de Paris e que, nessa época, ainda se mantinha única, sem desdobramentos. Iniciado o curso, estava a participar de excursão que a própria Academia costumeiramente organiza em fim de semana para ensejar conhecimento dos arredores da cidade holandesa. No ônibus, sentado a meu lado, para minha grande surpresa, colega francês começou de repente a chorar convulsivamente. Inquieto, consternado por essa reação subitânea, inquiri-o a respeito. Passados alguns minutos, esteve a me esclarecer. “Era a primeira vez”, disse-me ele, “que vira um alemão depois da guerra”.

Se relato esse fato, é, certamente para, com os presentes, lembrar como têm ocorrido profundas mudanças desde então no cenário internacional, susceptíveis de superar antigos e graves ressentimentos, mudanças a exigirem maduras reflexões. Seis décadas transcorridas, por exemplo, aí está a Comunidade Econômica Européia que, criada em 25 de março de 1.957, abrange hoje, após a incorporação da Bulgária e Romênia ainda no início deste ano, vinte e sete Estados membros, entre os quais figuram, como fundadores, tanto a França como a Alemanha, estando esta hoje, aliás, na presidência da União Européia. Para celebrar a passagem dos cinquenta anos do tratado de Roma, os chefes de Estado e de Governo da União Européia assim como os presidentes da Comissão Européia e do Parlamento Europeu se reuniram recentemente em cerimônia comemorativa em Berlim.

Sem embargo da cena surpreendente com que há vários anos eu próprio me deparara, ou aquela em que, recentemente, ainda há poucos dias, para geral perplexidade, o presidente polonês Lech Kaczynski esteve então a reivindicar acerto de contas com a Alemanha do Terceiro Reich, parece-me que não se ouvem mais hoje os choros convulsivos que eu ouvira, outrora, por força de eventos da segunda guerra mundial. Todavia, eles persistam cada vez com maior clamor, com mais insistência,

com maior freqüência, por outros motivos, os mais diversos e relevantes, nas mais diferentes regiões do globo terrestre. Por que razão choros têm de um lado cessado mas, de outra parte, recrudescido com mais vigor, com maior amplitude, e parecem não mais se extinguirem? Resposta plena e definitiva não é por certo o propósito único do Curso mas ela é susceptível de ser cogitada e mesmo alcançada pelo menos em parte, tanto durante e após a seqüência das aulas que ora se iniciam, como ao reler as advertências e ensinamentos do professor Arthur José Almeida Diniz, os quais, com fulgor e pertinência, têm continuado a ressoar nesta Casa de Ensino.

## La res judicata dans L’Affaire du Génocide (C.I.J. Arrêt du 26 Février 2007)

VINCENT SOUTY\*

*«S’il est vrai que toute décision de justice doit pour des raisons sociales évidentes, être regardée comme exprimant la vérité - res judicata pro veritate habetur -, il est non moins vrai que, pour des raisons sociales et éthiques tout aussi évidentes, il vaut mieux s’assurer que cette présomption soit conforme à la réalité!».*

### Resumo

O presente artigo comporta a análise de um ponto específico da sentença proferida pela Corte Internacional de Justiça em 26 de fevereiro de 2007, no caso relativo à aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia - Montenegro). Trata-se da questão da autoridade da coisa julgada em matéria de exceções preliminares, que teriam sido resolvidas em uma primeira sentença, proferida em 1996, na qual a Corte se baseou para reter novamente sua competência (que fora vivamente contestada) e afirmar a responsabilidade internacional da Sérvia. O artigo avalia a questão à luz das contradições existentes entre este julgamento e a declaração de incompetência da Corte para julgar a demanda postulada pela Sérvia - Montenegro no caso da Licitude do emprego da força, proferida em sentença de dezembro de 2004.

### Abstract

This article is composed of an analysis based on a specific point of a sentence made by the International Justice Court on February 26th 2007 about the case related to the application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina versus Sérvia-Montenegro). It deals with the authority of the judged thing in the realm of preliminary exemptions, which would have been solved within a first sentence made in 1996, on which the Court was based to retain once more its competence (that was strongly refuted) and to affirm Servian international responsibility. The article evaluates this problem in the light of the existent contradictions between this judgement and the lack of competence declaration of the Court to judge the demand made by Servia-Montenegro in the case of the Licit employment of force, declared in a sentence on December 2004.

\* Doctorant du Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux et les Évolutions du Droit (CRDFED) de l’Université de Caen – Basse Normandie ; membre du CEDIN. L’auteur tient à remercier Marie Rota et Isabelle Moulrier pour leurs relectures.  
1 Prosper Weil, « Le droit en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, vol. 237, 1992, p. 324

## Introduction

L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice (C.I.J.) du 26 février 2007, dans l'*affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) vient clore l'une des procédures les plus longues à laquelle ait fait face l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Pas moins de 27 juges se sont penchés sur cette affaire, depuis le dépôt de la requête en mars 1993 en vertu d'une violation de la Convention pour la prévention et la répression du Génocide du 9 décembre 1948<sup>2</sup>, 27 juges qui ont par ailleurs largement utilisé leur prérogative de publier des opinions individuelles, dissidentes ou séparées, ce qui peut être vu comme un premier indice de la difficulté qu'a eu la Cour à résoudre cette affaire, difficulté due à la fois à la complexité et à la gravité du sujet (pour la première fois la Convention sur le Génocide était invoquée devant la Cour), mais aussi à l'attitude des parties, voire même, comme nous le verrons ultérieurement, des organes politiques de l'Organisation des Nations Unies. La longueur de l'arrêt rendu par la Cour en février 2007 est un autre exemple : tout au long des presque 140 pages de motivation, la C.I.J. s'est attardée pour savoir si le Défendeur<sup>3</sup> avait bel et bien violé ses obligations au regard de la Convention sur le Génocide lors du conflit de 1992-1995.

Si l'ensemble de la décision mérite un examen attentif<sup>4</sup>, un point particulier nous retiendra ici, celui concernant le problème de l'autorité de la chose jugée d'un premier arrêt de 1996, sur lequel s'est fondée la Cour pour finalement retenir sa compétence, qui était contestée en l'espèce par la Serbie-et-Monténégro<sup>5</sup>. C'est en effet en se basant sur le principe *res judicata* que la Cour a rejeté une exception d'incompétence soulevée après la phase préliminaire, a confirmé sa compétence et a affirmé la responsabilité de la Serbie au regard de la Convention sur le génocide<sup>6</sup>.

À la suite du conflit issu de l'éclatement de l'ex-Yougoslavie, la Bosnie-Herzégovine dépose donc une requête en mars 1993 par laquelle elle demande à la Cour de se prononcer sur le comportement de la République Fédérale de Yougoslavie (R.F.Y.) au regard de la Convention sur le Génocide. En 1996, lors de la phase préliminaire, la Cour rejette les six exceptions d'incompétence soulevées par le Défendeur<sup>7</sup>; en fondant

2 Ci après, Convention sur le Génocide, entrée en vigueur le 12 janvier 1951.

3 Les vicissitudes de l'histoire récente de cette région des Balkans amèneront le Défendeur à changer plusieurs fois de nom, en fonction des différentes sécessions des anciennes républiques fédérées. En essayant de suivre les étapes, l'on appellera successivement le Défendeur des noms de République Fédérale de Yougoslavie (ou R.F.Y., pour la période couvrant les années 1992 à 2003), Serbie-et-Monténégro (de février 2003 à juin 2006), puis Serbie (depuis le 3 juin 2006), conformément à la nomenclature utilisée par la Cour.

