

IUS GENTIUM

REVISTA VIRTUAL

TEORIA E COMÉRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL

ÍNDICE

ENTREVISTA COM PAOLO GROSSI.....	2
VELHOS E NOVOS ATORES: AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE VESTFÁLIA AO SÉCULO XXI	12
Guilherme Bez Marques	
SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL: CONSTRUÇÃO, MITOLOGIA E PERSPECTIVAS	33
Paulo Potiara de Alcântara Veloso	
OS NOVOS ATORES DO DIREITO INTERNACIONAL COMO EXPRESSÃO DA COMPLEXA COMUNIDADE INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO	55
Beatrice Guimarães Nóbrega	
A DESCONSTRUÇÃO DA SOBERANIA DOS ESTADOS E O SURGIMENTO DE NOVOS ATORES NO DIREITO INTERNACIONAL	82
Renata Vargas Amaral	
O PARLAMENTO DO MERCOSUL À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS EUROPÉIA E ANDINA: UM NOVO ATOR POLÍTICO NA INTEGRAÇÃO REGIONAL?	102
Clarissa Franzoi Dri	
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E SOCIEDADE CIVIL: O CASO AMICUS CURIAE	137
Mariana Machado Rocha	
CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU: LEGISLADOR INTERNACIONAL?	166
Isabela Piacentini de Andrade	
ANÁLISE DO SURGIMENTO E APLICAÇÃO INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO À LUZ DA DOCTRINA ANTIFORMALISTA DE GEORGES SCELLE	181
Ernesto Roessing Neto	
A DINÂMICA DOS NOVOS ATORES NAS NEGOCIAÇÕES DO ACORDO ENTRE MERCOSUL E CE.....	210
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro	
O RECONHECIMENTO DOS BLOCOS ECONÔMICOS COMO NOVOS ATORES DO DIREITO INTERNACIONAL.....	227
Thalis Ryan de Andrade	
DIE VERSAGUNGSGRÜNDE DER ANERKENNUNG AUSLÄNDISCHER SCHIEDSSPRÜCHE IN DEUTSCHLAND	246
Marcelo Markus Teixeira	

ENTREVISTA COM PAOLO GROSSI

Entrevistadores Ius Gentium
Beatrice Guimarães Nóbrega
Guilherme Bez Marques
Lucas Carlos Lima

Participação
Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Paolo Grossi é Professor Titular de História do Direito na Universidade de Florença, na Itália, é acadêmico dos *Lincei* e doutor *honoris causa* pelas Universidades de Frankfurt-am-Main, Stockholm, Autônoma de Barcelona, Autônoma de Madrid, Sevilla, Lima. Fundou o “Centro de Estudos para a História do Pensamento Jurídico Moderno” e a Revista científica internacional “Quaderni Fiorentini”.

Em visita ao Brasil em setembro de 2007, Professor Paolo Grossi concedeu entrevista ao Grupo de Direito Internacional e Integração Regional – Ius Gentium – tratando um pouco da história do direito internacional, a codificação no direito internacional e elementos deste na Idade Média.

IUS GENTIUM: Enquanto historiador do direito, na sua atividade primeira de relativizador voltada a servir como consciência crítica do direito positivo, qual seria sua concepção contemporânea da sociedade internacional?

PAOLO GROSSI: O direito internacional é, hoje, ainda muito estatalista e pouco internacionalista. Acredito que seja direito enquanto a soma de muitas experiências estatais, de muitos poderes estatais. Se quiserem uma resposta drástica, se poderia dizer que o direito internacional não existe. Mas, isso seria excessivo, uma resposta provocatória. Porém, certamente a vida internacional demonstra que não estou muito distante da realidade. O direito internacional vê, então, como protagonistas, não tanto as organizações internacionais, mas sim os Estados, sobretudo aqueles munidos de uma potência excessiva.

IUS GENTIUM: Qual a sua visão acerca do movimento de codificação do direito internacional, uma vez que são firmados tratados sobre diversas temáticas envolvendo a Sociedade Internacional, e o papel da ONU como mitificadora do direito internacional?

PAOLO GROSSI: Parece-me impossível uma codificação do direito internacional. Pode-se fazer, mas se trata de uma operação teórica, sem alguma tradição no plano prático. De resto, estou convicto de que se a ONU tomasse uma iniciativa nesta direção, seria imediatamente bloqueada pelo veto dos Estados Unidos da América. Temos uma organização internacional que é uma bruma, uma falácia, por ainda reconhecer o direito de veto às potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial. Esta é a única condição de existência dela, já que, no mesmo momento no qual se force as Nações Unidas a abolir direito de veto, será decretada a sua falência. Não teríamos um recurso, algo a se fazer, qualquer moção, qualquer censura. Parece-me satisfatório, por exemplo, o comportamento dos Estados Unidos no que diz respeito à luta entre palestinos e israelenses. Este velho e contínuo problema, sobre o qual o Conselho de Segurança não consegue nem mesmo exprimir uma moção. Estamos longe da idéia de uma Organização Internacional e, sobretudo de uma codificação internacional. Acredito que seria sensato não tentar realizar uma codificação internacional. Alguma coisa foi feita no campo do comércio internacional, mas ali existem sobretudo grandes interesses econômicos. Os interesses econômicos já estão a um nível global, por isso já temos um avanço nesta área; as grandes empresas multinacionais, sobretudo as norte americanas, tem necessidade dessa projeção global e agora nós temos essa experiência de regras, de princípios que sejam válidos a nível global. Não falarei num nível internacional, falarei a um nível global porque a economia atualmente é uma economia global.

IUS GENTIUM: No seu texto “As muitas vidas do jacobinismo jurídico”, o trocadilho “mais corte do que carta”, feito por Antonio Tizzano, vem indicado como eficazmente feliz. Nesse sentido, como encara o atual processo de jurisdicionalização do DI?

PAOLO GROSSI: Aqui estamos no interior de uma realidade transnacional que é um experimento extraordinariamente importante: a União Européia. Portanto, quando Tizzano, advogado geral no Tribunal de Justiça, primeiramente das Comunidades

Europeias, e agora da União Européia, diz “mais corte do que carta”, diz a verdade, mas quer se referir não em nível internacional, mas em um nível transnacional, e mais precisamente da União Européia. O mesmo não se poderia dizer do Tribunal de Haia, que é emanção da ONU e, portanto, se encontra em um nível verdadeiramente internacional. Porque, na União Européia, o Tribunal teve uma missão não somente judicial, não foi apenas o Tribunal Supremo, mas foi investido da tarefa de produzir o direito europeu. Com quais instrumentos? Os princípios jurídicos das várias tradições estatais que se tornaram princípios jurídicos da União Européia. Hoje possuímos um Tribunal de Justiça que fixou muitos direitos fundamentais do cidadão europeu, não se baseando sobre uma constituição escrita, sobre textos rígidos, mas no tecido constitucional comum da União. Estou agora estudando para uma conferência que devo fazer na comemoração do centenário do nascimento de um grande professor de Direito Civil Italiano: Alberto Trabuchi, que de 1961 a 1976, por 15 anos, foi protagonista neste meio, como juiz do Tribunal por onze anos, e por quatro anos, advogado geral do Tribunal. Alberto Trabuchi insistiu sobre o dever de construir com base na tradição jurídica comum da Europa. Isto é, não a soma das tradições de cada um dos Estados, mas procurar os princípios não escritos, de caráter consuetudinário que possam ser reconhecidos como tradição jurídica européia. Nós não temos uma constituição européia. Possuímos uma tradição jurídica que foi elaborada pelo Tribunal, empiricamente. Elaborada quer dizer usada pelo Tribunal para estes grandes casos, suas primeiras grandes causas, analisadas em 1962 e 1963. Foi iniciada então, a construção do Tribunal. Existe também outro dado de enorme importância: em janeiro de 1971, entrou como membro, e membro relevante da União, o Reino Unido. Tivemos, na Europa Continental, o que chamamos de uma injeção de comodismo. O Reino Unido é portador de uma tradição jurídica extremamente diversa da Europa Continental. É portador de uma continuidade jurídica entre medievo e hoje, onde a história não passa em vão; existe a continuidade. A história jurídica continental vê, ao contrário, a ruptura, representada pelo iluminismo jurídico da Revolução Francesa. Portanto direi que o ingresso do Reino Unido trouxe consigo uma noção de um Direito feito por juristas: a grande mensagem do *Common Law*. O direito é feito, sobretudo, não exclusivamente por juristas. Uma legislação sólida na Inglaterra surgiu só em 1945, com o primeiro governo trabalhista de Clement Attlee. Por quê? Porque se acreditava num Estado

social, e o Estado social exige uma planificação, exige a intervenção estatal maciça em âmbitos que antes o Estado não disciplinava e, portanto agora existe o protagonismo da lei que o Reino Unido ignorava. Quando Cappellini dava sua palestra sobre as codificações eu pensava em lhe dizer que somente em 1999, fazem 8 anos, somente 8 anos, a Inglaterra tem um código, mas apenas um código de processo civil. Até hoje o *common law* não é codificado, ainda que a *statute law*, isto é, o direito legislativo, seja cada vez mais imponente. Porém resta agora este grande papel dos juristas que, com desenvolvimento empírico dos ingleses, identificam os mestres do direito no juiz. Este fenômeno, em 1971, se transforma em fermento do próprio direito europeu. O Tribunal consolidou essa função enorme de produção do direito. Porque no continente, o princípio fundamental era este: existe a divisão dos poderes. O juiz não pode ser produtor de direito porque seria uma violação do princípio da divisão dos poderes. Este é um modo esquemático, iluminista, de ver as coisas. Este é o reducionismo iluminista. Isso, porém, refere-se à União Européia, onde estamos vivendo experiência importante, que foi deformada e validada pela Carta de Nice, que não amo, como vocês sabem. Mas não a amo porque é a última carta de direitos. Dever-se-ia ter feito algo de diferente. Ela é um decálogo, um catecismo, um catálogo de direitos importante, não digo bem-vinda, mas no ano 2000, deveríamos esperar algo a mais, principalmente hoje em 2007. Uma constituição, a identificação de princípios, de tradições, de direitos e de deveres, o conjunto de responsabilidades do cidadão. Eu acredito nos direitos somente se conjunto de deveres, e dos deveres fala-se muito pouco, em sentido muito vago e mais em um nível mais moral que jurídico. Sou um crítico sobre a Carta de Nice.

IUS GENTIUM: Enquanto medievalista, o senhor acredita que se pode falar em direito internacional na Idade Média?

PAOLO GROSSI: Eu falaria de um direito comum. Existe uma grande comunidade unitária. No auge da Idade Medieval havia um direito sem Estados, esta é a minha tese, uma tese que é discutida. Não tínhamos um arquipélago, tínhamos ilhas. Possuíamos uma espécie de grande teia comum, um tecido unitário. Tanto é verdade, pensem vocês, que os mestres do Direito passavam de Bologna a Montpellier, a Salamanca, a Oxford, a Coimbra, onde quer que houvesse uma universidade, e ensinavam. O mesmo no que se

refere aos estudantes. Estes possuíam uma circulação, pensem em Bologna onde existem o Colégio Flamingo, o Colégio Alemão, o Colégio Espanhol. Estes colégios existem ainda, mas não possuem mais os valores medievais. Mas o Medievo era o lugar onde eram hospedadas várias nacionalidades, porque o tecido jurídico era comum. O estudante de Salamanca vinha aprender direito em Bolonha, mas era um direito que depois era aplicável em Salamanca O mundo medieval conhece esta grande dialética. *Ius commune/Iura propria*. Se o rei de Castilla faz uma lei específica, aquela lei será aplicada. Mas o rei, o príncipe medieval, pensa muito pouco em produzir o Direito. Ele é um grande justiceiro do seu povo, ele era aquele que então era chamado de “*Magnum Sanguinis*”. Personalizava o poder de chegar a condenar a morte, ou seja, a vida e a morte dos cidadãos estão em suas mãos, nas mãos do seu rei. A legislação era pouca, principalmente ao fim do século XIII. No entanto, certamente se possui uma lei especial e aquela lei, será aplicada em Castilla. Mas, todo o vazio deixado por um príncipe que se cala, que não produz direito, este vazio é ocupado pelo direito comum, que é direito romano e direito canônico. É a interpretação dos juristas, que na Europa Continental são, sobretudo, os mestres do direito, tendo por base o direito romano e o direito canônico que depois vem alterados, deformados segundo as exigências do tempo histórico medieval. Portanto eu falaria de direito comum. Fala-se de direito internacional, autores escreveram sobre a história do direito internacional no medievo, talvez também correto. Gostaria de ouvir o que pensa Arno sobre isso, porque ele é, sobretudo, historiador do direito internacional.

PROF. ARNO: Penso que livro de Alberico Gentile é prova disso do que o professor está falando. Ou seja, um livro que traz um acúmulo de opiniões de grandes juristas, de comentários ao direito canônico, de comentários ao direito romano, comum, para tentar construir dali, extrair dali determinados princípios para isso que chamamos hoje de direito internacional. Mas é complicado transportar a noção de hoje para aquele tempo. Mesmo porque não existia nenhum tipo de corpo uniforme. Existia somente esse grande volume de informação, ou seja, de um direito sapiencial, somado com o direito consuetudinário, que cada jurista utilizada segundo o litígio que encontrava, diante da situação concreta. Gentile nos traz uma fotografia disso.

PAOLO GROSSI: Eu acredito que se deva falar, sobretudo de direito comum. O direito como uma ciência, a ciência possui sempre algo como se fosse uma tendência universal. A ciência não conhece fronteiras. E depois, existe um outro direito universal: aquele da Igreja. Lembremos que a Igreja não era como hoje: um ordenamento jurídico separado do Estado. A Igreja era parte integrante da sociedade civil. O bom jurista deveria ser também canonista. Os grandes juristas eram civilistas e canonistas, ou seja, estudavam o *Corpus Iuris Civile* de Justiniano, mas estudavam também o Código Jurisscanônico. Outra universalidade: os comerciantes, os mercadores. E aqui era um tecido consuetudinário. O Direito Comercial foi inventado pelos mercadores medievais, sobretudo os mercadores italianos – florentinos, venezianos, genoveses –, que precisavam de instrumentos jurídicos especiais, rápidos, eficazes. Faço um exemplo: os títulos de crédito. A cambial. Eles a inventaram, este pedaço de papel que se torna mercadoria e dinheiro, e que se pode colocar no bolso de sua roupa ao invés de possuir um saco de moedas ou mercadorias. Inventaram também a sociedade comercial. E como o inventam? Com o uso, um uso que nasce em Veneza, Florença, em Antuérpia, e em Hamburgo, e que se tornou um tecido universal. O direito comercial é direito de uma corporação potente economicamente e universal, global, dir-se-ia hoje. Globalismo não é somente o de hoje. O mundo medieval conheceu uma globalização jurídica. A fizeram os mercadores. Trata-se de uma globalização que ia do mar Báltico ao Mediterrâneo, de Portugal à Palestina, porque era onde chegavam os comerciantes, ao Mar Negro: enfim, este pequeno mundo medieval. Porém, neste mundo então conhecido não existia dúvida de que havia uma dimensão global, mas também ali não era uma dimensão internacional. São tantas dimensões comuns: a canônica, a igreja; a comercial e econômica, o direito comercial; o direito comum da ciência, que provê e prevê tudo, porque no direito comum se tem tudo, e se não se tem, a ciência inventa. Vocês sabem qual é o melhor dom do jurista? Não se escandalizem: é a imaginação.

Pode-se falar em direito internacional, porém o mundo medieval é um mundo unitário. Internacional significa arquipélago. Mas não há um Arquipélago. Há um direito comum. Eu acredito e sustento, sendo que muitos aderiram a esta minha idéia, enquanto outros fizeram oposição: o direito medieval é um direito sem Estado. O Estado é um fenômeno que nasce na França, no século XIV, quando o príncipe começa a ser o legislador. Porém, estes príncipes não identificavam seu poder de príncipe no fazer a lei, no

produzir o direito, mas sim no poder de condenar à morte. Este é um poder supremo, no entanto, não o é soberano. No mundo medieval, soberano é somente Deus. Diria que Estado e Soberania são estreitamente ligados. Jean Bodin, este jurista de Paris, no final do século XVI escreve o primeiro tratado de Teoria do Estado. Mas estamos no final do século XVI, em que a soberania certamente é a *puissance absolut*, como diz Bodin. E Bodin teoriza o Estado, o Príncipe, e como príncipe, legisla, mas deixa intacto o Direito Civil. Este é ainda, ao final do século XVIII, até a Revolução, o terreno típico dos costumes, das práticas consuetudinárias, “*le coutume*”. E o rei não o toca, não pode fazê-lo, justamente por se tratar da constituição material do reino, que é maior do que ele. Antes do poder real há está constituição profunda, estas raízes do reino da França.