4 On renverra notamment aux articles parus dans le *Leiden Journal of International Law*, Volume 21(2008), Issue 1

5 Nous nous reporterons donc aux paragraphes 80 à 140 de la décision.

6 La décision de 2007 reconnaît la responsabilité de la Serbie pour n'avoir pas prévenu le génocide de Srebrenica en juillet 1995 et pour n'avoir pas transféré Ratko Mladić au Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie.

7 Le Défendeur affirmait que:

1 – la guerre civile de Yougoslavie excluait l'existence d'un différend international ;

2 – le président de la Bosnie-Herzégovine n'avait pas la compétence pour saisir la Cour ;

3 – la Bosnie-Herzégovine n'était pas partie à la Convention sur le Génocide ;

4 – il n'existait pas de différend international au sens de l'article IX de la Convention sur le Génocide ;

5 – le demandeur n'ayant adhéré à l'O.N.U. que le 29 mars 1993, la requête devait être considérée irrecevable ;

6 – et enfin, quand bien même la Cour aurait considéré que le demandeur avait adhéré à cette Convention dès le 29 décembre 1992, le Défendeur affirmait que toutes les demandes concernant des faits antérieurs à cette date échappaient au ressort de la Cour

sur l’article IX de la Convention sur le Génocide<sup>8</sup>, elle se déclare alors compétente pour juger du fond de l’affaire<sup>9</sup>.

En 2001, la R.F.Y. dépose une requête en révision<sup>10</sup> de la décision de 1996, en se basant sur l’article 61 du Statut<sup>11</sup>. Elle invoque comme «fait nouveau» sa récente admission en tant qu’État membre de l’O.N.U., le 1<sup>er</sup> novembre 2000. Le Défendeur a en effet toujours soutenu, en tant que prétendu État successeur de l’ancienne Yougoslavie, avoir eu le statut de membre de l’O.N.U., qui donne de plein droit accès à la C.I.J. Mais cette affirmation était contestée par les autres États issus de l’éclatement de l’ancienne république socialiste, et n’avait pas fait l’objet d’une reconnaissance ni par les autres membres, ni par les Organes, des Nations Unies<sup>12</sup>. La question se posait, dès lors, de connaître la nature du statut de la R.F.Y. vis-à-vis de l’O.N.U.

Après la chute du régime de Milošević, le nouveau gouvernement présentera finalement une demande d’adhésion aux Nations Unies, conformément à la résolution de l’Assemblée générale 47/1(1992), demande acceptée par la résolution 55/12 de l’Assemblée du 1er novembre 2000.

Fort de ce changement, le Défendeur soutint alors devant la Cour qu’étant devenu membre, et donc partie au Statut de la Cour, en 2000, il fallait en conclure subséquemment, et conformément à l’article 35 de son Statut<sup>13</sup>, qu’avant cette date, il ne pouvait avoir eu accès à la C.I.J., que celle-ci n’était donc pas compétente pour trancher le litige. C’est l’objet de la requête de la R.F.Y. déposée au greffe de la Cour le 24 avril 2001 en vertu de l’article 61 du Statut<sup>14</sup>. Cette dernière rejette le 3 février 2003 cette demande en révision, d’une manière assez formaliste<sup>15</sup>, en considérant que l’admission du Défendeur à l’O.N.U. en 2000 ne pouvait avoir constitué un «fait nouveau» au sens de l’article 61 du Statut de la C.I.J.<sup>16</sup>.

8 «Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l’interprétation, l’application ou l’exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d’un État en matière de génocide ou de l’un quelconque des autres actes énumérés à l’article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d’une partie au différend.»

9 Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil, 1996, p. 621, §41

10 Il s’agit de demander à la Cour de réexaminer un arrêt, en vertu d’un fait nouveau apparu postérieurement au rendu du jugement, et dont la connaissance est susceptible d’amener à une solution différente.

11 «1 - La révision de l’arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu’en raison de 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. 2 - La procédure de révision s’ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l’existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la révision, et déclarant de ce chef la demande recevable.»

12 La résolution 757(1992) du 30 mai 1992 du Conseil de sécurité constate que la déclaration de succession de la République fédérale de Yougoslavie n’a pas été généralement acceptée. La résolution 777(1992) du 19 septembre considère que cet État ne peut assumer automatiquement la continuité de l’ancienne Yougoslavie aux Nations unies et recommande à l’Assemblée générale de décider que la R.F.Y. doit présenter une demande d’adhésion. Le 22 septembre 1992, l’Assemblée générale, dans sa résolution 47/1, invite la R.F.Y. à présenter une demande d’adhésion aux Nations Unies.

13 1 – La Cour est ouverte aux États parties au présent Statut. 2 – Les conditions auxquelles elle est ouverte aux autres États sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu’il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour. »

14 «1. La révision de l’arrêt ne peut éventuellement demandée à la Cour qu’en raison de 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.»

15 Cf. L. Nemer Caldeira Brant, « L’autorité de la chose jugée et la révision devant la Cour internationale de Justice à la lumière des derniers arrêts de celle-ci », in *Annuaire Français de Droit International*, CNRS édition, Paris, 2003, pp. 248-265

16 «En l’espèce, la Cour a conclu qu’aucun fait entrant dans les prévisions de l’article 61 du Statut n’avait été découvert depuis 1996. Point n’est donc besoin pour elle de s’interroger sur la question de savoir si les autres conditions de recevabilité de la requête de la Yougoslavie (sic) telles qu’elles découlent de l’article 61 sont remplies.» (Demande en révision de l’arrêt du 11 juillet 1996 en l’affaire relative à l’Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 32, §73)

Parallèlement à sa requête en révision, le 4 mai 2001, le Défendeur envoie à la Cour, dans le cadre de la procédure initiée en 1993, une «*Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence*<sup>17</sup>» par laquelle elle lui demande, en se fondant sur les mêmes arguments que dans sa demande de révision<sup>18</sup>, de surseoir à statuer en attendant de réexaminer sa compétence. Moins de quatre mois après avoir rejeté la demande en révision, la Cour, tout en refusant de surseoir, accepte, par une lettre du greffe du 12 juin 2003, d'examiner la question soulevée dans l'Initiative lors de la phase de fond<sup>19</sup>; elle informe donc les parties que celles-ci seront libres de présenter des arguments concernant la compétence de la Cour.

Cette nouvelle exception fait ainsi l'objet de la première partie de la décision de 2007.

Dans ses plaidoiries écrites, et lors de la procédure orale, la Bosnie-Herzégovine soulève deux arguments pour contester à la Serbie le droit de remettre en cause la compétence de la Cour. Tout d'abord, elle oppose au Défendeur qu'il ne saurait contester à nouveau la compétence après le rendu d'un arrêt sur les exceptions préliminaires. Son abstention d'alors, même si elle a pu lui être préjudiciable, est définitive et sans appel. La Serbie, selon le Demandeur, est privée du droit de demander à la Cour d'examiner cette question de compétence en vertu des principes de bonne foi, d'*estoppel*, ou de *forum prorogatum*<sup>20</sup>.

La Cour va rejeter ces arguments. Elle considère que si l'on peut faire appel à ces principes lorsqu'un problème de compétence *rationae personae* est posé pour attester du consentement d'une partie à la compétence de la Cour, tel n'est pas le cas en l'espèce: il s'agit pour le Défendeur de contester la possibilité même d'avoir accès à la juridiction internationale, ce qui ne peut dépendre du consentement des parties<sup>21</sup>. La Cour confirme ici ce qu'elle a affirmé de manière très claire dans les affaires *Licéité de l'emploi de la force*<sup>22</sup>. La Bosnie-Herzégovine soutient également que la décision de 1996 est revêtue de l'autorité de la chose jugée; il n'est dès lors plus possible, la Cour ayant conclu à sa compétence, de remettre en cause les conclusions du dispositif de cet arrêt, en dehors de la procédure de révision<sup>23</sup>. Il faut désormais juger le fond, c'est-à-dire les allégations de génocide.