IUS GENTIUM: Se poderia dizer, então, que a expressão “Direito das Gentes”, enquanto direito consuetudinário que vem de uma determinada cultura, de um determinado povo, que mantém contatos com outros povos, é muito mais adequada do que “direito internacional”?

PAOLO GROSSI: Diria que sim. Ius Gentium é um tecido unitário. Ao medievo repugnam as divisões, as composições. O medievo é um tecido profundamente unitário. Ius Gentium como sistema de princípios que também nascem no interior de um povo. Isso sim. Lembra-se, no entanto, que o Ius Gentium medieval era diferente daquele presente no direito romano, neste era uma outra coisa. Professor Pilatti diria de outra forma.

IUS GENTIUM: Dentro de sua teoria, tendo em vista que o direito não é apenas fruto da vontade do Estado, quais seriam as fontes do direito internacional? Seria ele apenas resultado do voluntarismo estatal ou possuiria algum outro tipo de fonte?

PAOLO GROSSI: Este é um problema enorme. É claro que estamos perante uma bancarrota: a falência das organizações internacionais. Basta pensar, por exemplo, nos tribunais internacionais. Sobretudo no campo penal. Que conclusões podemos obter da experiência que tivemos dos Tribunais Internacionais? Posso parecer ingênuo, mas acredito que a classe de juristas, os mestres do direito, a ciência jurídica, pode ter uma

contribuição enorme e, por exemplo, na Europa já o está fazendo espontaneamente, não pelo mandato de Estados, mas sim por *soft law*, direito livre, direito elástico, espontâneo. Os mestres de direito reunidos, como nós aqui esta tarde, disseram: bem, vejamos o campo contratual, contratos em geral, contratos comerciais; queremos buscar e ensinar os princípios sobre a base da equidade, que certamente constituem um *soft law*. Porém, se as partes se empenham em aplicar é, provavelmente, um passo avante. E assim, nós obtivemos os princípios no campo dos contratos gerais e dos contratos comerciais. Há um livro de um comercialista e comparatista italiano Joachim Bonel, que quis verificar estes princípios escritos pelos grandes juristas, grandes civilistas e grandes comercialistas. Diz Bonel: vejamos se estes princípios belíssimos, perfeitos, foram aplicados ou se permaneceram como uma operação puramente teórica: bela, mas não prática. Ele demonstrou que os práticos viram estes princípios e disseram: talvez sejam úteis a todos nós. E a práxis aplicou estes princípios. Isto é, se eu sou uma multinacional e o professor Arno é outra multinacional, fazemos um contrato. Neste contrato colocamos uma cláusula e ele pode resolver uma controvérsia em sua execução através do referimento aos princípios da Comissão Lando, Comissão Unidroit, possuíamos duas. Se a controvérsia não for resolvida através de acordo entre nós, nós nomearemos um árbitro e será tudo decidido em nível arbitral, isto é, de justiça privada. Este é o primeiro passo. Porém, é uma estrada muito longa. Ainda somos muito estatistas e o nosso inimigo é o Estado. Afirmação excessiva, afinal é o Estado que salva da anarquia. É uma afirmação paradoxal, é um paradoxo.

PROF. ARNO: Quando eles me fazem este tipo de perguntas, me lembro sempre de Santi Romano em *“Dello Stato Moderno e della sua Crisi”* e naquele outro ensaio, intitulado *“Oltre lo Stato”*, no qual ele afirma que o modelo que possuímos é uma grande confusão, o Estado se transforma às vezes, e a soberania torna-se menos importante, as empresas começam a ganhar espaço, tudo o que nós possuímos no modelo de direito internacional flexibiliza-se e não sabemos o que fazer.

PAOLO GROSSI: Hoje é pior. Santi Romano escrevia há cem anos. Quando se estava no período da Liga das Nações. Era realmente uma paisagem de Estados, somente de Estados. Hoje, é ainda pior. Mas pensem, por exemplo, os Estados reconheceram que

nós vivemos num Estado de necessidade no plano ambiental. Decidiram que devemos fazer algo, há oito anos, com o Protocolo de Kyoto. Os Estados Unidos não o assinaram. Não temos nenhum poder para obrigá-lo a assinar. Talvez agora aquele idiota do Presidente Bush, obra-prima da torpeza humana talvez agora perceba, ainda que tarde, que talvez seja necessário fazer algo. Mas, amigos, o Protocolo de Kyoto era um mínimo.

IUS GENTIUM: Que mensagem o senhor gostaria de, nesta primeira edição da Revista, aos jovens estudiosos do Direito, que iniciam agora seu aprofundamento, em especial aos estudiosos do direito internacional.

PAOLO GROSSI: Aos jovens estudiosos do direito, eu digo: sejam orgulhosos de estudar direito. Porque hoje existe uma função enorme para o jurista. Nunca como neste momento necessitamos de uma ordem jurídica, e precisamos de uma ciência que tenha esta consciência ultra-Estatal, internacional, comum, global. Inicialmente faremos como a velha Cassandra: falaremos ao vento. Mas pouco a pouco, nós conquistaremos o todo. E, sobretudo, lembrem-se que é a união entre juristas que lhes dá força. No mundo medieval, os juristas não eram grossianos, não eram kantianos, kelsenianos, havia um censo de juristas. A *Comunes Opinion*. Aquilo que vinha a ser uma opinião imputável a inteira corporação de juristas, de doutores, de mestres. Aquilo que se transforma em valor normativo. A nós, falta esta consciência da comunidade de juristas. A grande comunidade científica. Eu acredito que vocês devem estudar direito, também o direito internacional, certamente, e ser investidos desta responsabilidade enorme, mas também do papel enorme que vocês são chamados a desempenhar na sociedade do futuro. Não sejam meros exegetas, exegetas deste código. Como dizia Beccaria: ao jurista basta o silogismo de Aristóteles, basta um procedimento lógico dedutivo. Vocês são os intérpretes, são mediadores. E a mediação entre que coisa? A lei, que está sempre presente, e os fatos. Os fatos econômicos, sociais, culturais, religiosos, políticos. No meio está o jurista, com uma tarefa enorme. Então se armem, armem-se de uma boa técnica, vocês possuem bons mestres aqui, não todos, mas a maioria o é. Aqui, podem vocês estudar bem direito. E Arno é uma pessoa iluminada, que vê longe e que vos traz

IUS GENTIUM

REVISTA VIRTUAL

TEORIA E COMÉRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL

os instrumentos. Arno e outros, Mezzaroba, Aírton, Pillati, e tantos outros que não conheço.

E assim termino, com as minhas mais calorosas felicitações, e um abraço afetuoso.

VELHOS E NOVOS ATORES: AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE VESTFÁLIA AO SÉCULO XXI

*Guilherme Bez Marques**

Resumo: A sociedade internacional moderna teve seu marco na Paz de Vestfália, que representou a secularização da esfera política com o afastamento do Papa e o reconhecimento do papel dos Estados. A partir de Vestfália, as relações internacionais eram baseadas no sistema de Estados, que eram os únicos atores da sociedade internacional. Este modelo permaneceu quase que intacto até o século XX, quando profundas alterações ocorreram nas relações internacionais: o aprofundamento das relações de interdependência, o fenômeno da globalização e o surgimento dos novos atores internacionais. As organizações internacionais, organizações não-governamentais e empresas multinacionais são alguns dos atores que passaram a dividir o cenário internacional com os Estados. Entretanto, observa-se que apesar de um pluralismo de atores, o Estado continua sendo o protagonista das relações internacionais.

Palavras-chave: Ator Internacional; Vestfália; Estado; Novos Atores.

Abstract: *The modern international society had its march in the Peace of Westphalia, which represented the secularization of politics with the expulsion of the Pope and recognition of the role of the states. From Westphalia, international relations have been based on the system of states, which were the only actors of the international society. This model remained almost intact until the twentieth century, when profound changes occurred in international relations: the deepening of the relations of interdependence, the phenomenon of globalization and the emergence of new international actors. The international organizations, non-governmental organizations and multinational companies are some of the actors that came to divide the international scene with the states. However, it is observed that although a plurality of actors, the State remains the protagonist of international relations.*

Key-Words: *International Actor; Westfalia; State; New Actors.*

Résumé: *La société internationale moderne a sa marche dans la Paix de Westphalie, qui a représenté la sécularisation de la politique avec l'expulsion du Pape et la reconnaissance du rôle des États. Depuis Westphalie, les relations internationales ont été fondées sur le système des États, qui étaient les seuls acteurs de la société internationale. Ce modèle est resté presque intact jusqu'au le vingtième siècle, lorsque les profonds changements survenus dans les relations internationales: l'approfondissement des relations d'interdépendance, le phénomène de la mondialisation et l'émergence de nouveaux acteurs internationaux. Les organisations internationales, les organisations non gouvernementales et les sociétés multinationales sont certains des acteurs qui sont venus à diviser la scène internationale avec les États. Toutefois, il est observé que, si une pluralité d'acteurs, l'État continue le protagoniste des relations internationales.*

Mots clés: *Acteur Internationale, Vestfalia; État; Nouveaux Acteurs.*

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e em Relações Internacionais pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestrando em Direito (concentração em Relações Internacionais) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – Brasil. Email: bezmarques@hotmail.com.

Introdução

As relações internacionais do início do século XXI apresentam-se bastante distintas das do início do século XX. No decorrer do século passado observou-se profundas modificações no cenário internacional. O modelo de Vestfália, baseado no sistema de Estados soberanos preocupados tão somente com questões de segurança internacional, enfraqueceu e em seu lugar surgiu um emaranhado de relações muito mais complexas. Neste contexto, o Estado deixou de ser o único ator internacional e passou a dividir o palco das relações internacionais com outros atores.

O século XX foi o palco do surgimento de novos entes capazes de determinar as relações internacionais. As organizações internacionais, organizações não governamentais e empresas multinacionais são exemplos típicos de novos atores que surgiram no decorrer do século passado. Além destes, outros atores tem sido considerados fundamentais para as novas e complexas relações internacionais do século XXI, como, por exemplo, os grupos terroristas, indivíduos, sindicatos, partidos políticos e entes sub-estatais.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo central analisar o rompimento com o modelo de Vestfália, no qual os Estados eram os únicos protagonistas das relações internacionais, e o conseqüente surgimento de novos atores internacionais no decorrer do século XX, contribuindo, assim, para o estabelecimento de relações internacionais bem mais complexas no início do século XXI.

Para tanto, o trabalho está estruturado em três momentos distintos. Inicialmente discute-se a noção de ator internacional, focando-se, sobretudo, em seu conceito e elementos constitutivos para se compreender quais entes podem ser considerados efetivamente atores internacionais. Num segundo momento, analisa-se o modelo de Vestfália e a formação do sistema de Estados, no qual os mesmos são os únicos atores das relações internacionais, modelo este que vigeu quase que intocável até o século XX. Por fim, estuda-se as transformações pelas quais as relações internacionais passaram, sobretudo no século passado, e o surgimento dos novos atores internacionais.

1. Discussão preliminar: o conceito de ator internacional

A palavra ator, derivada do latim *actore* significa agente do ato, aquele que atua, interpreta, desempenha determinado papel. Ator das relações internacionais, desta forma é o ente ou grupo social que atua na sociedade internacional, que é o agente do ato internacional, que desempenha determinado papel na sociedade internacional. Entretanto, nem todo ente ou grupo social é um ator internacional. Isto porque, o ator internacional deve ter a capacidade de participar das relações significativas do ponto de vista internacional e nem todos os grupos sociais gozam dessa prerrogativa.

Desta forma, pode-se conceituar ator internacional como todo ente ou grupo social que participa de maneira eficaz e significativa na condução de questões importantes e fundamentais para a sociedade internacional. Capaz de determinar significativamente a condução das relações internacionais Ademais, o ator internacional deve ser capaz de cumprir funções importantes no contexto internacional, seja funções políticas, comerciais, econômicas, militares, culturais, entre outras.

Para Oliveira (2001, p.195-198), são três os critérios de classificação dos vários tipos de atores internacionais: a natureza territorial e funcional, o grau de importância e o grau de autonomia.

A primeira das classificações diz respeito à natureza territorial e funcional dos atores. Os atores territoriais são os que têm sua existência e atuação regulada e limitada pela ocupação de determinado território geográfico ou territorial: o Estado é o ator territorial mais importante, neste sentido. Atores funcionais, por sua vez, são aqueles que atuam eficazmente no desempenho de funções essenciais à sociedade internacional: as organizações internacionais são atores funcionais bastante importantes, por exemplo.

O segundo critério de classificação é o do grau de importância que os diversos atores possuem perante a sociedade internacional como um todo. Neste sentido, existem os atores primários ou principais: os Estados e algumas organizações internacionais supranacionais. Existem também os atores secundários ou de menos porte, o que engloba os demais grupos sociais que atuam na sociedade internacional¹.

¹ Para Oliveira (2001, p. 196), “essa tipologia que considera o Estado como ator privilegiado junto às Relações Internacionais motiva-se em duas razões centrais: de um lado, por entender que o Estado

Por fim, o grau de autonomia é o terceiro critério de classificação dos atores internacionais. Neste sentido, um ator internacional deve ser capaz de atuar, tomar decisões nos assuntos da sociedade internacional de maneira autônoma, independente, sem interferência de outros atores internacionais.

Desta forma, como pode-se observar, a conceituação de ator internacional não é uma tarefa das mais simples. As tipologias dos atores internacionais variam de autor para autor e, algumas delas, serão citadas no decorrer do trabalho².

Importante, por fim, salientar a diferença entre ator e sujeito internacional. O termo ator internacional refere-se diretamente às relações internacionais, ou seja, conforme visto anteriormente, ator internacional é o ente que interfere consideravelmente na condução de temas internacionais significativos. Por sua vez, sujeito refere-se ao direito internacional, ou seja, a condição de ter direitos e obrigações perante o ordenamento jurídico internacional, condição essa que atualmente só é gozada pelos Estados e Organizações Internacionais. Desta forma, observa-se que o termo ator internacional é bem mais amplo que o termo sujeito de direito internacional. Todos os sujeitos reconhecidos de direito internacional são atores internacionais, entretanto, o inverso não se verifica da mesma forma³.

2. O modelo de Vestfália e os Estados como atores das relações internacionais

O período da Idade Média foi caracterizado pela influência do poder secular da Igreja e o comando do Papa sobre os príncipes. A Igreja reunia, assim, ao mesmo tempo, o poder secular e temporal, sendo a protagonista das relações internacionais. O poder da Igreja é uma das características fundamentais para se compreender esse

ocupa posição principal e insubstituível em relação aos demais tipos de atores, exatamente por institucionalizar o poder de força interior e dominar as relações de poder no contexto internacional; de outro, porque os Estados se tornaram os mediadores do protagonismo internacional dos demais atores, que nascem e se desenvolvem ao amparo do marco jurídico, político, econômico e territorial dos próprios Estados”.

² Cada um dos paradigmas das relações internacionais, seja o do realismo, idealismo, interdependência ou dependência, tem uma tipologia distinta sobre os atores internacionais. Ademais, atores individuais como Marcel Merle, também possui uma tipologia própria a este respeito. No decorrer do trabalho, algumas dessas visões serão citadas e comentadas.

³ As organizações não-governamentais e as empresas multinacionais, por exemplo, que são atualmente importantíssimos atores internacionais, não gozam da condição de serem sujeitos de direito internacional.

período histórico⁴ já que exercia papel fundamental na estruturação da vida neste período (englobando também as questões políticas). Pode-se dizer, neste sentido, que o Papa era o principal ator internacional do período. “O poder papal penetrou nos diversos setores da sociedade medieval, impondo-se como o árbitro supremo de todos os seus segmentos, inclusive nas relações internacionais” (BEDIN, 2001, p. 47). O Papa era uma figura singular que arbitrava as controvérsias internacionais, coroava os reis e regia a política internacional.

Com o surgimento do Estado-nação e sua gradual evolução, consolidando sua estrutura de poder e de soberania, as relações internacionais começam a sofrer uma profunda modificação o que representaria o declínio do poder papal⁵. Internamente, o Estado superou os seus concorrentes, em especial os senhores feudais, e externamente afastou a supremacia do Sacro Império Romano-Germânico e da Igreja Católica. Dessa forma, o Estado Moderno afirmou-se como unidade política soberana e independente. O que antes era um sistema absolutamente descentralizado, baseado nas estruturas feudais, passa a ser composto por algumas dezenas de Estados com o poder político centralizado. Os relacionamentos que antes eram circunstanciais passam a intensificar-se e as relações internacionais, tal como conhecemos atualmente, passam a tomar forma⁶.

Contudo, a sociedade internacional moderna efetivamente tem seu surgimento com a assinatura dos Tratados de Vestfália, em 1648, que foi o “momento culminante de afirmação e de consolidação do Estado moderno” (BEDIN, 2001, p. 159). Foi em Vestfália que ficou reconhecida a idéia de uma sociedade internacional integrada por Estados iguais e soberanos. O Estado moderno, a partir de Vestfália apresenta-se na sociedade internacional como um poder soberano e livre de qualquer vínculo de dependência ou subordinação a outros poderes (como o poder da Igreja, por exemplo).