La C.I.J. observe d'abord, à juste titre, que la question de l'accès de la Serbie à la juridiction n'a été soulevée par aucune des parties lors de la phase préliminaire. En effet, pour des raisons évidentes, la Bosnie, alors même qu'elle contestait la prétention

17 Ci-après, l'Initiative.

18 Considérer que la R.F.Y. ne pouvait avoir eu accès à la Cour avant le 1<sup>er</sup> novembre 2000, date de son admission à l'O.N.U.

19 §82

20 Le principe du *forum prorogatum* implique qu'un Etat est considéré avoir accepté la compétence d'une juridiction par sa participation active à l'instance.

21 «*Quand bien même le Défendeur pourrait être considéré comme ayant accepté, en la présente espèce, la compétence de la Cour, celle-ci n'en serait en aucune façon empêchée d'examiner et de trancher la question susmentionnée. Le même raisonnement vaut pour l'argument selon lequel le Défendeur se trouverait, soit par application du principe d'estoppel, soit pour des considérations de bonne foi, privé de la possibilité de soulever la question à ce stade. Toutes ces considérations, au bout du compte, ne reviennent qu'à prêter au Défendeur une acceptation implicite, ou un consentement présumé, quant à la compétence de la Cour; or, ainsi que cela a été exposé plus haut, le consentement ad hoc d'une partie est distinct de la question de la capacité à ester devant la Cour.*» (§103)

22 «*[D]e l'avis de la Cour, il y a lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'implique pas un tel consentement*», *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p.295, §36. Il y a 7 arrêts de 2004, concernant des affaires identiques, entre la Serbie-et-Monténégro et différents États membres de l'OTAN, cf. infra.

23 Qui a déjà donné lieu à un arrêt en 2003, cf. supra.



du Défendeur à se considérer comme successeur de l’ex-Yougoslavie, n’avait aucun intérêt à soulever une question dont la solution aurait conduit au rejet de sa requête. Le Défendeur, quant à lui, ne pouvait soulever un argument qui allait à l’encontre de sa prétention d’alors : être reconnu comme successeur de l’État de Yougoslavie, avec les droits et obligations de celle-ci, dont la qualité d’État membre de l’O.N.U., et donc l’accès à la C.I.J.<sup>24</sup>

La Cour souligne ensuite solennellement le caractère fondamental de ce problème<sup>25</sup>, un point tellement fondamental que «*la Cour doit, au besoin, [le] soulever d’office*»<sup>26</sup>. De là, elle conclut qu’elle n’aurait pu s’attacher à étudier la validité des exceptions préliminaires soulevées devant elle, si elle n’avait au préalable estimé que la R.F.Y. «*avait qualité pour participer à des affaires portées devant elles*»<sup>27</sup>. Dès lors, la question ayant déjà été résolue lors de la phase préliminaire, la demande formulée dans l’Initiative est rejetée en vertu du principe de l’autorité de la chose jugée.

Cette solution n’a pas fait l’unanimité au sein des juges de la Cour: cinq juges ont voté contre le rejet des exceptions d’incompétence du Défendeur (les juges Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov et le juge *ad hoc* serbe Kreća<sup>28</sup>. A ces cinq juges, il faut ajouter les trois juges qui ont voté en faveur du dispositif concernant la compétence de la Cour, tout en exprimant dans des opinions dissidentes ou séparées leur désaccord quand à l’argumentation empruntée en l’espèce<sup>29</sup> (les juges Tomka, Owada et le vice-président Al-Kwasawneh).

Les réticences des juges à adopter cette motivation prennent tout leur sens lorsque l’on analyse simultanément cette décision de 2007 avec les arrêts précités *Licéité de l’emploi de la force* du 15 décembre 2004. Ces arrêts font suite à différentes requêtes présentées par la Serbie-et-Monténégro en 1999, suite aux bombardements de ce pays par l’OTAN débutés en mars 1999.

La C.I.J. rejette toutes les requêtes non-retirées par la Serbie-et-Monténégro en constatant qu’au moment du dépôt de celles-ci<sup>30</sup>, cet État n’était pas membre de l’O.N.U., et donc n’avait pas accès à la Cour, ni en vertu du premier paragraphe de l’article 35 du Statut de la C.I.J., ni en vertu de son second paragraphe.

C’est ce point qui explique la faible majorité ayant opté pour l’affirmation de la compétence de la Cour en 2007. Il semble y avoir là une contradiction irréductible. En 2004, la Cour considère que la Serbie-et-Monténégro n’était pas membre de l’O.N.U., et donc qu’elle n’avait légalement pas accès la C.I.J., c’est-à-dire en 1999. Si l’on prolonge le raisonnement de la Cour en l’espèce, il semble difficilement envisageable de considérer dès lors que la Serbie-et-Monténégro (ex-R.F.Y.) ait pu être membre de l’Organisation avant 1999, ou pour être plus précis, entre 1992<sup>31</sup> et 1999.

24 A ce titre, voir la déclaration du 27 avril 1992, citée par la Cour au paragraphe 90.

25 «[L]a question de savoir si un État a qualité pour se présenter devant elle conformément aux dispositions du Statut, [...] passe avant celle de la compétence *ratione materiae*, c’est-à-dire avant celle de savoir si cet État a consenti à ce que la Cour règle le différend particulier porté devant elle. C’est, par ailleurs, une question que la Cour elle-même est tenue, si besoin est, de soulever et d’examiner d’office, le cas échéant après notification aux parties» (§122).

26 §132

27 *Idem*.

28 A noter qu’en dehors du juge Skotnikov, les quatre autres siégeaient déjà en 1996.

29 Les juges Tomka, Owada et le vice-président Al-Khasawneh.

30 La Serbie-et-Monténégro a déposé ses requêtes le 29 avril 1999.

31 Début de la partition de l’ex-Yougoslavie.

Mais en 2007, à la suite d'un raisonnement pour le moins lapidaire<sup>32</sup>, la même Cour confirme son arrêt de 1996 et se reconnaît compétente pour connaître d'une affaire dans laquelle cet État a été assigné en mars 1993. En 2007, l'organe judiciaire principal des Nations Unies considère donc que la R.F.Y. (future Serbie-et-Monténégro) avait accès à elle.

On le voit, la solution dégagée en 2007, envisagée à la lumière des arrêts de 1996, 2003 et 2004, pose différents problèmes. L'enjeu était de taille. Après quatorze ans de procédure, la Cour pouvait-elle réellement se dédire et ne pas retenir sa compétence, laissant ainsi la question de la responsabilité de la Serbie au regard de la Convention sur le génocide sans réponse ? En 2007, la Cour, enserrée de *contraintes* issues à la fois de l'inaction des organes politiques de l'O.N.U.<sup>33</sup> et de raisonnements tenus par elles dans d'autres affaires, avait-elle un autre choix que de se reconnaître compétente en vertu de la *res judicata* ?

Cette solution lui a en effet permis, au risque de prendre une certaine liberté avec la théorie traditionnelle de l'autorité de la chose jugée (Partie I), d'esquiver le problème posé par l'incohérence entre les arrêts de 1996 et de 2004 (Partie II).

### **Partie I - L'extension apparente de la portée de la *res judicata***

Les juges ont considéré que la question de l'accès de la Serbie à la Cour avait déjà été tranchée de *manière implicite* dans la décision de 1996. Revêtu de l'autorité de la chose jugée, cette question ne peut plus faire l'objet d'aucune contestation en dehors de la procédure sus décrite de l'article 61<sup>34</sup> (cf. supra), procédure déjà tentée et repoussée en 2003. En adoptant ce raisonnement, la Cour semble ouvrir la porte à une extension démesurée de la portée du principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, d'un côté, se pose le problème de savoir dans quelle mesure un arrêt portant sur des exceptions préliminaires peut être revêtu de la *res judicata* (A). D'autre part, on peut se demander dans quelle mesure un raisonnement implicite<sup>35</sup> peut disposer d'une telle autorité (B).

#### **A – La portée de la *res judicata* d'un arrêt portant sur des exceptions préliminaires**

L'article 79 paragraphe 1 du Règlement de la Cour<sup>36</sup> permet à un État Défendeur de soulever des exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité lors d'une phase qualifiée de préliminaire, qui met en suspens l'examen du fond par la juridiction, jusqu'à ce

32 «Point n'est besoin, aux fins de la présente procédure, d'aller au-delà de cette conclusion [la reconnaissance de la compétence de la Cour basée sur la *res judicata* de la décision de 1996] en examinant par quel cheminement [la Cour] y est parvenue» (§132).

33 Comme la Cour à différentes reprises, l'Assemblée générale et de Conseil de sécurité n'ont jamais adopté une position claire sur la prétention de la R.F.Y. à être le successeur de la Yougoslavie, et donc sur son appartenances aux Nations Unies. C'est cette « non-décision » originel qui est à la source des problèmes relevés.

34 Cf. supra

35 A cet égard, on peut relever que la version anglaise de la décision de 2007 est plus parlante, puisqu'au §132, la Cour explique que la décision de 1996 contenait «by necessary implication» le raisonnement ayant abouti à considérer que le Défendeur avait accès à elle

36 «Toute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le Défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire. Toute exception soulevée par une partie autre que le Défendeur doit être déposée dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure émanant de cette partie.»

qu’un arrêt tranche cette question préalable. Si la Cour dispose de la compétence de sa compétence<sup>37</sup>, elle se doit d’examiner avec attention la phase préliminaire : du fait du volontarisme encore prégnant en droit international, il n’est pas envisageable qu’un État puisse être attrait devant le juge international contre sa volonté<sup>38</sup>. C’est pour cette raison que la Cour accepte en 2003 d’étudier les arguments contenus dans l’*Initiative*, alors même que la phase préliminaire est terminée.

Pour la Serbie, qui s’appuie sur l’affaire *Compétence du Conseil de l’OACI*<sup>39</sup>, la Cour doit, s’il le faut à chaque stade de la procédure, s’assurer de sa capacité à trancher le litige<sup>40</sup>. La Bosnie considère qu’il aurait fallu présenter l’exception d’incompétence lors de la phase préliminaire : l’abstention du Défendeur doit désormais lui être opposée sur le fondement des principes d’*estoppel*, de bonne foi ou de *forum prorogatum*<sup>41</sup>.

La C.I.J. rejette cet argument. Rappelant sa décision de 2004, elle rappelle qu’il faut distinguer entre un problème de compétence *rationae personae* et un problème d’accès à la Cour<sup>42</sup>. Dans ce cas, la volonté des États est indifférente, donc les principes cités ne peuvent jouer. L’«*acquiescement, s’il était établi, pourrait se révéler pertinent aux fins de rechercher l’existence d’une compétence consensuelle*»<sup>43</sup>, pour laquelle l’*estoppel*, la bonne foi ou le *forum prorogatum* peuvent s’appliquer, mais il s’agit ici bien d’un problème d’accès à la Cour.

Si l’on raisonne *a contrario*, cela vient limiter le droit pour un État de soulever une exception d’incompétence une fois passée la phase préliminaire.

En effet, la Cour a beau soutenir que «*si une partie à une instance devant [elle] choisit de ne pas soulever une question de compétence [...], cette partie n’en est pas pour autant nécessairement privée du droit de soulever cette question au stade de l’examen du fond*»<sup>44</sup>. Il est clair que, dès lors qu’une question relative à la volonté de l’État est en cause<sup>45</sup>, le fait de ne pas soulever celle-ci en amont de l’examen du fond empêchera définitivement l’État abstentionniste de s’en prévaloir par la suite. C’est une limite importante à la liberté de soulever une nouvelle exception lors de la phase du fond.

Ensuite, s’il est acquis que les arrêts de fond, par nature définitifs et obligatoires, sont revêtus de la *res judicata*, qu’en est-il exactement des arrêts portant sur des exceptions préliminaires ? Quelle peut être la portée de l’autorité de la chose jugée d’une telle décision, si la Cour permet aux États de soulever de nouvelles exceptions d’incompétence ?

37 Article 36 § 6 du Statut : «*En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.*»

38 Celle-ci se manifeste non seulement par son adhésion au Statut de la Cour, mais en plus au travers de l’acceptation de la compétence de la C.I.J., d’une manière générale (clauses d’un traité instituant une compétence obligatoire) ou d’une manière spéciale (acceptation, tacite ou explicite, de la compétence de la Cour pour un litige particulier).

39 C.I.J., *Appel concernant la compétence du Conseil de l’OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, Recueil 1972, p.46,

40 §118

41 §85

42 Ainsi, en 2004, la Cour déclare qu’«*[i]l y a lieu d’établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d’une partie et celle du droit d’une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n’implique pas un tel consentement*» (Licéité de l’emploi de la force, §36, p. 295) ; elle confirme en 2007 : «*le consentement ad hoc d’une partie est distinct de la question de la capacité à ester devant la Cour*» (§103).

43 §102

44 §101

45 Comme l’acceptation, ou non, de la compétence de la Cour.

Le Défendeur considère qu'il doit être possible de remettre en cause l'arrêt de 1996 en soulevant cette nouvelle exception d'incompétence. Il y aurait lieu, selon lui, de distinguer entre les arrêts portant sur des exceptions préliminaires et les arrêts au fond. Il affirme que seule la partie du dispositif rejetant les exceptions préliminaires devrait être considérée comme revêtue de l'autorité de la chose jugée, non celle «*confirm[ant] de manière très large*» la compétence<sup>46</sup>. Cette approche semble être conforme avec l'idée selon laquelle de nouvelles exceptions peuvent être présentée postérieurement à la phase préliminaire. Pour la Serbie, la Cour, en 1996, ne s'est pas préoccupée du point concernant l'accès à la Cour de la R.F.Y., elle n'a répondu qu'aux six exceptions préliminaires soulevées<sup>47</sup>.

Mais la Cour considère que l'autorité d'un arrêt portant sur des exceptions préliminaires n'est pas limitée aux seules parties du dispositif qui les rejette expressément. Elle refuse la distinction proposée par le Défendeur : se référant conjointement aux articles 36 (6) et 60 du Statut<sup>48</sup>, elle remarque qu'il n'y est nullement fait mention d'une distinction entre arrêts préliminaires et arrêts de fond, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*<sup>49</sup>.

Il ressort que même si la Cour affirme sa compétence lors du stade des exceptions préliminaires, il n'est pas impossible qu'elle doive examiner ultérieurement un nouveau problème d'incompétence. Une jurisprudence abondante est citée pour illustrer ce point<sup>50</sup>, mais elle précise que «*la différence essentielle entre les affaires mentionnées au paragraphe précédent et la présente espèce réside en ceci que les questions de compétence examinées à un stade tardif dans ces affaires étaient telles que la décision rendue à leur sujet n'était pas susceptible de contredire la conclusion par laquelle la Cour s'était déclarée compétente dans l'arrêt antérieur*»<sup>51</sup>.