⁴ Segundo Bedin, (2001, p. 43), “com a queda do Império Romano, a Igreja passou a ser a única instituição organizada e com a capacidade de produzir uma síntese ou fusão do legado romano e das contribuições germânicas”.

⁵ A soberania do Estado Nacional recém surgido encontra fundamentação teórica nos trabalhos dos contratualistas Jean Bodin e Thomas Hobbes. Bodin, jurista francês que viveu no século XVI, tem como seu escrito mais célebre *Os seis Livros da República* publicado em 1576, no qual traça as bases para o conceito de soberania no Estado Moderno. O inglês Thomas Hobbes publicou sua obra mais conhecida *O Leviatã* em 1651 no qual oferece elementos para a formação da soberania.

⁶ Importante salientar que, para alguns, as relações internacionais tiveram origem apenas com o surgimento do Estado-nação. Entretanto, é inegável que seus antecedentes “deitam raízes em tempos longínquos, cujas marcas encontram referências nas indagações dos primeiros relacionamentos estabelecidos entre os homens e suas incipientes comunidades” (OLIVEIRA, 2001, p. 27).

Ou seja, a sociedade internacional moderna passa a possuir características de uma estrutura internacional tipicamente anárquica⁷. Dessa forma, o Estado coloca-se como não apenas o principal, mas como o único ator internacional.

Os Tratados de Vestfália foram assinados em 1648 e colocaram fim a Guerra dos Trinta Anos. Iniciada em 1618, a Guerra dos Trinta Anos foi a primeira guerra civil generalizada da Europa e para muitos, pode ser considerada a primeira guerra mundial por ter envolvido praticamente todos os Reinos Europeus (com exceção da Rússia). Esse conflito chama atenção não apenas por sua extensão, mas também pela profunda catástrofe que se espalhou pela Europa, devastando países e populações⁸.

A Europa que durante os séculos da Idade Média foi o centro da cultura religiosa cristã viu essa unidade ser rompida e o velho continente passou a conviver com outras identidades religiosas. A “religiosidade cristã foi perdendo seu conteúdo tradicional, passando também a perder seu poder político, voltando então ao seu domínio estritamente religioso” (OLIVEIRA, 2001. p. 139).

A Europa havia sido palco da reforma protestante e uma série de príncipes haviam se convertido. Entretanto, alguns imperadores não estavam dispostos a tolerar a co-existência de mais de uma religião na Europa. O Sacro Imperador Romano Fernando II, neste sentido, tentou impor o catolicismo em todos os seus domínios. Contudo, os nobres protestantes da Boêmia e da Áustria rebelaram-se e expulsaram, em 1618, os representantes do imperador de seus domínios, episódio que ficou conhecido como a “defenestração de Praga”⁹.

⁷ Desta forma, diferentemente das organizações políticas internas, a sociedade internacional passa a ter uma condição que pode se designada de estado de natureza (utilizando-se a terminologia de Thomas Hobbes). A formação do Estado que surge para conferir ordem e segurança a sociedade interna, transpõe o estado de natureza para outro nível, o das relações internacionais. Com isso, sem um poder comum que os regule, os Estados atuam como indivíduos em um estado de natureza.

⁸ De acordo com Carneiro (2007, p. 163) “o número de vítimas dessa catástrofe nunca pôde ser calculado com precisão, mas as estimativas de perda foram desde metade da população da Europa Central até as atuais, mais ponderadas, de uma quinta parte, ou seja, quase 4 milhões de mortos (um retrocesso de 20 milhões para cerca de 16 milhões de habitantes), expressando um grau de morticídio e destruição que só viria a ser superado com as duas guerras mundiais do século XX”.

⁹ Para Carneiro (2007, p. 166), a Guerra dos Trinta Anos “foi, por um lado, uma guerra civil alemã, entre regiões que queriam autonomia diante do poder imperial e outras que sustentavam o Império, cuja capital estava em Viena. Por outro, foi um conflito internacional entre os defensores católicos do imperador austríaco do Sacro Império Romano Germânico aliado a seu parente espanhol, Felipe III, ambos da dinastia Habsburgo, contra uma coligação protestante de principados alemães, a Holanda, a Dinamarca e mais a católica França”.

A partir desse episódio emblemático, o conflito disseminou-se por toda a Europa e envolveu todos os Reinos Europeus, com exceção da Rússia. Era não apenas uma guerra religiosa, mas também uma guerra pelo poder, pelo controle das relações políticas no continente europeu. Eram dois grupos que travavam a guerra e que estavam organizados na Liga Católica (grupo que defendia os interesses do catolicismo) e a União Evangélica (grupo que defendia os interesses dos protestantes, englobando os luteranos e calvinistas)¹⁰.

O resultado da guerra foi uma profunda devastação da Europa e a perda de um considerável número de vidas humanas. Ademais, o equilíbrio de poder na Europa alterou-se significativamente. A Espanha perdeu o controle sobre os Países Baixos e a posição dominante na Europa Ocidental. Os Países Baixos Unidos e a Confederação Suíça foram reconhecidos como Repúblicas independentes. A França ganhou a Alsácia e tornou-se a potência dominante na Europa Ocidental. A Suécia ganhou o controle sobre o Mar Báltico. E os Estados membros do Sacro Império Romano desvincularam-se e adquiriram soberania plena. Segundo Carneiro (2007, p. 164), “estabeleceu-se não só um novo equilíbrio de poder, mas uma nova regra do jogo das relações internacionais”.

Ao final, foram assinados pelos principais plenipotenciários europeus¹¹ os Tratados de Paz de Vestfália, que colocaram fim ao conflito que tomou conta de praticamente toda a Europa. São onze os tratados que foram assinados durante a conferência de paz, dos quais o primeiro foi entre a Espanha e os Países Baixos. Meses depois firmou-se o tratado entre o Império Romano Germânico e os príncipes germânicos, a França, a Suécia e o Papado.

Foram três as principais contribuições da chamada “Paz de Vestfália”, concretizada nos tratados assinados ao longo da conferência. A primeira delas foi exatamente por fim ao conflito que por trinta anos disseminou-se por toda a Europa e

¹⁰ A Liga Católica era encabeçada pela dinastia dos Habsburgo do imperador do Sacro Império Romano Germânico Fernando, que se aliava com as regiões da Alemanha, especialmente o rei da Bavária (Maximiliano I), e por laços de parentesco e de afinidade política e religiosa, à maior potência internacional da época: a Espanha, governada por Felipe III. O bloco católico recebia também o apoio da Polônia e do Papa. Por sua vez, a União Evangélica era composto pelos rebeldes protestantes da Boêmia apoiados pelos Países Baixos, Suécia, Dinamarca, Inglaterra e pela católica França.

¹¹ A Conferência de Paz que deu origem aos Tratados de Vestfália contou com a presença de centenas de negociadores de 149 forças políticas européias, praticamente todas as forças políticas importantes da Europa estiveram negociadas nas conferências de paz.

que pode ser considerado como a primeira guerra civil generalizada na Europa, ou mesmo a primeira guerra mundial. A segunda contribuição fundamental foi o estabelecimento da liberdade religiosa ao confirmar-se a Paz de Augsburg de 1555 e estendê-la aos calvinistas, estabelecendo-se que as três religiões (católica, luterana e calvinista) seriam consideradas iguais e cada povo poderia seguir a que melhor lhe conviesse¹². Por fim, ao consolidar a nova composição de equilíbrio de poder na Europa e ao reconhecer a supremacia dos interesses do Estado em relação à religião a Paz de Vestfália lança as bases do sistema de Estados atual e marca o surgimento da sociedade internacional moderna¹³.

Neste mesmo sentido, de acordo com a professora Odete Maria de Oliveira, a Paz de Vestfália

além de ter mudado a compreensão de que os Estados da Europa deveriam ser unidos na base de princípios formais de coexistência e tolerância mútua, em vez de uniões políticas ou religiosas, propiciou o seguinte: a) difusão da idéia de uma Europa de multiplicidade de Estados independentes e de requerer de seus numerosos constituintes não mais do que um acatamento nominal aos simples interesses do Santo Império Romano, reconhecendo o direito dos príncipes e das cidades de seguirem livres e independentes as políticas externas, concluírem tratados, trocarem representantes diplomáticos e de fazerem a guerra; b) rejeição á ortodoxia religiosa; c) representação de Estados nas discussões da Conferência Geral da Paz, criando a presunção de que as matérias diretamente importantes a algumas partes poderiam ser, também, a preocupação geral de todas as partes. (OLIVEIRA, 2001, p. 142)

Para Lessa (2005, p. 20), “o fim da Guerra dos Trinta Anos, contextualizado no Congresso de Vestfália (1648) é um capítulo crucial na história das relações internacionais, sendo confundido com a própria conclusão da consolidação do sistema de Estados europeus”. Desta forma, pode-se observar que os Tratados de Vestfália representaram uma verdadeira secularização da esfera política com o afastamento do Papa e o reconhecimento do papel dos Estados. Reconhece-se que o poder de arbitramento do Papa havia desaparecido e que, a partir de então, os Estados seriam o núcleo da sociedade internacional pós Vestfália. Para Carneiro (2007, p. 164),

¹² O Tratado de Augsburg de 1555 estabelecia que cada governante territorial das centenas de unidades políticas alemãs poderia escolher sua religião e, assim, decidir a religião de seus súditos, segundo o princípio do *cuius régio, eius religio* (conforme cada rei, sua religião). Interessante que apenas a vertente luterana do protestantismo era reconhecida na época, deixando-se de lado o calvinismo. Estabeleceu-se, dessa forma, relativa trégua entre católicos e protestantes.

¹³ Neste sentido, a Paz de Vestfália foi para Bedin (2001, 173) o núcleo fundamental da sociedade internacional moderna por reafirmar três princípios basilares dessa sociedade que emergia: o princípio da liberdade religiosa; o princípio da soberania dos Estados; e o princípio da igualdade entre os Estados.

“estabeleceu-se novo tipo de regulamentação das relações internacionais em que o princípio do interesse nacional substituiu a confissão religiosa”.

Observa-se a partir dos dados analisados até aqui, que a Paz de Vestfália foi um verdadeiro e efetivo “divisor de águas entre a sociedade internacional típica da Idade Média – centrada no poder da Igreja e no arbitramento do Papa – e a sociedade internacional Moderna – centrada no conceito de soberania dos estados nacionais” (BEDIN, 2000, 107). Desta forma, o Estado Moderno, que teve um processo de formação lento e gradual, ocupava a partir de Vestfália posição fundamental na sociedade internacional que emergira: a posição de principal, senão o único ator das relações internacionais, afirmando-se como centro de toda articulação política da sociedade internacional moderna¹⁴.

A partir dessa constatação, de que as relações internacionais pós-Vestfália eram caracterizadas como relações entre Estados soberanos, pode-se dizer que seria mais adequado designá-las de relações interestatais. Bedin (2001, p. 177) segue neste sentido e dispõe que “ao se caracterizar as relações internacionais como relações entre Estados soberanos, a primeira questão que se coloca é se não seria mais adequado designá-las de relações interestatais. Sem dúvida, pela relevância das relações entre os Estados, assim deveria-se proceder”.

Durante esse período da sociedade moderna estabelecida em Vestfália, a humanidade permanece com características típicas de uma estrutura internacional anárquica¹⁵. Com a afirmação do Estado moderno, as relações internacionais passam a configurar-se como um estado de natureza, devido a ausência de um poder centralizado acima dos Estados e a dificuldade de estabelecer-se regras jurídicas capazes de vincular

¹⁴ Para Bedin (2000, p. 107), “o Tratado de Paz de Vestfália representa, portanto, efetivamente, na história das relações entre os Estados, um marco de significativa importância, uma vez que estabelece o referido início da sociedade internacional moderna, além de culminar com o fim da Guerra dos Trinta Anos, incentivar os povos à defesa de suas liberdades políticas, delinear os primeiros passos de uma sociedade de direito entre os Estados, ter impulsionado a criação das legações permanentes e de ter oportunizado às nações européias a possibilidade primeira de deliberação conjunta”.

¹⁵ Bedin (2001, p. 185-6) elenca uma série de outras características da sociedade internacional moderna, dentre as quais: é uma sociedade universal pois abrange todas as entidades políticas soberanas do globo; é uma sociedade aberta pois reconhece novas entidades políticas; é uma sociedade igualitária pois todos seus membros possuem os mesmos direitos e obrigações; é uma sociedade supranacional, sendo cada membro árbitro legítimo de suas próprias convicções; é uma sociedade descentralizada visto que o poder é exercido de maneira dispersa pelos seus integrantes; é uma sociedade que possui uma moral e um direito muito específicos.

todos os Estados. Cada Estado possui liberdade para atuar da forma que julgar mais favorável aos seus interesses e à sua sobrevivência.

Dessa forma, uma das características essenciais da política internacional, e que com a criação dos Estados Modernos e o modelo de Vestfália, é a anarquia. Esta característica é o que distingue a política internacional da nacional. Martin Wight (2002, p. 93) destaca que “[...] o estudo da política internacional pressupõe a ausência de um sistema de governo, assim como o estudo da política doméstica pressupõe a existência de tal sistema”.

Neste sentido, para Hobbes,

[...] em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude de gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos nos outros; isto é, seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras dos seus reinos, e constantemente com espíões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra. (HOBBS, 2003, p. 110)

Assim, a teoria hobbesiana permite a afirmação de que o estado de natureza estaria presente nas relações internacionais¹⁶. Esse argumento tornou-se um dos mais importantes pilares do paradigma realista das Relações Internacionais¹⁷.

Hans Morgenthau, um dos mais importantes teóricos do realismo político, autor de *Política entre as Nações* (1948), teve como uma de suas principais contribuições a elaboração dos seis princípios que sintetizam essa importante tradição doutrinária: 1) A política, assim como toda a sociedade, obedece leis objetivas, que são fruto da natureza humana; 2) O que possibilita a compreensão da política internacional pelo realismo político, é o conceito de interesse definido em termos de poder; 3) O realismo dá ao conceito de interesse definido na forma de poder uma validade universal, o qual se define como o objeto fundamental da teoria política internacional ou da teoria das relações internacionais; 4) O realismo sustenta que os princípios morais universais não podem ser aplicados aos atos dos Estados em sua formulação abstrata e universal; 5) As aspirações morais de uma nação em particular não se identificam com os preceitos

¹⁶ Considera-se importante esclarecer, entretanto, que Thomas Hobbes não escreveu uma teoria para tratar das relações internacionais e nem possuía tal objetivo. Mas esta passagem justificou a interpretação da existência de um pretense estado de natureza nas relações internacionais.

¹⁷ Os realistas comparam o estado de anarquia no sistema internacional com o estado de natureza concebido por Hobbes. A falta de uma autoridade soberana e legítima no ambiente internacional, formado por centenas de Estados independentes, que tenha condições de dirimir conflitos com justiça e utilizar a força de forma legítima, é a causa de tal comparação.

morais que governam o universo; e, 6) A esfera política possui uma autonomia, não permitindo que seja subordinada a outros critérios que não os políticos (MORGENTHAU, 2003, p. 3-28).

As relações internacionais anárquicas são, portanto, um cenário de conflito constante entre os Estados. Assim, o sistema internacional é anárquico e conflitivo, ou seja, não há um poder central e nem mesmo regras ou princípios universalmente aceitos por todos os Estados e que sejam capazes de regular suas relações, os quais se vêm obrigados a recorrer aos seus próprios recursos para sobreviver, inclusive a força ou a violência¹⁸. Na verdade, o mais importante fator dessa sociedade internacional é a luta constante pelo poder. Para Martin Wight as relações internacionais são o palco da política do poder por excelência. Para o autor citado:

[...] enquanto na política doméstica a luta pelo poder é governada e circunscrita pelo molde das leis e das instituições, na política internacional a lei e as instituições são governadas e circunscritas pela luta pelo poder. De fato, esta é a justificativa para chamar a política internacional de política do poder por excelência (WIGHT, 2002, p. 93/4).

Desta maneira, Wight diferencia a política doméstica da política internacional identificando seus elementos fundamentais: a política doméstica é determinada pelas leis e instituições e a política internacional, por sua vez, é dominada pela luta pelo poder. A diferença fundamental dos dois ambientes é a existência no plano nacional de uma autoridade capaz de conferir ordem às relações sociais, enquanto no plano internacional não há tal autoridade central, mas sim o reinado da anarquia.