Ce que la Cour semble exclure ici de manière implicite, et sous couvert de l'autorité de la chose jugée, c'est *la possibilité de remettre en cause un jugement préliminaire* dans lequel la Cour se serait reconnue compétente. La Cour verrouille alors toute contestation de reconnaissance de sa compétence dans un arrêt préliminaire, et la limite à la seule possibilité de révision<sup>52</sup>. Elle tend à donner une portée très importante à un arrêt portant sur des exceptions d'incompétence, sur le fondement de la *res judicata*, dont l'utilisation paraît ici abusive.

46 §124. L'arrêt de 1996 ne serait pas dès lors *définitif*.

47 Le juge *ad hoc* Kreća dans son opinion dissidente, vient présenter sa théorie, assez similaire à la position du Défendeur, de la *res judicata* qui s'attache aux arrêts préliminaires. Il distingue les jugements où une exception a été acceptée, qui mettent fin à la procédure ; les jugements où l'exception est rejetée et la Cour déclarée compétente ; et les jugements où le caractère préliminaire de l'exception n'a pas été retenu. Selon lui, seules les premières décisions, qui retiennent une exception, doivent être considérées comme revêtues de l'autorité de la chose jugée. cf. Opinion Séparée du juge *ad hoc* Kreća, p. 5, §10.

48 «*L'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie*»

49 Elle rappelle au surplus que si une requête en révision de l'arrêt de 1996 a pu être déposée et jugée, c'est bien que les dispositions d'un arrêt portant sur des exceptions préliminaires sont revêtues de l'autorité de la chose jugée : elles sont définitives et sans recours, en dehors de la procédure prévue par l'article 61. REF?

50 §127 et 128

51 §128

52 «*Dès lors qu'une conclusion favorable à la compétence a été énoncée avec l'autorité de la chose jugée, elle ne peut plus être remise en question ou réexaminée, si ce n'est par le biais de la procédure en révision prévue à l'article 61 du Statut* » (§138).

Du point de vue du droit international, la *res judicata* doit se comprendre dans l’optique de la préservation de la paix et de la sécurité juridique. Donner une telle portée à des arrêts portant sur la compétence de la Cour, c’est, comme le relève le juge Skotnikov<sup>53</sup>, considérer le juge international et ses décisions *infaillibles*. Cette acception de la *res judicata* risque de limiter le devoir de la Cour de s’assurer de sa compétence. Une fois celle-ci retenue, la Cour se refusera-t-elle désormais systématiquement à revenir sur sa position, en dehors de la procédure de révision, dont les conditions de mise en jeu sont extrêmement strictes<sup>54</sup>?

Cette position est d’autant plus problématique, que la Cour, dans son analyse de la *res judicata* de l’arrêt de 1996, semble en étendre démesurément la portée.

### **B - Le risque de l’admission de la *res judicata* d’un raisonnement implicite**

Le Défendeur, dans son *Initiative*, soutient que la question de savoir s’il avait accès à la Cour lors du dépôt de la requête par la Bosnie-Herzégovine ne s’est jamais posée, et que dès lors, aucune réponse revêtue de l’autorité de la chose jugée n’a été apportée. La Cour examine cet argument en s’attachant exclusivement à la décision de 1996<sup>55</sup>. La Bosnie-Herzégovine considère que cet arrêt est revêtu de l’autorité de la chose jugée, et que la Cour, en revenant dessus, violerait alors les articles 59, 60 et 61 de son Statut<sup>56</sup>.

Identifier si une question est revêtue de l’autorité de la chose jugée nécessite de constater la présence de trois éléments identiques dans les deux espèces en cause: un élément subjectif (il faut que soient concernées les mêmes parties) et deux éléments objectifs (on doit relever une identité de demande et une identité de cause)<sup>57</sup> venant supporter celle-ci. La distinction entre les deux éléments objectifs est importante, puisque une seule demande peut être fondée sur différentes causes.

En l’espèce, il y a identité de parties au litige<sup>58</sup>. La requête du Défendeur étant que la Cour se déclare incompétente en l’espèce, on peut considérer qu’il y a également identité avec l’arrêt de 1996, qui a répondu aux exceptions préliminaires soulevées par la R.F.Y. qui contestait la possibilité pour la Cour de trancher le litige.

C’est sur le problème de l’identité de cause que la Cour va, en l’espèce, s’attarder. Le fondement invoqué par la Serbie-et-Monténégro en 2001 est nouveau par rapports aux arguments auparavant évoqués. La question n’a jamais été soulevée par les parties ni dans la phase écrite, ni lors de la procédure orale<sup>59</sup>.

53 Déclaration du juge Skotnikov, p.3.

54 Cf. L. Nemer Caldeira Brant, « L’autorité de la chose jugée et la révision devant la Cour internationale de Justice à la lumière des derniers arrêts de celle-ci », *opus cité*.

55 On se contentera de renvoyer aux paragraphes 108 à 113 de l’arrêt commenté pour voir comment la Cour exclut, à juste titre, l’arrêt de 2003 (demande de révision) de son analyse.

56 L’article 59 précise que les décisions n’ont un effet obligatoire qu’à l’égard des parties au litige ; l’article 60 affirme que les jugements sont définitifs et sans appel, tandis que l’article 61 vient tempérer cela en ouvrant un droit aux États de déposer des requêtes en interprétation et en révision.

57 C’est ce qui correspond à la motivation de la décision. Elle comprend non seulement la conclusion de ce qui a été exposé par le juge, mais encore les constatations qui l’ont amené à sa conviction. Pour un aperçu exhaustif, cf. L. Nemer Caldeira Brant, *L’autorité de la chose jugée en droit international public*, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 119, L.G.D.J., Paris, 2003.

58 Si le problème aurait pu se poser du fait des multiples changements de nom du Défendeur depuis l’introduction initiale de l’instance, on se contentera de renvoyer aux premiers paragraphes de la décision qui fait le point sur ce sujet.

59 cf. supra.

Mais la Cour affirme néanmoins que le problème n'est pas nouveau. Elle rappelle que si une question vient se poser sur la *res judicata* d'un de ses arrêts, la réponse ne peut se faire qu'en fonction du contexte de la décision en cause<sup>60</sup>. Dans un premier temps, elle reconnaît n'avoir répondu explicitement que sur les exceptions soulevées par le Défendeur; mais c'est pour préciser aussitôt que la question de l'accès à la Cour est une question tellement primordiale, que la Cour doit s'assurer de la capacité des parties à ester devant elle, avant même de se pencher sur les problèmes de compétence *rationae materiae*. Cette question, comme la C.I.J. le rappelle, est d'ordre public et doit, si besoin d'office, être abordée par la Cour dans chacune des affaires qui lui sont soumises.<sup>61</sup> La Cour conclut alors que cette question a été tranchée *de manière implicite* lors de la phase préliminaire qui s'est conclue avec l'arrêt du 11 juillet 1996. Elle y a formulé implicitement une conclusion selon laquelle elle considèrerait que le Défendeur disposait de la capacité d'ester devant elle. Avoir accepté de se pencher sur les exceptions préliminaires implique que la Cour ait répondu au préalable à la question de l'accès de la R.F.Y. à la C.I.J. Les trois éléments constitutifs de la *res judicata* ont été identifiés. Une réponse a *déjà* été apportée en 1996, à la question de savoir si la Serbie avait la capacité d'accéder à la Cour. Cette réponse est revêtue de l'autorité de la chose jugée, elle n'a donc pas à se pencher plus avant sur l'*Initiative* serbe et va pouvoir s'attacher au fond.

Formellement, on le voit, le raisonnement de la Cour semble correct. Il n'est néanmoins pas exempt de critiques, notamment en ce qui concerne la question du raisonnement sous-entendu dans l'arrêt de 1996. La Cour a-t-elle alors réellement implicitement abordé le problème de l'accès du Défendeur à la juridiction ?