Este é o modelo que as relações internacionais adquiriram após a assinatura dos Tratados de Vestfália em 1648. A sociedade internacional moderna era, portanto, constituída por Estados soberanos e iguais entre si e que eram os únicos atores das relações internacionais. Ademais, devido a característica anárquica da sociedade internacional, ou seja, com ausência de um poder comum acima dos mesmos, os Estados atuavam em um estado de natureza, no qual cada um era árbitro de sua própria causa, seguindo seus interesses e buscando cada vez mais poder.

¹⁸ Neste sentido, para Bedin (2001, p. 161), “não existindo, no sistema internacional, uma sociedade política e, em consequência, alguém que detenha o monopólio da violência legítima, os seus atores podem dispor legitimamente da força, pois nada pode ser injusto e a guerra é, na maioria dos casos, o recurso legítimo para resolver uma situação de conflito”.

3. Transformações nas relações internacionais: os novos e novíssimos atores na sociedade internacional

O modelo da sociedade internacional moderna, com base nos tratados de Vestfália, vigeu quase que intocável até o início do século XX, quando foi substituído pela sociedade internacional contemporânea, uma nova realidade das relações internacionais, rompendo com alguns dos preceitos daquele modelo vestfaliano, dentre os quais o estatocentrismo. O Estado perde a condição de único ator das relações internacionais e passa a dividir o palco do cenário internacional com outros atores.

Neste sentido, para Bedin (2001, p. 23) “a sociedade internacional moderna, com o reconhecimento dos novos atores internacionais e com o surgimento dos fenômenos da interdependência e da globalização do mundo, entrou em declínio, surgindo em seu lugar a sociedade internacional contemporânea”. Essa nova sociedade internacional significa uma ruptura com o modelo de Vestfália e, conseqüentemente, representa uma ruptura com as relações internacionais estatocentristas por meio da multiplicação dos fluxos e canais de comunicação e integração entre os diversos atores internacionais¹⁹.

As relações internacionais do século XX e início do século XXI, conhecida como sociedade internacional contemporânea, adquiriram uma configuração, bem mais complexa, interdependente e policêntrica que a anterior, devido principalmente a multiplicação de seus atores²⁰. Observou-se, dessa maneira, que no decorrer do século XX os Estados perderam a condição de únicos atores internacionais e passaram a dividir o palco da sociedade internacional com outros atores, tais como as organizações internacionais, organizações não-governamentais e as empresas transnacionais.

Neste sentido, a classificação clássica dos atores internacionais no século XXI é de Marcel Merle (1981, p. 213), segundo o qual são três os principais grupos de atores internacionais: o primeiro é o Estado; no segundo grupo estão as organizações

¹⁹ Para professora Odete de Oliveira (2004), tanto a religiões (cristianismo, islamismo e budismo) como o comércio, foram determinantes no processo de aproximação dos povos e constituíram-se nas bases do movimento de globalização nas relações internacionais.

²⁰ Para Bedin (2001, p. 269), “as relações internacionais do final do século XX e do início do século XXI apresentam crescente complexidade, polaridade incerta e acentuada tendência à integração e à criação de vínculos de cooperação entre os seus principais atores”.

internacionais; e, por fim, no terceiro grupo estão as forças transnacionais, no qual se inserem as organizações não-governamentais e as empresas transnacionais. Esta classificação é amplamente aceita atualmente e esses grupos são considerados, indiscutivelmente, atores das relações internacionais contemporâneas. Para Fernandes (1998, p. 33), “os Estados, as organizações internacionais e as empresas multinacionais constituem as três variáveis da estrutura da comunidade internacional e são os principais centros autônomos de decisão e os agentes das relações internacionais”.

As organizações internacionais²¹ foram as primeiras instituições que passaram a dividir o palco internacional com os Estados²². A primeira geração de organizações internacionais teve surgimento no século XIX e visavam a cooperação administrativa entre os Estados membros. A primeira organização internacional surge em 1815²³, criada no Congresso de Viena do mesmo ano: foi a Comissão Central de Navegação do Reno. A este organismo, seguiram-se outros, também de caráter técnico-administrativo: a União Telegráfica Internacional em 1865, a Organização Meteorológica Mundial em 1873 e a União Postal Universal de 1874.

Após a Primeira Guerra Mundial, no Tratado de Versalhes, foram criadas duas organizações internacionais, de caráter distinto daquelas que existiam até aquele momento: a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). A paz era o principal tema da agenda internacional e a Liga das Nações²⁴ surge com o objetivo

²¹ Para Diez de Velasco (1997, p. 41), organizações internacionais são “associações voluntárias de Estados estabelecidas por acordos internacionais, dotadas de órgãos permanentes, próprios e independentes, encarregados de gestionar interesses coletivos e capazes de expressar vontade juridicamente distinta daquela de seus membros”.

²² Para Oliveira (2001, p. 226-231) as organizações internacionais podem ser classificadas em razão dos fins (gerais ou específicos), em razão da composição (vocações universal ou regional) e em razão da competência (cooperação ou integração).

²³ Observa-se entretanto, que “os antecedentes das atuais organizações internacionais apresentam registros antigos. A primeira forma desse tipo de relacionamento – contatos regulares entre duas ou mais sociedades, gerando vínculos de comunicação, permuta e cooperação – configuram nas chamadas assembleias realizadas entre os povos chineses, no século VII a. C.” (OLIVEIRA, 2001, p. 216). Durante toda a história da humanidade, os povos buscaram aproximar-se, formando ligas e confederações. Numa evolução histórica, foram as conferências internacionais do século XIX, as raízes mais claras das primeiras organizações internacionais.

²⁴ “O sentimento pacifista que dominava os dois lados do Atlântico Norte é sabiamente captado pelo Presidente Woodrow Wilson, dos Estados Unidos. Ao anunciar, em 8 de janeiro de 1918, os contornos internacionais do pós-guerra, num famoso pronunciamento no qual listava quatorze pontos indispensáveis para um mundo sem guerras, Wilson indica a necessidade de ser criada uma “sociedade geral das nações” que deveria repousar sobre a virtude das convenções formais tendo como objetivo fornecer garantias recíprocas de independências política e territorial aos pequenos e aos grandes Estados” (SEITENFUS, 2005, p. 104). Desta forma, o presidente Wilson foi o grande idealizador da

de atuar no âmbito da segurança internacional e da manutenção da paz. Por sua vez, a OIT é criada com objetivo de regulamentar as atividades laborais. Neste sentido, observa-se que tais organizações do pós-Primeira Guerra, tem um caráter diverso das primeiras organizações internacionais e, por isso, são consideradas as Organizações Internacionais de segunda geração.

Com a falência da Liga das Nações, após a Segunda Guerra Mundial foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Carta de São Francisco de 1945. Com os mesmos objetivos da Liga, a ONU surge para promover a paz entre os Estados e institucionalizar as relações internacionais. A ONU, até os dias atuais pode ser considerada a principal organização internacional, influenciando de maneira direta em praticamente todos os temas da agenda internacional²⁵. A criação da ONU dá início a terceira geração das organizações internacionais, fase esta que representou uma verdadeira multiplicação não apenas do número de organismos internacionais, como também nas áreas nos quais os mesmos viriam a atuar.

Observa-se, dessa forma, que durante o decorrer do século XX, sobretudo após a criação das Nações Unidas, o número de organizações internacionais multiplicou-se consideravelmente. Organizações como a Organização Mundial do Comércio (OMC), Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e Fundo Monetário Internacional (FMI), sem contar a própria Organização das Nações Unidas (que tem como Estados-membros praticamente todos os Estados independentes do mundo) são determinantes nas questões internacionais. As ações de tais organizações são determinantes na condução da sociedade internacional, servindo não apenas como foro de discussões, mas também estabelecendo as pautas de discussão e sendo decisivas no processo de tomada de decisões.

Além das organizações internacionais, também as organizações não-governamentais (ONGs)²⁶ passaram a atuar de maneira determinante na sociedade

Liga das Nações, mas seu país, os Estados Unidos, acabou não entrando formalmente na recém formada organização internacional por questões de sua política interna.

²⁵ Interessante salientar que a ONU não é apenas uma única organização, mas sim uma família. Além de ser a principal organização internacional, tem em seu âmbito um grande número de organizações especializadas nos mais diversos temas, organizações estas que compõem a chamada família ONU. Dentre esses organismos podemos citar a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO).

²⁶ Para Seitenfus (2005, p. 339), organizações não-governamentais são “organizações privadas, movidas por algum vínculo de solidariedade transnacional, sem fins lucrativos”. Além disso, também para

internacional que se delineou no decorrer do século XX. A multiplicação das ONGs é um verdadeiro fenômeno e sua atuação efetiva seja através de denúncias, como através de atividades propriamente ditas tornou-se fundamental não apenas internamente nos Estados como também no cenário internacional²⁷.

As organizações não-governamentais atuam de maneira independente ou em parceria com Estados e organizações internacionais, agindo em áreas nas quais a ineficácia do Estado está cada vez mais latente. Desta forma, o fenômeno das ONGs deveu-se ao fato de essas organizações serem capazes de agir concretamente e de maneira imediata em diversos temas da agenda internacional: questões humanitárias, meio ambiente, saúde, educação, direitos humanos, entre diversos outros.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Greenpeace são exemplos típicos de Organizações não-governamentais que atuam significativamente no cenário internacional. A Cruz Vermelha, atuante desde 1863 nas questões de assistência humanitária e o Greenpeace, criado em 1971 com sua luta pelas questões ambientais, por si só já demonstram a importância que tais organizações adquiriram ao longo do tempo na condução de temas fundamentais a sociedade internacional.

Conforme salientado anteriormente, além das organizações internacionais e não-governamentais, também as empresas transnacionais são consideradas atores das relações internacionais contemporâneas²⁸. São empresas caracterizadas pela “plurinacionalidade, ou até multinacionalidade, em razão de seu capital social e pela transnacionalidade de seu raio de ação, por isso, se dizer que esses atores desconhecem fronteiras e nacionalidades” (OLIVEIRA, 2001, p. 249). Neste mesmo sentido, Para Fernandes (1998, p. 68),

se os fluxos transnacionais desdenham as fronteiras atravessando-as sem ser verificados e contabilizados, e se o transnacional é o espaço das grandes empresas multinacionais, das quais dependem grandemente as relações

Seitenfus (2005, p. 345), as organizações não governamentais podem ser classificadas em organismos de harmonização e organismos de intervenção. “Os organismos de harmonização são marcados pela continuidade e permanência na busca de posições comuns entre parceiros. (...) de intervenção são marcadas pela necessidade de responder a desafios concretos e imediatos”.

²⁷ Para Bedin (2001, p. 302-3), as principais características das ONGs são: são organizações alicerçadas no princípio da autonomia (não pertencem e não dependem dos Estados), não tem fins lucrativos, são constituídas voluntariamente, são alicerçadas no princípio da solidariedade e são organizações privadas.

²⁸ Para Bedin (2001, p. 315), as características das empresas transnacionais são as seguintes: são entidades internacionais com fins lucrativos, são entidades de direito privado vinculadas a uma ou mais ordens jurídicas nacionais e são entidades que possuem uma estrutura interna fortemente hierarquizada e uma unidade de direção, o que cria uma relação de dependência das filiais à empresa-mãe.

econômicas internacionais, não há dúvida de que as multinacionais revestem-se de grande importância no atual quadro das relações internacionais.

Esse tipo de corporação surgiu no final do século XIX, consolidando-se e multiplicando-se no decorrer do século XX. São exemplos típicos do desenvolvimento da economia capitalista, atuando, muitas vezes, por cima das entidades estatais, desconhecendo fronteiras ou limites, levando em conta apenas um mercado mundializado. Ocupam, dessa maneira, posição central no funcionamento do sistema econômico internacional, por muitas vezes tendo economias maiores e mais estáveis que muitos Estados. São, portanto, atores internacionais bastante dinâmicos e articulados, preparados para a complexidade das relações internacionais do século XXI.

Desta forma, observamos, segundo a classificação de Merle, que os Estados, organizações internacionais, organizações não-governamentais e as empresas transnacionais são considerados indubitavelmente atores das relações internacionais contemporâneas. Contudo, outros grupos sociais ou forças também têm atuado de maneira bastante efetiva e determinante no cenário internacional, são os novíssimos atores das relações internacionais, dos quais podemos citar os entes sub-estatais governamentais, os entes intra-estatais não governamentais, a mídia, os grupos terroristas e os indivíduos. Estes novíssimos atores ainda não têm esta condição reconhecida por toda a doutrina, mas já atuam de maneira significativa nas relações internacionais. Desta forma, a para a abordagem transnacional, são atores das relações internacionais: os Estados, as organizações internacionais, as organizações não-governamentais, as empresas transnacionais, os atores governamentais não centrais, os atores intra-estatais não governamentais e os indivíduos (OLIVEIRA, 2001, p. 200-1).

Os entes intra-estatais governamentais, são os atores sub-estatais ligados aos Estados, como por exemplo os governos locais dos estados, das cidades e até mesmo os parlamentos. São entes que normalmente não tem a competência para atuar internacionalmente, mas que dentro de suas atribuições, tem cada vez mais se voltado para outros países e outras regiões, sobretudo quando o seu país está envolvido em movimentos de integração regional²⁹.

²⁹ O governador do estado de Santa Catarina, por exemplo, realiza constantes viagens internacionais para defender os interesses do estado internacionalmente, como por exemplo, contra o embargo da Rússia à carne suína brasileira. Neste mesmo sentido, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina possui uma

Entes intra-estatais não-governamentais, tais como partidos políticos e sindicatos também atuam de maneira bastante efetiva na condução das questões internacionais. Partidos políticos de abrangência internacional como os verdes, os comunistas ou a democracia cristã, organizam-se internacionalmente para buscar objetivos em comum. Assim como os sindicatos, que perceberam que para atuar perante empresas transnacionais, também seria necessário uma organização internacional entre eles.

A mídia também pode ser considerada contemporaneamente um importante ator das relações internacionais assim como os grupos terroristas. A mídia não apenas transmite informações de todos os lugares do mundo, como é responsável pela formação da opinião pública mundial e, em certa medida, por determinadas ações dos demais atores internacionais. Por sua vez, os grupos terroristas (tais como a Al Qaeda, Hamas, Eta, Ira) também não restringem suas ações às fronteiras nacionais. Lutam não apenas por objetivos internos, mas contra supostas ameaças externas. Cada vez mais a mídia e os grupos terroristas têm influenciado de maneira bastante efetiva a condução dos assuntos internacionais.

Além dos já citados, também indivíduos por vezes podem ser considerados verdadeiros atores das relações internacionais. São pessoas que exercem atividades de destaque no cenário internacional (em defesa da paz, dos direitos humanos, do meio ambiente, por exemplo), utilizando-se de seu prestígio pessoal para a defesa de determinados valores.

Neste sentido de ampliação do conceito de ator das relações internacionais, para Pecequillo (2004, p. 83), além dos atores da abordagem clássica (Estados, organizações internacionais interestatais e não-governamentais, e empresas multinacionais) outros grupos sociais também são atores internacionais: são os grupos diversos, que “englobam desde as atividades da Igreja, até as de sindicatos e partidos políticos, chegando à ação dos grupos terroristas, máfias, e crime internacional”. Também para Albuquerque (2005, p. 83) os novos atores são também “novas entidades paraestatais de poder, tais como o crime organizado internacional, alguns tipos de movimentos guerrilheiros e terroristas, movimentos étnico-nacionalistas, algumas

série de acordos firmados com regiões de outros países, como o acordo com a região do Vêneto, da Itália.

organizações não-governamentais radicais, ainda as organizações não-governamentais multinacionais, empresariais ou não”.

Interessante salientar, entretanto, que apesar do surgimento desses novos e novíssimos atores internacionais no decorrer do século passado (século XX), o Estado continua a ser o principal protagonista das relações internacionais. Nos dizeres de Huntington³⁰ (1997, p. 35), “os Estados são e continuarão sendo as entidades predominantes nos assuntos mundiais. Eles mantêm exércitos, praticam diplomacia, negociam tratados, travam guerras, controlam os organismos internacionais, influenciam e, em grau considerável, moldam a produção e comércio”. De fato, o Estado passou a dividir o palco internacional com esses novos protagonistas, o que não ocorria no modelo de sociedade internacional estabelecido em Vestfália³¹, mas a condição de principal ator das relações internacionais ainda pertence ao Estado.

Neste mesmo sentido, para Waltz (2002, p. 135), “os Estados são as unidades cujas interações formam a estrutura dos sistemas das relações internacionais. Não manter-se assim durante muito tempo”. Assim, observamos de fato uma maior quantidade de atores nas relações internacionais, mas os Estados continuam a ser os seus principais protagonistas, com grau de influência ainda superior aos demais nos assuntos internacionais.

Conclusão

A sociedade internacional moderna teve seu marco com os Tratados de Vestfália de 1648, onde afirmou-se a idéia de uma sociedade internacional integrada por Estados iguais e soberanos. O Estado moderno, a partir de Vestfália apresenta-se na sociedade internacional como um poder soberano e livre de qualquer vínculo de

³⁰ Para Huntington (1997, p.19), “no mundo pós-Guerra Fria, pela primeira vez na história, a política mundial se tornou multipolar e multicivilizacional”. De acordo com este autor, a política mundial está sendo reconfigurada seguindo linhas culturais e civilizacionais e o mundo pós-Guerra Fria é um mundo de nove civilizações principais, definidas em termos de antepassados, religião, idioma, história, valores, costumes e instituições.

³¹ Conforme visto anteriormente neste estudo, na sociedade internacional moderna, baseada nos princípios de Vestfália, as relações internacionais na verdade eram relações puramente interestatais, nas quais os Estados não apenas eram os principais como também os únicos atores das relações internacionais.

dependência ou subordinação a outros poderes. Ou seja, a sociedade internacional moderna passa a possuir características de uma estrutura internacional tipicamente anárquica. Dessa forma, o Estado coloca-se como não apenas o principal, mas como o único ator internacional. Este modelo permaneceu quase que intocável até o século XX, quando profundas transformações ocorreram nas relações internacionais.

Desta forma, no decorrer do século XX, sobretudo em sua segunda metade, com o surgimento de novos atores internacionais, aliado ao aprofundamento das relações de interdependência e o fenômeno da globalização, a sociedade internacional moderna, baseada no modelo da Paz de Vestfália, foi substituída gradualmente pela sociedade internacional contemporânea: um cenário internacional muito mais complexo e desafiador que o contexto anterior, repleto de muitas e novas variáveis.

Neste sentido, diversos são os atores que surgem para dividir o palco das relações internacionais com os Estados. As organizações internacionais, organizações não-governamentais e as empresas multinacionais são os novos atores mais reconhecidos pela doutrina pela sua inegável influência no cenário internacional. Contudo, outros atores como os sub-estatais (governamentais e não-governamentais), a mídia, os grupos terroristas e os indivíduos também podem ser considerados importantes e influentes atores internacionais no contexto internacional atual.

Neste novo contexto, podemos observar um pluralismo de atores, marcado, contudo, por um protagonismo dos Estados, que ainda são mais determinantes nas relações internacionais que os demais atores. Apesar das transformações que puderam ser observadas no decorrer do século XX, as suposições realistas ainda explicam em certa medida de forma satisfatória as relações internacionais. Os Estados podem não ser mais os únicos atores internacionais, mas sem dúvida, continuam sendo os protagonistas da sociedade internacional; a questão da segurança pode não ser mais a única questão na pauta internacional, mas continua sendo tema central e fundamental nas discussões internacionais; e as relações internacionais podem ter adquirido um caráter de cooperação maior, mas ainda assim, tal cooperação é determinada muito mais pelos interesses dos próprios Estados do que por uma naturalidade da mesma. Desta forma, as relações internacionais, continuam a ser o palco da política do poder por excelência.

Referências

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. *Relações internacionais contemporâneas: a ordem mundial depois da guerra fria*. Petrópolis: Vozes, 2005.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Os primeiros anos do século XXI: o Brasil e as relações internacionais contemporâneas*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio, et al. *Paradigmas das Relações Internacionais*. Ijuí: ed. UNIJUÍ, 2000.

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

CARNEIRO, Henrique. *Guerra dos Trinta Anos*. In: MAGNOLI, Demétrio. *História das Guerras*. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2007. p. 163-187.

CARR, Edward Hallet. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Trad. Luiz Alberto Machado. 2 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.

KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994.

FERNANDES, Antônio José. *Relações internacionais contemporâneas do mundo da Europa à Europa do mundo*. Itajaí: UNIVALI, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque das civilizações*. Trad. M.H.C. Côrtes. Rio de Janeiro: objetiva, 1997.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and interdependence*. 3ª ed. New York: Longman, 2001.

LESSA, Antônio Carlos. *História das relações internacionais: a pax britannica e o mundo do século XIX*. Petrópolis: Vozes, 2005.

LOHBAUER, Christian. *História das relações internacionais II: o século XX: do declínio europeu à era global*. Petrópolis: Vozes, 2005.

MARQUES, Guilherme Bez. *Aspectos da Responsabilidade Internacional do Estado: a responsabilidade criminal*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2007, v. 2, nº 1.

_____. *Regionalismo e Sistema Multilateral de Comércio: uma análise da compatibilidade de coexistência complementar*. In: 5º Congresso Brasileiro de Direito

Internacional, 2007, Curitiba - PR. Estudos de Direito Internacional. Curitiba - PR : Juruá Editora, 2007. v. X. p. 215-223.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Trad. Ivonne Jean. Brasília: Unb, 1981.

MORGENTHAU, Hans. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Trad. Oswaldo Biato. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Teorias Globais: elementos e estruturas*. V. I. Ijuí: Editora da Unijuí, 2004.

OLSSON, Giovanni. *Relações Internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2006.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Introdução às relações internacionais: temas, atores e visões*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

RENOVIN, P.; DUROSSELE, J. B. *Introdução à história das relações internacionais*. Trad. Hélio de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2003.

WALTZ, Kenneth N. *Teoria das relações internacionais*. Trad. Maria Luísa Felgueiras Gayo. Lisboa: Gradiva, 2002.

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Trad. René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. Trad. Carlos Sérgio Duarte. 2 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL: CONSTRUÇÃO, MITOLOGIA E PERSPECTIVAS

*Paulo Potiara de Alcântara Veloso**

Resumo

O conceito de sujeitos de direito internacional público apresentado hodiernamente não reflete as atuais necessidades teóricas e práticas da disciplina. Acima disso, a identificação axiomática do conceito de sujeitos de direito internacional com a realidade estatal, seja ela unitária ou múltipla, torna diminuta a aplicabilidade do Direito Internacional à realidade internacional. Além disso, verifica-se que a construção histórica do conceito pode ser considerada uma mitologia jurídica da modernidade, o que reflete a necessidade imperativa de sua revisão com base em uma profunda análise histórico-crítica, mostrando a teoria institucionalista do direito como uma saída possível.

Palavras-chave: Sujeitos de Direito Internacional; Mitologias Jurídicas; Institucionalismo Jurídico; Teoria do Direito Internacional

Abstract

The concept of subjects of international law presented today does not reflect the current theoretical and practical needs of the discipline. Above this, the axiomatic identification of the concept of subject of international law with the state reality makes the applicability of international law to the international reality to a minimum. Moreover, it appears that the construction of the historic concept can be considered a juridical mythology of modernity, which reflects the imperative need of revision of the concept based on a thorough historical-critical analysis, bringing the institutionalist law theory as a possible escape.

Keywords: *Subjects of International Law; Juridical Mythologies, Juridical Institutionalism; International Law Theory.*

Riassunto

Il concetto di soggetti di diritto internazionale presentato oggi non riflette l'attuali esigenze teoriche e pratiche della disciplina. Sopra di questo, l'indificazione assiomatica della nozione di soggetto di diritto internazionale con la realtà Statale rende minima l'applicabilità del diritto internazionale alla realtà internazionale. Inoltre, si verifica che la costruzione storica del concetto può essere considerato una mitologia giuridica della modernità, che riflette l'assoluta necessità di revisione del concetto basata su una approfondita analisi storico-critica, segnalando la teoria institucionalista del diritto come una possibile fuga.

Parole chiave: *soggetti di diritto internazionale; Mitologie Giuridiche; Institucionalismo Giuridico; Teoria del Diritto Internazionale*

* Mestre em Direito, sub-área de Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pesquisador do Grupo de Estudos em Novos Sujeitos de Direito Internacional. E-mail: paulopoti@gmail.com

Introdução

Em 1949, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) indicava, em resposta à consulta³² efetuada pela Organização das Nações Unidas (ONU), que: “através de sua história, o desenvolvimento do direito internacional (DIP) foi influenciado pelas exigências da vida internacional”, e que “o aumento progressivo nas atividades coletivas dos Estados já dá margem a instâncias de ação, no plano internacional, a certas instituições que não são Estados” (ICJ, 1949, p.8).

Esta opinião, que decidiu pela atribuição de personalidade jurídica internacional à ONU (e futuramente, por extensão, a outras Organizações Internacionais), sinalizava que o direito internacional, em sua evolução, deve ter como fundamento, a realidade internacional a qual visa regulamentar. Dessa forma, a revisão de um conceito que já não contemplava as necessidades da comunidade internacional foi fundamentada em sua não-adequação àquela mencionada realidade internacional.

À época desse parecer consultivo emitido pela CIJ, a teoria de direito internacional clássica indicava que somente Estados seriam os sujeitos da realidade internacional. Consciência essa que se verificava inseparável do conceito de soberania, cunhado durante toda a modernidade e, conseqüentemente vinculado também à verdade axiomática (porém faticamente refutável) e princípio fundamental de direito internacional: a igualdade soberana entre Estados.

Essa ligação íntima entre os dois conceitos (soberania e sujeitos de DIP) se explica na necessidade moderna³³ de fundamentar o recém criado Estado centralizador em suas relações externas (relação com outros Estados) e internas (relação com a população). O Estado Moderno é a fonte de toda a lei válida e também o fim de todo o poder político; sua atuação rege-se, portanto, pelos princípios: *potestas legibus soluta e superiorem non recognoscens*. Em suma, os Estados são os únicos sujeitos de direito internacional, pois são potências soberanas que não reconhecem nenhum poder superior

³² Referente à consulta sobre “Reparação dos danos sofridos em serviço das Nações Unidas”, também conhecido como Caso Bernadotte, em referência ao conde Sueco Falke Bernadotte, morto em serviço das Nações Unidas, em 1948.

³³ O conceito de soberania é delineado por Jean-Bodin, ainda no século XVI, sendo utilizado tanto como fundamento da soberania absoluta dos monarcas europeus, como da soberania “parcial” dos Estados liberais nascidos no século XVIII o que dá margem a antinomias teóricas profundas, como bem salienta Ferrajoli (2002).

ao seu. Não se limitam por nenhuma lei que não tenham contribuído para criar e não reconhecem nenhuma fonte de direito que esteja acima de sua realidade como ente absoluto.

No entanto, partindo-se da análise da decisão da CIJ, parece apreender-se que essa vinculação entre sujeitos de direito internacional e soberania foi superada. Nada mais enganoso se poderia afirmar. Ainda hoje, toda a construção do direito internacional público se fundamenta no conceito Moderno de sujeitos, apesar de todas as viciosidades e antinomias que possam ser observadas. Apesar da CIJ se utilizar da correta justificativa que indica a necessária adequação do direito internacional à realidade internacional que o fundamenta, isso não pode ser observado, mais que superficialmente, pela resposta consultiva acima mencionada.

Dar às organizações internacionais (OIs) a personalidade jurídica e conseqüentemente o atributo de sujeito de DIP é uma inovação relativa, pois as OIs estão intrinsecamente vinculadas à vontade dos Estados que as compõem e, portanto, à falácia voluntarista.

Hoje, o DIP ainda se rege pelo princípio da igualdade soberana entre Estados, como comprova o artigo 2º da Carta das Nações Unidas de 1946, e conseqüentemente é considerado a partir de uma visão teórica voluntarista. Em suma, essa realidade impede que as normas de DIP sejam aplicadas sem a anuência dos Estados, supostas partes constituintes da comunidade internacional, fato que relativiza o papel fundamental da regras de direito das gentes nos dias de hoje.

O que se pode verificar, portanto, é a desatualização dos conceitos fundamentais de DIP, que ainda se vinculam intimamente às “verdades” jurídicas da modernidade, ou “mitologias jurídicas da modernidade”, como bem salienta Grossi (2007). E isso pode ser definido como uma das maiores problemáticas atinentes não só ao DIP, mas ao direito como um todo, pois fundamenta uma defesa acrítica de conceitos eivados em viciosidades profundas, que acabam por se manifestar em sua inadequação prática na solução dos conflitos que visa reger.

Portanto, ao se visar uma “reconceituação” dos termos fundamentais de DIP, verifica-se a necessidade de se analisar criticamente a sua construção histórica. Novamente Grossi (2004) nos alerta, indicando a necessidade de uma renovada tomada de consciência, “a qual não pode ser encaminhada senão repensando criticamente certas

fundações (ou pretensas tais) do nosso saber, começando por colocá-las no seio histórico e do feixe de motivações históricas que as geraram e verificando se, já impróprias à atual situação estrutural e à atual reflexão científica, não devam ser objeto de escolhas mais **conscientes**".

Utilizando-se novamente da CIJ, ainda em sua resposta à ONU, aquela indicava que os "sujeitos de direito, em qualquer sistema legal, não são necessariamente idênticos em sua natureza ou na extensão de seus direitos, e a sua natureza depende das necessidades da comunidade [internacional]" (ICJ, 1949, p.8). E essa necessidade da comunidade internacional se reflete em um direito internacional que se imponha sobre as mesquinhas estatais - ou nas palavras de Ferrajoli (2002), um direito internacional que se leve a sério. Para que isso ocorra, há a necessidade urgente de se redesenhar criticamente alguns de seus conceitos fundamentais, como é o caso expresso do conceito de sujeitos de direito internacional.

1. Mitologias jurídicas da modernidade

1.1. Teoria histórico-crítica de Paolo Grossi (ou das Mitologias Jurídicas)

Nessa busca para uma redefinição crítica dos conceitos basilares do direito internacional, uma questão de grande relevância se apresenta, qual seja, a problemática atinente à escolha de uma teoria que sirva suficientemente como lanterna a iluminar novas possibilidades e também como lente de análise que mostre os desvios ocultos e as armadilhas do caminho. Em suma, o primeiro passo seria a definição de uma base teórica que permitiria traçar novas opções, teoria essa fundamentada sobre uma lógica crítica, que desmonte os conceitos arcaicos da modernidade, ao mostrar quanto ineficientes estes são hoje. É nesse ponto que o uso da teoria histórico-crítica de Paolo Grossi surge para iluminar o caminho, mostrando as mitologias que permeiam o discurso internacionalista contemporâneo.

Assim, mitologia jurídica é um conceito utilizado por Paulo Grossi, e permeia grande parte de suas obras e escritos. A significação, conforme o próprio autor explica, está intimamente ligada às construções teóricas da modernidade, abarcadas pelo iluminismo jurídico dos séculos XVII e XVIII, sendo:

(...) um conjunto de idéias que compõe e une em si a desinibição metodológica, e, ao mesmo tempo, é busca de uma fundamentação mítica, oferecendo a desconcertante visão de um estamento intelectual que considera irrenunciável aquela operação fundadora (GROSSI, 2004a, p.57).

A conceituação aludida por Paolo Grossi não é nova. Santi Romano já a utilizava, com sentido muito parecido daquele dado pelo autor de Florença. Indicava as Mitologias Jurídicas da Modernidade como sendo fábulas que tentam explicar o que não se entende, por meio de imagens; “são conceitos que querem ser imagens e imagens que querem ser conceitos”. Para o autor de Palermo, o mito “é uma crença que tem caráter de fé e que sempre assume certo tom religioso, mesmo quando não concirna à religião propriamente dita” (ROMANO, 1953, pp. 127-128), ou seja, mesmo quando se relacione a outras realidades, como a jurídica, por exemplo.

Contudo, o fato da conceituação não ter sido criada por Grossi, não desmerece, em absoluto, a importância de sua obra. Este desenvolveu o conceito à exaustão, enquanto Romano apenas menciona sua existência. Prova dessa realidade é a profundidade que o autor florentino dá ao conceito e ao que se propõe com a sua utilização. Grossi (2004, p.12) caracteriza as mitologias da modernidade como um “emaranhado nó de certezas axiomáticas lentamente sedimentado no intelecto e no coração do jurista moderno³⁴”, fruto de um processo de mitificação que “absolutizou noções e princípios relativos e discutíveis”, mitificação essa que se caracteriza como passagem de um processo de conhecimento para outro, o de crença³⁵.

E é esse processo que se verifica, mormente na modernidade, momento em que a ojeriza e a fobia à realidade fragmentária verificada na Idade Média - ideologicamente denominada pelos modernos de Idade das Trevas, nomenclatura ainda hoje bastante

³⁴ Aqui o autor escreve moderno no sentido de hodierno, contemporâneo. A nomenclatura utilizada nesse ponto se torna muitas vezes imprecisa, pois ao se referir ao jurista moderno, o autor pode dar ao seu leitor a impressão errônea de estar se referindo à Modernidade histórica. Mais preciso seria utilizar-se de terminologia diversa, como contemporâneo, hodierno, atual.

³⁵ Esse procedimento de mitificação demonstra-se usual na cultura humana, principalmente em relações de poder, das quais o jurídico é parte importante, mas não exclusiva. A transformação de processos de conhecimento, e dir-se-ia também, de crítica, quando substituídos por outro, o de crença, acarretou inúmeros desastres na atividade política da humanidade, pois a absolutização de noções e princípios discutíveis pode parecer justificar o injustificável. Realidade essa ainda presente, da qual a II Guerra Mundial, Hiroshima e a escravidão são apenas alguns lembretes.

difundida nos meios educacionais mais básicos de ensino³⁶ - se reflete na unificação de ideologias políticas, sociais e principalmente jurídicas, em torno de um ente centralizador, o Estado. Momento em que se verifica também o completo abandono do sagrado e dos altares religiosos em detrimento do altar laico da crença absoluta no culto da Lei (GROSSI, 2004).