On peut déjà s'étonner de l'absence de motivation explicite dans la décision de 1996. Le problème de la capacité du défendeur à comparaître devant la juridiction est en effet fondamental, c'est une question, nous dit la Cour, qu'elle-même peut soulever d'office. Or l'article 56 §1 du Statut pose l'obligation de motiver ses arrêts<sup>62</sup>. L'idée d'un raisonnement sous-entendu est inconciliable avec cet article, comme l'ont justement remarqué certains juges<sup>63</sup>. La capacité pour le Défendeur d'accéder à la Cour conditionne la compétence de celle-ci. Si elle a effectivement considéré le problème en 1996, pourquoi ne pas l'avoir affirmé explicitement dans les motifs et le dispositif de la décision ? N'y a t'il pas là un grave manquement de la part de la juridiction aux prescriptions de son propre Statut ? On peut douter du fait que la Cour ait réellement examiné la capacité à ester de la R.F.Y., comme en atteste les déclarations jointes de sept des quinze juges de l'instance, dans lesquelles ils expriment leur désaccord avec le raisonnement de la Cour<sup>64</sup>. Ainsi, les juges Ranjeva, Shi et Koroma affirment-ils :

60 §125.

61 §122

62 « L'arrêt est motivé » ; la version anglaise est plus parlante : « The judgment shall state the reasons on which it is based ».

63 Voir ainsi la déclaration du juge Skotnikov (p. 2), ainsi que l'opinion dissidente des juges Ranjeva, Shi et Koroma (p. 2, §3).

64 Il s'agit des juges Owada, Tomka, Skotnikov, Ranjeva, Shi, Koroma et du juge ad hoc Kreča. On peut d'ailleurs légitimement et sérieusement prendre en compte les avis des quatre derniers puisqu'ils siégeaient déjà lors de la phase préliminaire de 1996.

«*simply put, res judicata applies to a matter that has been adjudicated and decided. [...] There is nothing in the 1996 Judgment indicating that the Court had definitive ruled on that issue in such a way as to confer upon it the authority of res judicata*»<sup>65</sup>. Pour le juge Owada, «*it must be emphasize that in the present case the question of jus standi of the Respondent/access of the Respondent to the Court was, as a matter of fact, never an issue before the Court at the time of the 1996 Judgment neither raised by the Applicant nor by the Respondent*»<sup>66</sup>, il remarque que la Cour «*was focusing its attention with regard to jurisdiction exclusively upon issues raised by the Parties*»<sup>67</sup>.

On peut légitimement s’interroger sur le point de savoir si la Cour s’est penchée en 1996 sur une question qui n’avait pas été soulevée au cours de l’instance, et dont la réponse était loin d’être évidente. Preuve en est, celle-ci est conduite à qualifier le statut de la R.F.Y. vis-à-vis de l’O.N.U. entre 1992 et 2000 de *sui generis*<sup>68</sup>. On peut au contraire remarquer que la Cour semble avoir cherché à éviter de répondre à cette question, comme en témoigne la solution de l’arrêt de 2003 portant sur la demande de révision. La Cour rejette la requête formée par la Serbie sur un motif purement formel: son admission à l’O.N.U. en novembre 2000 ne constitue pas un fait nouveau au sens de l’article 61 du Statut.

Néanmoins la Cour élude partiellement cet aspect et se contente d’affirmer : «*Point n’est besoin pour elle, aux fins de la présente procédure, d’aller au-delà de cette conclusion en examinant par quel cheminement elle y est parvenue. [...] [L]e fait est que la Cour n’aurait pu trancher l’affaire au fond si le Défendeur n’avait pas la capacité, en vertu du Statut, d’être partie à une procédure devant la Cour*»<sup>69</sup>. Elle ajoute : «*la décision de la Cour selon laquelle elle avait compétence en vertu de la Convention sur le génocide doit donc être interprétée comme comprenant implicitement la conclusion que toutes les conditions relatives à la capacité des États à se présenter devant elle étaient remplies*»<sup>70</sup>.

Cette position est critiquable. En effet, le fondement du principe de l’autorité de la chose jugée repose sur l’idée qu’il permet une relative stabilité et sécurité des relations juridiques internationales. Faire entrer dans le cadre de cette *res judicata* des éléments sous-entendus risque de ruiner les objectifs du principe<sup>71</sup>. Le juge international se voit investi du pouvoir de déterminer ce qu’a été son raisonnement dans un arrêt précédent. Il pourra éventuellement déterminer si un arrêt a déjà répondu à telle ou telle question de manière implicite. La Cour semble ici étendre de manière disproportionnée la doctrine de la *res judicata*. Alors qu’initialement, les problèmes de *res judicata* se résumaient à rechercher si une question soulevée devant une juridiction n’avait pas été déjà tranchée, il faudra désormais, si l’on en croit ce que dit en l’espèce la Cour, se demander quels sont les points qui ont été *implicitement* tranchés. Le juge bénéficierait alors d’une très grande marge de manœuvre, se voyant investi d’un pouvoir d’appréciation important, étant donné l’incertitude qui pèse sur ce genre de constat. On risque alors d’introduire une

65 Opinion Dissidente des juges Ranjeva, Shi and Koroma, p. 2, §3.

66 Opinion séparée du juge Owada, p. 5, §17.

67 Idem, p. 6, §19.

68 §97

69 §132

70 §133

71 A savoir notamment, contribuer à la préservation de la paix internationale en favorisant le recours au règlement pacifique des litiges (cf. L. Nemer Caldeira Brant, *L’autorité de la chose jugée...*, op. cité).



forte insécurité juridique, contraire à l'esprit même de ce qui justifie l'application de la règle *res judicata* en droit international.

## **Partie II – Les arrêts de 1996 à 2004, une incompatibilité irréductible?**

L'on peut raisonnablement douter que la Cour ait entendu ici étendre aussi loin cette *res judicata*. La solution retenue en l'espèce semble plutôt avoir pour origine ces contraintes déjà évoquées; comment se reconnaître encore compétente malgré l'arrêt de 2004? La Cour use d'un artifice, un artifice qui vient poser avec acuité une question cruciale en ce qui concerne l'autorité d'une décision d'une juridiction en droit international vis-à-vis des tiers à la procédure. L'utilisation de l'autorité de la chose jugée du jugement de 1996 ne lui permet-elle pas en l'espèce d'éviter de se pencher plus en avant sur la solution retenue en 2004, et les éventuelles contradictions entre ces deux décisions(A)? Il existait néanmoins d'autres approches pour parvenir à la solution dégagée par la Cour, c'est-à-dire l'affirmation de sa compétence, comme le suggèrent différents juges dans leurs opinions dissidentes ou séparées. Le rejet de celle-ci ne semble s'expliquer que par une dernière contrainte, purement interne celle-ci, le refus de la Cour de se déjuger (B).

### **A – L'utilité de la *res judicata*: éviter d'affronter la contradiction avec l'arrêt de 2004**

Dans cette décision, la Cour a sciemment évité de se pencher sur le problème du statut de la Serbie entre 1992 et 2000. Invoquer la *res judicata* de l'arrêt de 1996 lui a permis de ne pas aborder ce problème. Or les décisions de 2004 semblent aller clairement à l'encontre de la solution dégagée en 1996.

En 2004, la Cour a rejeté les requêtes de la Serbie-et-Monténégro en se basant sur le fait que celle-ci ne pouvait avoir eu accès à la Cour en 1999, ni sur le fondement de l'article 35 §1, ni sur le fondement du paragraphe 2<sup>72</sup>. Cela signifie que la Cour a considéré en 2004 que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait, avant 2000, ester devant la C.I.J. *A fortiori*, on peut penser alors que l'ancienne R.F.Y. n'aurait pu, selon cette analyse, comparaître devant la Cour en 1996. Dès lors, tirer les conséquences de la position de 2004 aurait dû inciter à la Cour à se déclarer finalement incompétente en 2007. Mais, comme elle le fait remarquer, les décisions ne sont pas en l'espèce revêtues de l'autorité de la chose jugée, étant donné que les parties aux litiges sont différentes<sup>73</sup>.