1.2. Fundamentos histórico-mitológicos: “liberdade, igualdade e fraternidade”

Aquele Estado iluminista, centralizador e legocêntrico provém daquela, que alçada aos grandes feitos da humanidade, dita digna de um lugar no Olimpo das Idéias, está ainda presente no imaginário político e social de todo o Ocidente, a Revolução Francesa de 1789. Fundamento histórico do Estado Liberal dentro da Europa Continental, a Revolução ainda inspira auspícios de uma liberdade épica da qual emergem os sonhos de direitos perfeitos, de liberdade, igualdade e fraternidade.

Maluf (2003), ao tratar do nascimento do Estado Liberal, refere-se ao acontecimento, sem poupar elogios e floreios, como digno de uma sociedade humana que abandona o estado de natureza para adentrar à época das luzes, da liberdade. Acontecimento em que as massas populares se ergueram contra o poder tirânico do monarca absolutista e centralizador, para, a partir de então, passar a integrar o corpo social em um patamar mais alto, frente a frente com o poder político, intitulado-se fonte desse mesmo poder político.

Mas e a história, o que diz? Talvez compartilhe dessa ode melodiosa em direção à liberdade; ou talvez não. De fato, o que se verifica na historiografia recente são pontos de vista diversos, que limitam, a partir de um posicionamento crítico, os fundamentos deste movimento. Assim, Grossi (2007) indica que apesar de ter sido efetivamente um evento formidável, a Revolução Francesa deve ser avaliada à distância, como um pensamento autenticamente crítico exige.

³⁶ A partir do momento que se verifica que uma construção da Modernidade é constantemente repetida por alunos que iniciam seu processo de aprendizado e de conhecimento, pode-se ter em mente a profundidade com que as ditas mitologias da modernidade estão arraigadas, entrelaçadas à época atual. Esse fato apenas faz fundamentar ainda mais a teoria de Paolo Grossi.

Bernet (200?, p.7) salienta, neste sentido, que a Revolução de 1789 não sucedeu como um “bloco de acontecimentos”, como se pensava, mas constituiu-se de uma “série ininterrupta de movimentos de diversas origens, com interesses freqüentemente contraditórios, cuja acumulação culminou num resultado que ultrapassou as intenções de grande parte de seus atores”.

Além disso, continua a historiadora francesa, ao final, cooptado pela burguesia, o movimento revolucionário utiliza-se do povo como seu instrumento. Ao mesmo tempo em que promove a abolição dos privilégios e a venda dos bens do clero, também “suprime as corporações de artesãos, priva os assalariados do direito de greve e de associação” (p.7), preparando-se o “esmagamento e a exploração do proletariado no século XIX”, tudo isso encoberto por ideais filosóficos, bem como pelos exemplos das revoluções liberais anteriores: a inglesa (1689-1670) e a americana (1776)³⁷.

E, dentro desse cenário conflituoso, movido pela busca do poder político surge, um tanto tardiamente, ao menos dentro da Europa Continental, o Estado-nação, caracterizado principalmente, conforme salienta Châtelet (1994), pelo fato de possuir uma representação política (o legislador divinizado de Rousseau) e uma população que pertence a um poder soberano, poder esse que emana dela própria e que a representa, ou seja, o próprio Estado.

Está, dessa forma, erigida uma grande mitologia moderna, galante em suas vestes ideológicas, que acabam por ocultar grande parte dos seus verdadeiros e mais relevantes fundamentos. E essas mitologias promovem, ainda hoje, a soberba de inúmeros teóricos, como se pôde observar alguns parágrafos acima.

Assim, Grossi (2007), indica que a Revolução Francesa se tornou um eficaz laboratório mitológico, pois pode-se verificar, historicamente, a ocorrência de uma dialética deformadora, representada pela absolutização e pela mitificação. O processo ocorre a partir do momento em que a crítica se afasta e o pensamento cognitivo dá lugar

³⁷ Dal Ri Júnior (2006, p.13) expressa no início de sua obra uma bela apresentação “literária” sobre a consolidação dos ideais revolucionários a partir do momento em que as *Lois des suspects*, de 1793 é aprovada, pois salienta que “finalmente o Estado Francês poderia contar com um instrumento de tutela jurídica apto a proteger o espírito da *Révolution*”. Esse instrumento, indo de encontro com os ideais revolucionários, de liberdade, igualdade, fraternidade previa a punição imediata de qualquer pessoa que fosse suspeita de conspirar contra o Estado. Mais uma antinomia verificada entre o mitológico discurso ideológico e a prática jurídica jacobina.

à mitologia, que facilmente se eleva ao estatuto de crença, e o fato histórico se transforma em mito e absolutiza-se, no sentido de não comportar alegações contrárias.

E dentro desse processo de mitificação, destaca-se o duradouro modelo sociopolítico-jurídico jacobinista, “armado com uma sólida couraça de mitificações” (GROSSI, 2007, p.127). Mitificações essa que passam a figurar como crenças absolutas, axiomáticas, que fundamentam um discurso jurídico-político que chega quase intacto até a atualidade, constituindo obstáculo “à livre adequação do direito aos sinais do tempo”.

Essas crenças, ainda de acordo com o professor florentino, obstaculizando o avanço do direito, manifestam-se dentro desse “sacro império” jacobino, de acordo com a idéia central de um Estado forte e centralizador, que tem como vocação transformar a sociedade e modelar o povo (GROSSI, 2007). Integram esse ideário estatalista dois comportamentos essenciais, quais sejam: i) a desconfiança do social “em cujo cerne circula rastejante um costume (...) incontrolável” e permeado de forças desviantes (forças sociais), desconfiança que se reflete na idéia da primazia da lei e, de certo modo, na hodierna teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico³⁸; ii) a confiança absoluta no político, que se condensa na também “absoluta reserva ao poder legislativo (isto é, político) da produção de direito” (GROSSI, 2004a, p.5).

Os reflexos desses dois comportamentos essenciais são aprofundados dentro da argumentação de Grossi (2007), ao afirmar que desses últimos surgem algumas conseqüências “pesadíssimas”, também integrantes do obstaculizante arcabouço mitológico moderno, quais sejam: i) uma “visão rigorosamente estatalista, ou seja, monistas, prevendo um único produtor do direito: o aparelho estatal”. Este possui em seu centro uma onipotente assembléia de representantes, que resolve o problema da soberania interna, pois condensa o poder que “emana” do povo, por meio da figura do mandato político; ii) a primazia da lei, mais corretamente aludido como “império da lei”, pois é esta a única fonte que, para o jacobinismo, expressaria a “vontade popular”.

A partir desse ponto, pode-se afirmar que um ciclo mitológico se fecha e, conforme anteriormente aludido, resolve a questão da soberania interna, pois: a **soberania**, poder que emana do povo, é expressada pela vontade geral, por intermédio de uma classe de pessoas, os legisladores, que recebem uma “procuração” da sociedade,

³⁸ Ver Bobbio (2006, p. 48 e ss.)

o mandato, que os legitima a representá-la e a materializar aquela vontade geral (portanto, soberana), na forma de leis, que por sua vez, e como conseqüência desse ciclo, só podem ser editadas pelo Estado, **soberano**.

Magnífica construção mitológica moderna, este ciclo coloca o povo no cerne do poder político, como fonte de toda a soberania, mas retira dele a capacidade ativa, dando-a ao Estado. E toda essa transferência de poder ocorre como se houvesse sido autorizada pelos próprios indivíduos, a partir do momento em que tornam alguns de seus “iguais”, procuradores da causa soberana, por meio do voto.

Mas, se “resolve” a problemática da soberania vista a partir do ponto de vista do Estado e de sua regulamentação, ou seja, soberania interna, o mesmo não se pode dizer quando se verifica essa própria soberania em contato com outras, ou seja, a soberania dentro da sociedade internacional de Estados: a soberania externa. Constituídas de círculos isolados, que se auto-atribuem a legitimidade exclusiva na produção do direito, a então recém nascida realidade internacional de Estados soberanos sofre com essa convivência problemática. Conforme Ferrajoli (2003), é justamente nos séculos XIX e XX que a soberania externa dos Estados atinge sua forma mais ilimitada, “manifestando-se mais do que nunca como equivalente internacionalista da liberdade selvagem do estado de natureza hobbesiano” (p.34).

Nesse cenário, em que se verifica uma identificação entre direito e Estado, torna-se inconcebível, no âmbito externo, a existência de um ordenamento jurídico internacional. E as conseqüências são relevantes: detentores do monopólio da força, tanto internamente, como externamente, os Estados caem, no âmbito internacional, dentro do que se poderia chamar de domínio do mais forte (FERRAJOLI, 2003, p.37).

Ferrajoli (2003) salienta ainda que, nesse cenário o Estado sacraliza-se, tornando-se o “Deus real” de Hegel. Além disso, “o Estado torna-se autônomo, no cenário internacional, até mesmo em relação a suas bases sociais, ou seja, aos povos e às pessoas de carne e osso” (pp.36-37).

Desse fato pode-se extrair duas conseqüências: a primeira, segundo Ferrajoli (2003, p.37), é a negação do próprio direito internacional, orientação exponenciada pela teoria monista de direito internacional amplamente difundida no século XIX, tendo em Hegel seu maior defensor. Tal teoria virá a sofrer resistência somente a partir da consolidação da teoria dualista de direito internacional, com autores como Anzilotti e

Heinrich Tripel, sendo oposta, por sua vez, por uma nova teoria monista, desenvolvida por Hans Kelsen, que contrária a de Hegel, fundamenta-se “na unidade do direito e no primado do direito internacional sobre o estatal; a segunda consequência, diretamente relacionada com a primeira e de grande relevância dentro da temática sobre sujeitos de direito internacional, é o fato de que, em face desse afastamento das bases sociais, o Estado passa a figurar como único sujeito legitimado a se manifestar dentro das relações interestatais, ou seja, único sujeito de direito internacional propriamente dito. E apesar de muitas vezes justificar seu posicionamentos com base em alegações de defesa de interesses nacionais, não utiliza outros critérios se não os interesses políticos que não raramente não condizem com a base social do Estado, seu fundamento e objetivo.

Assim, verifica-se que em grande parte das vezes, dentro da comunidade internacional, o Estado age sozinho. O afastamento de suas bases sociais, ou seja, de seu fundamento (como elencando por Ferrajoli) e a desconfiança do social (apresentada por Grossi) são extremadas, o que ocasiona uma das grandes antinomias do direito internacional hodierno: como único sujeito no âmbito internacional, o Estado se distancia de seus fundamentos e de seu constituinte principal, a população, defendendo interesses contraditórios e particularistas, tornando-se agente independente, livre para atuar como bem entender no cenário internacional.

As implicações do afastamento do Estado de suas bases sociais, da discussão Doutrinária acerca do binômio monismo-dualismo, e a sujeição internacional exclusiva a Estados soberanos estão intimamente relacionadas e além disso, possuem inúmeras implicações, como por exemplo a construção da teoria voluntarista de direito internacional, que necessariamente serão desenvolvidas com mais profundidade em estudos posteriores. No Entanto, o interessante aqui é ater-se-á à importante condição do conceito de sujeitos de direito internacional presente na teoria de DIP contemporânea.

2. Sujeitos de Direito

A construção Moderna na qual se baseia o conceito de sujeitos de direito internacional, refletiu negativamente nas relações interestatais ao longo dos séculos XIX e XX. Ainda hoje é plenamente válida, tanto que a condição unívoca de sujeitos de

direito internacional, atribuída aos Estados e repetida insistentemente na doutrina, sendo encontradas poucas vozes em contrário.

Uma rápida análise das principais doutrinas de direito internacional mostra uma visível uniformidade na abrangência do conceito de sujeitos de direito internacional. Esta uniformidade pode ser explicada, em um primeiro momento, pelo fato de que todas as obras consultadas, em maior ou menor grau, fazem referência ao conceito cunhado pela Corte Internacional de Justiça, de Haia, em seu “Parecer Consultivo de 11 de março de 1949 (CIJ, 1949). A importância de tal documento, como salientado anteriormente³⁹, refere-se à atribuição, inédita à época, de personalidade jurídica às Organizações Internacionais, procedimento esse que se utilizou da referida definição de sujeitos de direito como embasamento e justificativa.

O conceito trazido no bojo do documento indica que a personalidade jurídica se restringe a “entidades” (CIJ, 1949, p.08), sem, contudo, especificar a significação exata desse termo⁴⁰. Indica ainda que sujeito de direito internacional é aquele “capaz de possuir direitos e deveres, possuindo também a capacidade de manter seus direitos por meio de reclamações internacionais⁴¹” (CIJ, 1949, p.09).

Adiante, a Corte de Haia indica que essa capacidade de manter, ou melhor dizendo, capacidade de defender os direitos por meio de uma reclamação internacional – o que se dá, via de regra, por acesso às Cortes Internacionais ou aos Tribunais Arbitrais Internacionais – depende, no caso das OIs, da anuência do Estado que porventura venha a ser reclamado. Aqui se verifica claramente a vinculação a um dos princípios dominantes dentro da “sociedade relacional”; o princípio do voluntarismo em direito internacional.

Como poderá ser observado nas principais doutrinas de DIP, internacionais e brasileiras, esses conceitos se repetem, sem, contudo, sofrer muitas considerações por parte dos autores. Além disso, as definições de sujeitos de direito internacional observadas, na grande maioria dos casos, não fazem menção a essa referência.

³⁹ Verificar supra, item 5.

⁴⁰ Ao que tudo indica, o termo entidades é extensível apenas a pessoas jurídicas, conforme salienta Brownlie (1997).

⁴¹ Além do mais, como poderá ser observado adiante, o que diferencia as Organizações Internacionais de outros sujeitos internacionais em potencial, como indivíduos, organizações não-governamentais, empresas, sindicatos é essa capacidade de defender seus direitos mediante a proposição de ação junto aos organismos internacionais competentes. Nesse sentido, Seitenfus e Ventura (2003); Dihn et al. (2003).

Assim, Brownlie (1997, p.71), de maneira idêntica à da CIJ, indica que o sujeito de direito internacional é uma “entidade com capacidade para possuir direitos e deveres internacionais e com capacidade para defender seus direitos através de reclamações internacionais”. A exclusividade dada às entidades, como salienta o autor, de acordo com o direito costumeiro, é limitante, pois as capacidades conferidas só têm como destinatários, pessoas jurídicas, ou seja, Estados e algumas Organizações Internacionais compostas por esses mesmos Estados soberanos.

Dinh et al. (2003) indicam que outras entidades podem possuir personalidade jurídica internacional, mas que essa é sempre derivada da vontade Estatal⁴². O Estado sim é o detentor da personalidade jurídica propriamente dita, com todas as suas prerrogativas, pois possui um atributo exclusivo - a soberania - que lhe traduz características específicas muito particulares, dentre elas, a capacidade de concordar ou não com a sua vinculação às regras de direito internacional, ou dito de outra forma, o voluntarismo, característica essencial de DIP. Nesse sentido, colocam os autores que “derivado da vontade dos Estados, a personalidade jurídica das entidades não-estatais é – como essa vontade – eminentemente variável, mas sempre mais limitada do que a dos Estados⁴³ (p. 585)”.

Salientam ainda que apesar de se verificar uma personalidade jurídica derivada, há uma “diferença notável entre os sujeitos de direito que se explica pelas condições históricas do aparecimento do direito internacional” (DINH et al., p.413). Nesse sentido, colocam que a personalidade jurídica estatal deriva diretamente de sua existência como Estados e se caracteriza pela soberania, tomada como um fato indiscutível pelo direito internacional, enquanto que para os outros sujeitos de direito é o próprio DIP que lhes atribui a personalidade.

⁴² Dinh et al. citam, como exceção à regra de que as personalidades internacionais derivadas sempre dependem da vontade estatal, o caso dos direitos humanos, mormente o de autodeterminação dos povos, previsto na Carta das Nações Unidas. Porém, mesmo nesse ponto elencado, críticas contundentes são feitas, como observado em Ferrajoli (2002), ao acertadamente salientar-se que este princípio liberalizante (o da autodeterminação) submerge frente àquele contido no artigo segundo da mesma Carta, ou seja, o da igualdade soberana entre Estados, elevado a princípio fundamental da Ordem Internacional (ou, conforme DUPUY (1970), da sociedade relacional).

⁴³ Em seu texto, Dinh et al. (2003, p.585) colocam que a personalidade de entes não estatais é sempre mais limitada que a dos Estados, “pois esses últimos podem não ter querido confiar a outros capacidades tão completas como as suas – pelo menos enquanto não existir um Estado mundial”. Esse fato só vem a ratificar a predominância doutrinária da visão limitadora do voluntarismo do Direito Internacional.

Em sentido semelhante, Dupuy (1970), salienta que os Estados são os únicos sujeitos de direito internacional tradicionalmente reconhecidos como tal, e, como únicos detentores do poder [*superiorem non recognoscens*], “não dispensam, senão com reticências” (p.40), seus privilégios. Assim, acaba também tocando na questão do voluntarismo do DIP, que permeia toda a teoria internacionalista e engessa qualquer vislumbre de avanço.

Autores brasileiros de direito internacional indicam, de forma bastante semelhante àquela dos autores já citados, que sujeito de DIP é toda entidade jurídica que goza de direitos e deveres internacionais e que possua capacidade de exercê-los. Accioly (1998) coloca que esta noção foi definida pela Corte Internacional de Justiça, em 1949, em seu parecer consultivo de 11 de março, alegação que se verifica, mesmo no que diz respeito ao uso do termo “entidades” (CIJ, 1949, p.8), como anteriormente salientado.

Rezek (2002) também se utiliza do conceito trazido pela CIJ para definir o que vem a ser um sujeito de direito internacional e assevera que apenas Estados e Organizações Internacionais - portanto, entidades, pessoas jurídicas - possuem personalidade jurídica internacional. Mattos (2002), por sua vez, permanece praticamente silente sobre a conceituação de sujeitos de direito, dedicando apenas duas linhas de seu texto para tocar a questão, momento esse em que alude ao não exclusivismo estatal, apesar de que este ente seja o principal sujeito de DIP.

Seitenfus e Ventura (2003), dentre os autores brasileiros consultados, analisam o tema de maneira mais cuidadosa⁴⁴, indicando, no entanto, que os sujeitos de DIP propriamente ditos são aqueles que têm capacidade de agir no cenário internacional, ou seja, estão resumidos aos Estados e a algumas OIs, denominadas (em clara alusão à teoria voluntarista de DIP) sujeitos derivados [da vontade estatal].

Verifica-se, portanto, que das obras analisadas, poucas se dedicam com profundidade ao tema. Apesar da distância cultural, temporal e jurídica que se constata entre os autores, pode-se observar concordâncias fundamentais no que tange à conceituação de sujeitos de DIP, principalmente naqueles pontos essenciais da definição

⁴⁴ Provavelmente façam essa análise mais profunda face à fundamentação teórica de Relações Internacionais (RI) que ambos os autores possuem. Assim, pode-se previamente destacar a relevância da teoria de RI dentro de uma discussão sobre sujeitos de DIP que procure fugir do lugar comum e busque novos horizontes argumentativos e conceituais.

trazida pela Corte de Haia, quais sejam: a) os Estados são os sujeitos internacionais, por excelência; b) os outros sujeitos, ou seja, as Organizações Internacionais possuem personalidade jurídica internacional, porém, limitada, o que se reflete em uma condição de sujeito de direito internacional também limitada; c) a validade e importância, mesmo que indiretamente aludidas, do voluntarismo de DIP.

Fruto de uma análise apressada e superficial poder-se-ia concluir que, face à uniformidade no pensamento doutrinário internacionalista acerca da abrangência e dos fundamentos do conceito de sujeitos de direito internacional, não pairam dúvidas no que se refere à credibilidade dessa temática, mas diversa é a realidade que se apresenta, principalmente quando da aplicação de duas considerações:

a) A construção conceitual explicitada é fruto de uma realidade histórica que originou mitologias jurídicas que permeiam o imaginário jurídico hodierno - a Modernidade - o que restou indicado na parte inicial do texto, o que leva à segunda consideração;

b) Esta mesma conceituação não se coaduna com as exigências da vida internacional, sendo fundamentada que é em preceitos mitológico-jurídicos, pois a exclusividade estatal no âmbito internacional provoca inúmeras contradições. Se, como se demonstrou, o Estado permanece afastado de suas bases sociais enquanto sujeito de DIP, os ganhos obtidos com a ONU se tornam relativos, pois a sua implementação fica dependente de razões e lógicas estatais, que não têm se mostrado muito responsáveis nos últimos três séculos. Há, portanto, a necessidade de se encontrar uma teoria que se olhe além, sobre essas crenças modernas que permeiam ainda o imaginário jurídico hodierno. Felizmente, o uso da teoria histórico-crítica de Grossi naturalmente conduz a outro ilustre professor italiano, Santi Romano, e sua teoria das instituições ou do institucionalismo jurídico.

3. A teoria institucionalista de direito

Norberto Bobbio, conceituado jurista italiano, em sua obra “Teoria da Norma Jurídica”, traz, ao promover uma análise dos sistemas de direito, um título sobre a teoria institucionalista, mormente a italiana. A despeito das críticas (não muito incisivas) em

relação à teoria em questão, o autor afirma que o principal benefício trazido por Santi Romano foi o fato de que se verificou, a partir de então, o alargamento da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado.

Essas “fronteiras” estatais podem ser ultrapassadas pelo institucionalismo, pois constitui um arcabouço teórico eminentemente pluralista (BOBBIO, 2005, p.30), ou seja, reconhece a produção do direito em regiões fora do centro de poder político estatal e, como reflexo desta característica, surgem outras; o institucionalismo jurídico é anti-estatalista, anti-legalista e pode ser considerado também como uma teoria sociológica do direito.

Ao que já se aludiu anteriormente, a construção mitológica do direito, influenciou, como reflexo imediato da sacralização do Estado e da lei, a formação do conceito de sujeitos de direito internacional hodierno. Nesse ponto, observou-se no plano estatal interno a criação de um “Estado-deus” e externamente, a criação de um Estado autônomo, distante de suas bases sociais e das “pessoas de carne e osso” (FERRAJOLI, 2002).

Assim, ao se verificar que as estruturas mencionadas são parte de um processo que culminou na construção de um conceito inadequado às necessidades atuais de DIP, resta buscar outra maneira de se verificar a realidade jurídica, outra lente teórica que permita a utilização de conceitos mais adequados, como aqui se verifica ser o caso da teoria institucionalista de direito, pois esta é anti-estatalista e anti-legalista (contrapõe-se ao “Estado-deus”) e reflete o nascimento do jurídico dentro do social (mantém as bases sociais, as pessoas de carne e osso dentro do discurso jurídico).

Nascida dentro da denominada escola sociológica do direito francês, com forte influência de alguns dos mais famosos teóricos franceses da época (Durkheim, Duguit), a teoria das instituições tem seu princípio, na forma que se prolongará a Maurice Hauriou e finalmente a Santi Romano (VILLEY, 2003).

Hauriou (1968) inicia sua obra fundamental se contrapondo ao posicionamento normativista-estatalista - que chegavam ao seu auge em finais do século XIX - aduzindo que o direito não se originaria somente do Estado. Explicava que as regras consuetudinárias não poderiam ser relacionadas com a vontade desse Estado centralizador, não sendo obra de nenhum ente soberano. Aludia também, como claro indício de característica sociológica de direito, que nem sempre se verificou a existência

de Estados, sendo que na maioria do tempo, a existência da sociedade humana se deu dentro dos clãs, das tribos, próximos aos senhores feudais, aos chefes, à família (p.34).

Assim, Hauriou (1968, pp. 39-40) entendia como determinante se definir qual seria o momento criador do direito e então passa a desenvolver a idéia de instituição.

Assim, a instituição, seria:

(...) uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa idéia, se organiza um poder que procura seus [da instituição] órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessados na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgão do poder e regulamentadas por procedimentos [nasce então o direito].

Verifica-se, a partir dessa conceituação a presença de três elementos essenciais da teoria da instituição, quais sejam: 1) a idéia de obra a se realizar dentro do grupo social; 2) o poder organizado posto a serviço dessa idéia; 3) as manifestações de comunhão produzidas dentro do grupo social, em direção à sua realização (HAURIOU, 1968, p.41).

Pode-se observar que esta idéia organizada dentro de um grupo social, reflete-se sobremaneira nesse conjunto de indivíduos, que, segundo Hauriou, são os denominados 'sujeitos da idéia'. Estes últimos seriam aqueles membros de instituições que carregam em si a idéia dessa instituição e se tornam sujeitos desta idéia, pois carregam em si os riscos e a responsabilidade de seu êxito (p.46). O sujeito é, para a teoria institucionalista, o portador da idéia e o responsável (e imediatamente interessado) no sucesso desta.

Santi Romano, talvez o mais ilustre e conhecido jurista institucionalista, em face de sua importância e difusão dentro da formação jurídica italiana, desenvolve os conceitos de Hauriou e os materializa dentro de uma grande teoria de direito, verificada em seu "Ordenamento Jurídico". Nesta obra, Romano (PRELO, p.24) estabelece que o direito como instituição deva conter três elementos, quais sejam: i) deve retornar ao conceito de sociedade, ou seja, tudo o que não supera, ou que permanece no âmbito individual não é direito (*ubi ius ubi societas*), e que não há sociedade sem direito (*ubi societas ubi ius*); ii) o direito deve conter a idéia de ordem social, o que serve para excluir toda manifestação que recorra à força ou ao puro arbítrio; iii) O direito não advém da existência de qualquer norma, ou seja, não é um conjunto de normas. Antes de ser norma é organização.

Bobbio (2005, p.29), comentando a orientação de Romano, indica que:

Pode-se dizer, em síntese, que para Romano existe direito quando há uma organização de uma sociedade ordenada ou, em outras expressões análogas, uma sociedade ordenada através de uma organização, ou uma ordem social organizada. Esta sociedade ordenada e organizada é aquilo que Romano chama de instituição.

Efetivamente, para Romano (PRELO, p.12), instituição é toda entidade ou corpo social, o que pode ser entendido, conforme salienta Bobbio (2005), como uma sociedade ordenada e organizada, já que para o primeiro autor, o corpo social é necessariamente uma entidade organizada e ordenada, e não uma simples relação entre indivíduos (ROMANO, PRELO, p.25)

Transportando sua teoria da instituição para o âmbito do direito internacional, Romano (1939) assevera, já no início da obra, que a concepção inadmissível de que o direito seria unicamente derivado dos Estados (uma mitologia jurídica da modernidade, como já se viu) nega a existência da comunidade internacional como ente jurídico, bem como nega a autonomia de DIP. Muito em função dessas orientações iniciais, e se relacionando intimamente com a teoria institucionalista - que, como já observado, é contrária ao normativismo estatalista, sendo, portanto pluralista - Romano (1939) nega também a teoria voluntarista de DIP, argumentando que a sociedade internacional se caracteriza por uma sociedade organizada, tratando-se, portanto, de uma instituição, e como tal, origina seu próprio direito ordenador (DIP), não havendo, então, a possibilidade de se aceitar ou não a sujeição às regras de DIP.

Nesse sentido, assevera que “o direito internacional é um ordenamento que se solidifica (...) em uma comunidade unitária, isto é, uma instituição ou ente que se distingue dos elementos singulares que a constituem” (ROMANO, 1939, p.17). A negação do voluntarismo seria, então, uma consequência imediata da aplicação das teorias institucionalistas ao direito internacional, o que se reflete diretamente na questão dos sujeitos de direito internacional.

Ao que se pode observar, as contribuições da teoria institucionalista em um estudo amplo, sério e crítico sobre os sujeitos de direito internacional são inúmeras. A negação do estatalismo, da legolatria e a afirmação do pluralismo jurídico como regra na sociedade são elementos essenciais para um aprofundamento das análises em direito e mais ainda para uma redefinição dos arcaicos conceitos que permeiam e fundamentam o discurso internacionalista, muitas vezes vazio e hipócrita. Porém, há que se adaptar

esse arcabouço teórico herdado dos mestres Hauriou e Romano, pois suas análises contêm alguns pontos discordantes, talvez mesmo, em relação à sua própria construção teórica, o que ocorre como resultado da época e do contexto em que foram criadas.

Para Romano, por exemplo, o indivíduo não poderia ser sujeito de direito internacional, cabendo essa capacidade apenas às entidades políticas, pois política é a comunidade internacional (ROMANO, 1939), o que na época do jurista italiano resultaria que apenas Estados e entidades semelhantes poderia ser assim conceituados. Isso ocorre, pois para Romano, o direito internacional possui como interessados apenas os Estados e suas regras são voltadas somente a eles, o que parece ser, na primeira metade do século XX uma posição bastante aceitável.

Hoje, no entanto, esse ponto de vista estaria em desacordo com os próprios fundamentos da teoria institucionalista, pois o direito internacional tem claramente como interessados diretos, os indivíduos que compõe essa universalidade denominada humanidade. A partir da criação da ONU, o indivíduo humano passa a ser o foco do direito internacional, em detrimento dos interesses estatais, e essa condição - que hoje se reflete na criação e atuação de inúmeros novos sujeitos no cenário internacional, como as organizações do Terceiro Setor, os sindicatos, as federações internacionais, as associações, a instituição denominada “opinião pública internacional, etc. – passa a ser o foco de contradições desse direito internacional, em que a teoria é magnífica, mas que, sem as ferramentas necessárias ao seu funcionamento, vira refém da prática incauta e restritiva das relações de poder e interesse entre aqueles entes míticos, porém afastados dos interesses das sociedades que os compõem, os assim ditos Estados soberanos.

Um dos precursores da teoria sociológica do direito e conseqüentemente das bases da teoria institucionalista parece indicar em sentido favorável a essa visão “renovada” que hoje se espera do institucionalismo, principalmente no âmbito de aplicação do direito internacional. Leon Duguit (2003), em seu “Fundamentos do Direito” se aproxima de Grossi, ao indicar que a construção do Estado como pessoa possui um vício irremediável, pois baseia-se em uma concepção metafísica (uma crença, diria Grossi), sendo uma construção jurídica fundamentada em velhos conceitos escolásticos e extracientíficos (para o autor florentino, uma mitologia)⁴⁵. No entanto, o

⁴⁵ Apesar de não se verificar uma identificação conceitual propriamente dita, entre Duguit e Grossi, em face da óbvia distância temporal que os separa, a relação entre o desenvolvimento da teoria sociológica

mais interessante aparece pouco mais adiante, quando o autor indica que a construção jurídica do Estado, para ter valor, deve se fundar em realidades concretas (o agrupamento social), e que:

“(...) as teorias do Estado-pessoa e da soberania-direito de modo algum correspondem a essas condições, visto implicar que o Estado tem uma personalidade distinta dos indivíduos que a constituem [a realidade concreta], e que esta personalidade, pela sua essência, é dotada de vontade superior a todas as vontades individuais e coletivas que se encontram num dado território, constituindo essa superioridade de vontade a soberania de direito. Ora, estes conceitos são puros conceitos do espírito, destituídos de qualquer realidade positiva (p. 47).”

De fato, como se verificou, o Estado, dentro da sociedade relacional, se torna antinômico ao se afastar de suas bases sociais – as realidades concretas de Duguit. Essa personalidade distinta e superior que se forma, ou soberania (e todas as suas decorrências dentro da teoria de direito internacional, como igualdade soberana de Estados, voluntarismo, etc.) se contradiz ao ponto de tornar a sociedade internacional antinômica, para se dizer o mínimo, pois fundamentada no ser humano, consegue apenas defender o interesse do Estado. E uma nova mitologia jurídica surge, pois a sociedade internacional, com suas vestes humanitárias deixa transparecer sua face quando apenas responde às razões de seus membros mais importantes⁴⁶. E essa mitologia político-jurídica, conforme indicou Grossi (2007) permanece hermética e assim impede a “livre adequação do direito aos sinais [e necessidades] dos tempos”.

Hoje, as questões de maior relevância para a humanidade apenas podem ser resolvidas em âmbitos que superam os limites estatais. A nação perde força para dar lugar à humanidade, pois os perigos e ameaças à permanência do ser humano na Terra (como diria Hans Jonas) se ampliam e não conhecem fronteiras, e os Estados, como interlocutores dos interesses dessa humanidade não têm se mostrado muito capazes. Se, como bem salientou Hauriou (1968), sujeitos de direito são os membros de instituições que carregam em si os riscos e a responsabilidade do êxito da instituição, tem-se como

e a presença de uma ferramenta crítica, fundamentalmente histórica, já na época de Duguit, mostra como Grossi se interliga ao discurso institucionalista e a este fornece suas bases.

⁴⁶ Que humanitarismo é esse que permite a morte de 500.000 crianças iraquianas, decorrente não da guerra, mas sim de sanções econômicas autorizadas pela própria ONU? Na balança, qual interesse que prevaleceu? Infelizmente esse não é o único exemplo que poderia ter sido escolhido para figurar nesta nota!

única conclusão óbvia que os indivíduos (e as instituições que defendem seus interesses) são, de regra, os legítimos sujeitos de direito internacional.