La question soulevée ici concerne le point de savoir quelle peut être l'influence, la portée d'une décision d'une juridiction internationale, en l'occurrence la C.I.J., lorsque celle-ci ne concerne pas les mêmes parties, mais que la question posée est la même que dans une autre espèce, et que la Cour y a déjà répondu. Comme l'affirme

<sup>72</sup> Le premier vient ouvrir l'accès à la Cour aux États parties au Statut ; le second permet aux États parties à certaines conventions internationales antérieures à la signature du Statut de la Cour de pouvoir ester devant elle.

<sup>73</sup> La Bosnie n'était pas partie dans ces affaires.

L. Delbez, en droit international, «*l'impossibilité pour la sentence de produire des effets à l'égard des États tiers découle du principe même qui est à la base du droit international et d'après lequel une norme n'est efficace qu'à l'égard des sujets qui ont pris part à sa création*»<sup>74</sup>. Ainsi, puisque la Bosnie-Herzégovine n'était pas partie aux affaires de 2004, on ne peut lui opposer la solution retenue en l'espèce. *Res inter alios judicata aliis neque nocet prodest*: lorsqu'un État n'est pas considéré comme une partie à un litige, la décision juridictionnelle sera pour lui une «*res inter alios acta*», et n'emportera donc aucune conséquence juridique. L'article 36 du Statut de la C.I.J. a ainsi comme objectif d'empêcher que les droits des tiers ne soient affectés sans leur consentement. Cette portée restrictive de l'élément subjectif de la chose jugée reflète une conception encore volontariste et contractuelle du droit international, et plus particulièrement, de la justice internationale. La compétence de la C.I.J. est en effet liée au consentement des États: ses décisions ne sauraient s'étendre à un État qui ne serait pas partie au procès et n'aurait, par hypothèse, pas accepté de se soumettre au futur jugement.

Il peut ainsi arriver que, dans un arrêt, la Cour reconnaisse l'existence d'une réalité légale, qui va exister indépendamment des souhaits des parties et du juge ; cette réalité pourra par la suite être contredite sans problème puisque les arrêts de la C.I.J. n'ont de force obligatoire qu'entre les parties. Pourtant, comme le remarque G. Scelle, «*[i] est en droit international comme en droit interne, des décisions à caractère objectif qui valent pour tous les sujets de droit de la communauté internationale considérée*»<sup>75</sup>. Dès lors, on peut se demander quelle est la portée de la solution d'un arrêt, lorsqu'il n'y a pas identité de parties mais que la question principale, d'ordre général, est la même. Par exemple lorsque la Cour se prononce sur l'interprétation d'une Convention multilatérale : même si le litige ne concerne que deux des États parties, l'interprétation que donnera le juge international de la Convention aura forcément une influence sur les autres États. La *res judicata* doit permettre de préserver la paix sociale et la sécurité juridique. Des incohérences jurisprudentielles entre deux arrêts différents mais portant sur une question commune, peuvent nuire à cette stabilité juridique recherchée.

Le raisonnement de la Cour est problématique en l'espèce. En 2004, elle considère qu'avant le 1<sup>er</sup> novembre 2000, la Serbie-et-Monténégro n'avait légalement pas accès à la Cour ; en 2007, elle ne voit aucune difficulté à ce que le même État ait pu être défendeur dans une affaire différente en cours depuis 1993. La conclusion de la Cour de 2004 est née de l'observation objective de la réalité. C'est une réalité légale qu'on peut difficilement remettre en cause, qui devrait donc lier à la fois les parties, mais aussi la Cour. Y avait-il une raison pour que la Cour ne suive pas le même raisonnement qu'en 2004?

Le fait est qu'elle avait jusqu'en 2004 soigneusement évité de se prononcer sur le statut de la Serbie à l'O.N.U. durant la période concernée dans chacune de ses décisions. Si elle examine cette question en 2004, c'est parce qu'elle y a été invitée notamment par la Serbie-et-Monténégro qui a compris comment elle pourrait faire

<sup>74</sup> Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 136

<sup>75</sup> Georges Scelle, «*Essai sur les sources formelles du droit international*», *Mélanges Geny*, Paris, 1935, p. 426

revenir la Cour sur sa décision de 1996. En 2004, la Serbie ne va se défendre que faiblement contre les arguments des parties adverses. Elle semble bel et bien chercher à ce que la Cour déclare la requête irrecevable.

Le juge Kreća souligne que la position prise par la Cour en 2004 ne résultait que de la prise en considération des vues des organes politiques des Nations Unies (le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale). Il considère que des jugements portant sur le statut d'un Etat vis-à-vis de l'O.N.U. ne devraient pas pouvoir être limités aux parties en litige : «*Their material effects surpass the effects of the judgment defined in Article 60 of the Statute. By the very nature of their object, judgments on status issues, which do not allow for uncertainty and insecurity, act intra partes. The effect of a judgment on status, i.e., the creation of an objective legal situation, is incorporated in the national laws of civilized nations*»<sup>76</sup>. Selon lui, il faudrait donc nuancer la restriction de l'article 36 du Statut. Lorsqu'une question d'ordre général, comme le statut d'un Etat notamment, se pose devant la Cour, la réponse de celle-ci devrait valoir *erga omnes*, pour éviter des distorsions de jurisprudence comme celle qui nous préoccupe en l'espèce.

La Cour pousse ici jusqu'au son extrême la traduction littérale de la maxime *res judicata pro veritate habetur*; qui signifie que la chose jugée tient lieu de vérité ; en l'espèce elle permet à deux vérités, inconciliables logiquement, de coexister dans le monde judiciaire : la Serbie avait et n'avait pas accès à la Cour entre 1992 et 2000. Comme le relève le juge Skotnikov dans son opinion dissidente, la C.I.J. crée des réalités parallèles. Avoir remis en cause en 2007 un constat dégagé en 2004 revient à détacher complètement le droit international de la réalité existante. A sa décharge, sa délicate position a pour origine l'imbroglie juridique né du problème de la succession de la Yougoslavie après les guerres du début des années 1990. La confusion a pour origine l'incapacité du système des Nations Unies à adopter une position claire<sup>77</sup>.

Mais on peut alors se demander s'il n'existait pas d'autres solutions envisageables en l'espèce qui auraient permis à la Cour de se reconnaître compétente, sans avoir à utiliser le principe *res judicata* et qui aurait permis à l'arrêt de 2007 de rester compatible avec le jugement de 2004.

### **B – A la recherche d'autres fondements à la compétence de la Cour en 2007.**

Les trois arrêts de 1996, 2004 et 2007 présentent une incompatibilité sur la question de savoir si la R.F.Y. / Serbie-et-Monténégro avait accès à la Cour entre la chute de la Yougoslavie et l'adhésion à l'O.N.U. de 2000.

On peut envisager que la Cour a commis une erreur en rejetant la requête de la Serbie-et-Monténégro en 2004. On aurait en effet pu envisager que, malgré sa position *sui generis* vis-à-vis de l'Organisation, cet Etat disposait de la capacité à ester, à être Défendeur et Demandeur : certains indices vont dans ce sens, comme le fait que la R.F.Y. ait continué à payer les cotisations dues à l'O.N.U. durant

<sup>76</sup> Separate opinion of judge ad hoc Kreća, p. 29, §58.

<sup>77</sup> Un aperçu sommaire de la situation est présenté aux paragraphes 88 à 99 du jugement de 2007.

cette période. C’est-ce que semble penser le vice-président Al-Khasawneh dans son opinion dissidente. Il considère que l’adhésion formelle de 2000 n’a eu qu’un effet confirmatif. Il relève lui aussi la complexité du problème dû, notamment, aux termes utilisés dans les différentes résolutions du Conseil de sécurité, à l’imprécision de ceux-ci, résultant d’un compromis entre ses membres. Selon le vice-président, à partir du moment où aucune résolution n’est venue suspendre ou exclure le Défendeur du bénéfice de l’appartenance à l’O.N.U.<sup>78</sup>. Or, remarque-t-il, le Défendeur aurait pu être considéré, s’il avait persisté dans ses demandes, comme le continuateur de l’ancienne Yougoslavie<sup>79</sup>. Il n’y a donc aucune incongruité dans les raisonnements tenus en 1996 et 2007. En revanche, le juge est très critique vis-à-vis du jugement de 2004<sup>80</sup>.

Le raisonnement du juge Tomka dans son opinion séparée est également intéressant à étudier, puisqu’il envisage une toute autre approche qui permet d’éviter la contradiction entre 2004 et 2007. Il considère que la Cour était compétente, mais sur une autre base légale. Il ne comprend pas pourquoi la Cour a autorisé le défendeur à présenter de nouvelles observations sur le problème de la compétence tout en résolvant finalement le problème en vertu du principe *res judicata*. Pourquoi avoir permis aux parties de présenter des observations sur l’*Initiative* tout en concluant que la question avait déjà été tranchée, la réponse étant revêtue de l’autorité de la chose jugée ? Il reprend les six exceptions préliminaires soulevées par le défendeur et rejetées par la Cour : le principe *res judicata* empêche la Serbie de revenir sur ces six points. Comme la Cour le relève, aucune des parties au litige n’a soulevé le problème de l’accès à la juridiction par le Défendeur.

La question-clef est celle de savoir si le Défendeur était lié par la Convention sur le génocide dès 1993. Celui-ci prévoit en effet la compétence de la Cour pour les questions d’application et d’interprétation de la Convention dans son article IX. En 1992, la R.F.Y., par une déclaration unilatérale a affirmé vouloir être liée par les engagements de l’ancienne par les engagements de l’ancienne Yougoslavie, se présentant ainsi comme l’Etat continuateur<sup>81</sup>.

La déclaration du 27 avril 1992 peut s’analyser en un acte unilatéral à valeur contraignante dont l’analyse doit conclure à la soumission du défendeur aux dispositions du traité de 1948, et ce, à la date de la déclaration.

Selon lui, l’argumentation de la Cour en 2007 aurait dû être la suivante : la Serbie était liée par les dispositions de la Convention sur le Génocide dès 1992, en vertu de sa déclaration unilatérale; elle est partie au Statut de la C.I.J. depuis son adhésion à l’O.N.U., le 1<sup>er</sup> novembre 2000; l’article IX de la Convention sur le Génocide permet la juridiction obligatoire automatique de la C.I.J. en cas de contestation (compétence *rationae personae*). Le juge Tomka considère en fait que

78 Opinion dissidente du vice-président Al-Khasawneh, p. 2, §6.

79 *Idem*, p. 3, §8 et p. 4, §10.

80 *Ibidem*, p. 6, §13 et suivants.

81 Déclaration du 27 avril 1992, citée dans l’arrêt de la C.I.J. de 2007, p. 35, §90.

la Cour n'aurait pas dû se reconnaître compétente en 1996, mais que les choses ont changé depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2000.

La Serbie était tenue dès 1992 de respecter les obligations découlant de la Convention sur le Génocide. Considérée comme n'étant pas partie à l'O.N.U., et par conséquent non plus au Statut de la Cour, la requête de la Bosnie-Herzégovine aurait dû être rejetée en 1996, considérée comme irrecevable car le Défendeur ne pouvait être attiré devant la juridiction. La Cour a donc commis une erreur d'appréciation, une erreur par ailleurs tout à fait justifiée étant donné à la fois le refus des organes politiques de clarifier la situation, et l'attitude même des parties. Mais en 2007, la situation a été clarifiée. La Serbie a la capacité d'accéder à la Cour. Tenue depuis 1992 de respecter les dispositions de la Convention sur le Génocide, aucune raison ne s'oppose à ce que la Bosnie-Herzégovine engage une procédure à son encontre pour des faits allégués postérieurs à la déclaration de mars 1992.

Selon cette interprétation pour le moins convaincante, la requête initiale du Demandeur est intervenue trop tôt. Mais la Cour aurait néanmoins pu sans problèmes accéder à la demande bosniaque. A l'appui de cette remarque, le juge Tomka cite notamment la jurisprudence *Concession Palestinienne de Mavrommatis*<sup>82</sup>. Puisqu'il s'agit d'un défaut procédural mineur auquel le Demandeur aurait pu aisément remédier (en déposant une nouvelle requête après le 1<sup>er</sup> novembre 2000, la Cour, en 2007, aurait pu retenir sa compétence sur ce fondement : la Serbie était liée dès 1992 par la Convention sur le Génocide, et elle a accès à la Cour depuis son adhésion à l'O.N.U. La Serbie étant tenue depuis 1992 de respecter ses obligations en vertu de la Convention sur le Génocide, la Cour a donc compétence pour connaître de l'affaire, dont les faits se sont tenus après 1992.

La Cour aurait ainsi dû, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, réexaminer sa compétence. Cela aurait été en concordance avec la lettre du 23 juin 2003. Elle aurait alors pu conclure que, même si elle a pu commettre une erreur de raisonnement en 1996, une erreur du reste compréhensible, on l'a vu, celle-ci n'a pas eu d'incidence sur le résultat de l'analyse : la Cour est compétente, depuis 2000, pour juger du litige sur la base de l'article IX de la Convention sur le Génocide.

## Conclusion

La solution de la Cour concernant le problème de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de 1996 est contestable. Le raisonnement elliptique tenu dans cette décision

<sup>82</sup> «[e]ven assuming that before that time the Court had no jurisdiction because the international obligation referred to in Article II was not yet effective, it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced. Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant's suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications.» (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34.).

n’a pas suscité l’unanimité chez les juges de la C.I.J. Une analyse comparée des arrêts de 1996, 2004 et 2007 fait ressortir de flagrantes contradictions dans les solutions dégagées.

Au surplus, les contorsions auxquelles se livrent la Cour pour tenter d’éviter les critiques non seulement n’atteignent pas leurs buts, mais auraient en plus pu éviter si celle-ci avait, admettant ses limites, reconnu une erreur initiale dans la motivation de l’arrêt de 1996. Au lieu de cela, la Cour utilise de façon très élastique la théorie de la *res judicata*, au risque de lui supprimer tout intérêt dans sa fonction de préservation de la sécurité juridique. Il y a un clair détournement de l’autorité de la chose jugée qui permet à la Cour de ne pas faire face à ses propres errements, alors mêmes que ceux-ci étaient le fruit d’une absence de décision externe à la Cour.

La question de l’autorité d’un arrêt sur des tiers lorsqu’une question d’ordre général, dont la réponse devrait logiquement valoir *erga omnes*, reste en suspens. En l’état actuel des choses, l’article 36 du Statut de la Cour continue de prévaloir. On peut s’en remettre à la sagesse de la Cour pour éviter qu’elle renouvelle les errements qu’elle a manifestés dans le traitement de l’autorité de la chose jugée dans cette affaire complexe. L’évolution du système international, et la juridicisation conduiront peut-être sur ce point à une évolution pour le moins souhaitable, du point de vue de la cohérence jurisprudentielle (notamment entre juridiction internationales), et de la stabilité juridique.