A humanidade é, sem sombra de dúvida, um grande corpo social e como tal, segundo a teoria institucionalista, possui sujeitos, que são os indivíduos. Além disso, existem problemas e necessidades específicos que devem ser tratados por esses sujeitos dentro da vida internacional, se tornando mesmo, “exigências da vida internacional” como salientado pela Corte de Haia, exigências essas que deveriam influenciar o desenvolvimento do DIP, como outrora já ocorreu. Mas há que se superar aquelas mitologias que obstaculizam a evolução do direito e o fazem correr o risco de cair no vazio de suas próprias inadequações e incoerências. Esse é hoje, o grande e decisivo desafio do direito internacional.

Considerações finais

Ao ler, diariamente as notícias internacionais, decepção é a palavra que me vem à cabeça. Decepção com as políticas estatais, com o posicionamento frio das organizações internacionais frente às mais claras atrocidades levadas a cabo contra essa grande característica comum aos povos, a humanidade. Enquanto a ciência avança, a política e conseqüentemente, o direito, permanecem reféns dos arcaicos interesses que ainda se utilizam, com estrondoso sucesso, dos fundamentos mitológicos que ajudaram a criar. Nesse cenário, o próprio direito internacional é uma mitologia, e as esperanças morrem nesse mar violento das relações interestatais.

Porém, uma saída há, indicando a necessidade de se encontrar meios para trazer os pressupostos teóricos do direito internacional do pós-guerras para a prática internacional. E isso significa, em outras palavras, abrir o hermético e falido sistema internacional às necessidades e interesses da humanidade, ou seja, definir os âmbitos de atuação para esses não tão “novos” sujeitos de direito internacional. Assim, pluralismo e visão crítica são as chaves dessa caixa de surpresas, posicionamentos esses já há muito tempo defendidos por teóricos como Hauriou, Romano e Paolo Grossi.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 1998.

BERNET, Anne. A Revolução 1789-1793. *Rev. História Viva – Grandes Temas: Revolução Francesa*, 200?, n. 2, p.7. ISSN 1679-8872.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 2006.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

CHATELET, François. *História das Idéias Políticas*. São Paulo: Jorge Zahar.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e Seus Inimigos: A repressão Política na História do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Campinas: LZN, 2003.

DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Lisboa: Arcadia, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. A Formação do Jurista e a Exigência de um Hodierno Repensamento Epistemológico. *Rev. da Faculdade de Direito da UFPR*, 2004a, vol. 40, pp. 5-25. ISSN 0104-3315.

GROSSI, Paolo. *El Punto y la Linea: historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo* (artigo entregue pelo autor em congresso, não publicado), 200?a.

_____. *Globalização e Pluralismo Jurídico*. (Artigo traduzido para o português, por Arno Dal Ri Júnior, ainda não publicado), 200?b.

_____. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

_____. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HAURIOU, Maurice. *La Teoria de la Institucion y de la Fundacion*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

ICJ. *Reparation for Injuries Suffered In The Service of the United Nations – Advisory Opinion Of April 11th*, 1949. Haia: International Court of Justice, 1949.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRA MATTOS, Adherbal. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROJO, Margarita Beladiez. *Los Principios Jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.

ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1939.

_____. *Frammenti di un Dizionario Giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953.

_____. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux (no prelo).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. Rev. *European Journal of International Law*, 1990, vol. 1, n. 1, pp. 193-209. ISSN 1464-3596.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZICCARDI, Piero. *As Doutrinas Jurídicas de Hoje e a Lição de Santi Romano: O Direito Internacional*. (Tradução em português, ainda não publicada).

_____. *La Costituzione Dell'Ordinamento Internazionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000.

OS NOVOS ATORES DO DIREITO INTERNACIONAL COMO EXPRESSÃO DA COMPLEXA COMUNIDADE INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO

Beatrice Guimarães
Nóbrega*

Resumo: O institucionalismo de Santi Romano propõe uma definição de “instituição”, que corresponde tanto aos entes desprovidos de personalidade jurídica, como a “comunidade internacional”, quanto os ente que a possuem, como organizações não-governamentais. Tais instituições caracterizam-se por sua autonomia relativa, o que possibilita que as mesmas estabeleçam relações entre si. Ao se relacionarem as instituições assumem características fundamentais segundo as quais Romano apresenta uma classificação. Dentre esta classificação, encontram-se as instituições complexas, que correspondem a “instituição de instituições”. A comunidade internacional, então, corresponde a uma “instituição de instituições”, onde os novos atores do direito internacional, enquanto instituição, podem ser considerados como uma expressão dessa complexidade.

Palavras-chave: instituição; comunidade internacional; instituição complexa; novos atores do direito internacional.

Resume: *The institutionalism propose by Santi Romano brings another definition of the word “institution”. In accordance with this definition as the international community, as the no-governmental organizations, are “institutions”. Moreover, this institutions, because of their characteristic relative autonomy, enter into reciprocal relationship. In this context, Romano expose a classification about the institutions relationship. Thus, among these the “complex institution” is a “institution of institutions”. Then, the international community means one of this “institution of institutions”, where the new actors of the international law can be considered as an expression of this complexity.*

Key-words: *institution; international community; complex institution; new actors of the international law.*

Zusammenfassung: *Der Institutionalismus von Santi Romano schlägt eine Definition für Institution vor, die sowohl den Wesen ohne Rechtspersönlichkeit entspricht, wie z. Beisp. die “Völkerrechtsgemeinschaft“, als auch denjenigen Wesen mit Rechtspersönlichkeit, wie z.Beisp. nicht staatliche Organisationen. Kennzeichnend für diese Institutionen ist ihre relative Autonomie, die es erlaubt, dass sie untereinander Beziehungen aufnehmen. Bei diesen Beziehungen übernehmen diese Institutionen grundlegende Eigenschaften, laut denen Romano eine Klassifizierung darstellt. Unter dieser Klassifizierung stehen die komplexen Institutionen, die einer „Institution der Institutionen“ entspricht. Die „Völkerrechtsgemeinschaft“ entspricht somit einer „Institution der Institutionen“, wo die neuen Darsteller des Völkerrechts während Institution für einen Ausdruck dieser Komplexität gehalten werden können.*

Schlüsselwörter: *Institution; Völkerrechtsgemeinschaft; komplexe Institution; neue Darsteller des Völkerrechts.*

* Mestranda em Direito – área de concentração em Relações Internacionais – na Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC. Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Curitiba, PUC/PR. e-mail: beatricegn@gmail.com

Introdução

O dinamismo do cenário internacional pode ser observado não tão-somente pela impossibilidade de se obstruir o fator tempo. Mas sim, pela observação de determinadas manifestações as quais na medida em que dependem, acompanham o movimento do fator tempo na transformação do fator espaço. Esse espaço é a comunidade internacional, onde tais manifestações podem ser denominadas como “novos atores”. Novos atores que lentamente vêm agregando a sua indiscutível atuação nas relações internacionais, o reconhecimento de sua atuação pelo direito internacional.⁴⁷

Desse modo, os novos atores do direito internacional além de revelarem o dinamismo do cenário internacional vêm a expressar a complexidade da comunidade internacional. Complexidade não no sentido de algo confuso ou complicado. Mas sim, no sentido algo maior que abranger ou encerrar diversas partes. Particularmente, no sentido proposto pelo jurista italiano Santi Romano ao considerar a comunidade internacional como uma “instituição complexa”. Uma instituição de instituições, onde determinados atores do direito internacional podem ser então identificados com tais instituições.

O presente escrito, portanto, se volta à questão dos novos atores do direito internacional como uma possível expressão da complexa comunidade internacional, partindo de concepções presentes no institucionalismo de Romano. Para tanto, primeiramente será apresentada a concepção romaniana de “instituição”: sua identificação com o ordenamento jurídico; sua distinção do institucionalismo francês e suas características fundamentais. Na seqüência será abordada a noção romaniana de comunidade internacional sua identificação como uma instituição; suas características fundamentais; e, sua posterior manifestação por meio de normas jurídicas. E por fim, discorrer-se-á sobre a questão dos novos atores do direito internacional como expressão

⁴⁷ Nessa perspectiva, vale mencionar a distinção entre o objeto de conhecimento das disciplinas: relações internacionais e direito internacional, “As relações internacionais seria uma disciplina que observa a vida internacional. Realiza estudos científicos dos fenômenos cuja significação transcende as fronteiras de um Estado. O direito internacional seria um objeto de estudo das relações internacionais. Ao direito internacional cabe ordenar do ponto de vista formal as relações internacionais.” In: SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao direito internacional público**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 28.

da complexa comunidade internacional: quais seriam alguns desses novos atores, dentre os quais será destacada as organizações não-governamentais; a identificação desses novos atores como instituição, no sentido proposto por Romano. Nesse contexto, será exposta a classificação acerca das características fundamentais que as instituições possam vir a assumir ao relacionarem-se entre si, destacando a classificação de instituição “complexa”. Uma vez que Romano considera a instituição “comunidade internacional” como complexa, na qual, os novos atores do direito internacional que a compõe, vem a expressar sua complexidade institucional.

1. A concepção de instituição segundo Santi Romano

Alicerçado em posicionamentos contrários ao formalismo jurídico,⁴⁸ o jurista italiano Santi Romano (1857-1947) destaca-se como um dos expoentes do institucionalismo.⁴⁹ Ao apresentar sua respectiva concepção de ordenamento jurídico Romano não a reduz a tão-somente normas jurídicas.⁵⁰ O direito manifesta-se

⁴⁸ O século XIX, acompanhando a crescente preocupação acerca da secularização do direito juntamente com a de reconhecer o homem, dotado de razão, como juiz frente à natureza, é marcado por um posicionamento jurídico formalista, que se afasta cada vez mais de concepções jusnaturalistas. A adoção de tal modelo positivista de ciência aponta tanto para a observação empírica quanto para a experiência dos fatos como os meios de se obter o conhecimento científico. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 188. Enquanto proposta paradigmática, a filosofia jurídica positivista de tal período, constituiu-se sob certos princípios que repudiam “[...] conceitos valorativos (construções metafísicas, racionalistas e jusnaturalistas), [...]”, enaltecendo formalidades ao exigir um rigor técnico na produção do direito como construção lógico-sistemática, limitando esta produção à vontade estatal que se perfaz por meio de normas jurídicas. In: *Idem, ibidem*, p. 192. Vale mencionar que as seguintes escolas, do positivismo jurídico característico de tal período, são destacadas por Wolkmer, a escola da Exegese Francesa, a Escola Analítica Inglesa e a Escola do Formalismo Conceitual na Alemanha. In: *Idem, ibidem*, p. 192-199. Nesse sentido, Ago destaca a corrente normativista, fortemente presente na escola alemã, segundo a qual “[...] substancialmente, todo o direito é direito positivo no sentido de direito “posto”, exceto [...] a inconhecível norma base, devendo esta ser considerada como uma hipótese indemonstrável, ou como um postulado, ou como uma norma moral”. In: AGO, Roberto. **Direito Positivo e Direito Internacional.** Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 24-25.

⁴⁹ Quanto à contribuição de Romano na construção do conhecimento jurídico, Billier ressalta que “[...] é preciso fazer justiça à incontestável originalidade da doutrina de Santi Romano, que soube desenvolver-se em uma época em que os enfoques sociológicos do direito estavam quase totalmente ausentes na Itália e quando Kelsen estava a ponto de forjar sua concepção normativista.” In: BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **As teorias antiformalistas.** In: _____. **História da filosofia do direito.** Baurueri, SP: Manole, 2005. Cap. 7, p. 336.

⁵⁰ Das definições já propostas, segundo Romano, ainda que possuam algum ponto em comum, como a assertiva de que o “[...] direito constitui uma regra de conduta [...]”, restam por insuficientes, ao levar a

materialmente em momentos anteriores a estas, ampliando os limites que o definem. A primeira manifestação do direito, segundo Romano, corresponde à instituição. O direito é instituição e esta “[...] é a primeira, originária e essencial manifestação do direito”.⁵¹

O vocábulo “instituição” é trazido por Romano para a esfera jurídica, ainda que sob certa influência de concepções limitadas já aduzidas na terminologia técnica do direito.⁵² Contudo, o autor italiano a atribui uma outra conotação, ampliando-a, a ponto de a mesma ser equiparada com a própria definição de direito.

Romano uma vez identificado como um dos precursores do institucionalismo, destaca a distinção que se apresenta entre sua respectiva concepção de “instituição” da proposta por outro institucionalista, o sociólogo francês Maurice Hauriou (1856-1929). Este de certo modo influenciou o jurista italiano ao fornecer conceituações basilares para a construção do conhecimento jurídico antiformalista. Para Romano, o conceito de “instituição” identifica-se como o próprio direito, ambos correspondem a um fenômeno homogêneo. Trata-se de uma concepção que diverge daquela fornecida por Hauriou. De acordo com este autor, uma instituição apresenta três elementos essenciais, quais sejam,

[...] uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização desta idéia, se organiza um poder que proporciona os órgãos necessários; por outro lado entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos.⁵³

Para Hauriou, dois são os tipos de instituições: as que se personificam como os Estados, denominadas de corporações; e, as que não se personificam, como as

uma visão reducionista do direito tão-somente enquanto norma jurídica. Considerando tal “[...] inadequação e insuficiência [...]”, Romano se propôs a traçar uma definição do direito, a qual, não exclui o ponto de convergência das demais, mas sim, integra outros elementos que “[...] parecem ser essenciais e característicos [...]” para o contorno do direito. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 09-10. Cabe advertir que, para efeitos do presente trabalho, ao que concerne as menções referentes a Romano, as expressões norma jurídica e lei, serão consideradas como sinônimas.

⁵¹ *Idem*, p. 38.

⁵² Dentre tal influência, pode-se apontar a da concepção de instituição feita por Hauriou, conforme será exposto por conseguinte.

⁵³ HAURIU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968. p.39. Livre tradução do original: “[...] *una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos*”.

instituições coisas como as regras de direito socialmente estabelecidas.⁵⁴ A respeito de tais elementos presentes nas instituições que se personificam, ou as também denominadas corporações, Hauriou tece as seguintes considerações: primeiramente, quanto “à idéia de obra a realizar em um grupo social”, esta se caracteriza por ser o elemento mais importante de toda instituição, uma vez que todo corpo constituído é para a realização de uma obra, não se confundindo porém com a idéia de fim ou com a de função da instituição. Uma vez que a obra a realizar, ou “idéia diretriz”, é interior, vai além das funções de uma instituição e possui uma existência objetiva quando propagada no meio social. Competindo, enfim, aos membros de tal instituição levar tal idéia diretriz (sujeitos desta), no caso dos Estados, por exemplo, tanto os cidadãos quanto os órgãos do governo correspondem aos sujeitos desta idéia.⁵⁵ No que concerne ao segundo elemento, ou seja, o poder organizado posto a serviço desta idéia para que a mesma se realize, tomando a instituição Estado como referência, tal organização corresponde, segundo Hauriou, à separação dos poderes a fim realizar sua respectiva idéia diretriz. Este poder deve ser compreendido como de direito suscetível de criar o próprio direito. Conseqüentemente, desta organização dos poderes torna-se possível a produção do direito. A instituição, assim, consoante à concepção de Hauriou, identifica-se como fonte primeira deste. Encontrando-se, contudo, submetida à idéia a realizar.⁵⁶ Por fim, o terceiro elemento presente nas instituições ditas corporações corresponde às manifestações de comunhão que se produzem em um grupo social relativo a sua idéia e a sua realização. Neste, considerando o Estado enquanto instituição, tais manifestações advém tanto de seus membros (cidadãos) como dos órgãos do governo, uma harmonização de vontades. Desse modo as consciências seriam levadas em consideração individualmente e não coletivamente. Perfaz-se uma pluralidade de consciências individuais que, por um fenômeno de interpsicologia, movem-se conjuntamente em direção a uma idéia comum, uma comunhão, à luz da idéia diretriz.⁵⁷

O ponto contrastante entre a concepção romaniana e a de Hauriou no que se refere à “instituição”, corresponde, portanto, a identificação desta como próprio direito

⁵⁴ *Idem*, p. 40-41.

⁵⁵ *Idem*, p. 41-47.

⁵⁶ HAURIU, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion**. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968. p. 47-49.

⁵⁷ *Idem*, p. 49-51.

proposta por Romano. Desse modo, o autor italiano se opõe à identificação desta como fonte, tal como aduzida por Hauriou.⁵⁸ Enquanto organização social e direito possuem o mesmo sentido para Romano, a organização social, ou melhor, o segundo elemento presente em dada instituição, no entender de Hauriou, se encontra em um momento pré-jurídico, fazendo com que o direito venha a ser visto como produto de tal organização.⁵⁹ Em tal momento, a idéia diretriz está em estado de objetividade, momento de incorporação da instituição, a qual vem a se personificar quando esta idéia passa para o estado de subjetividade, expresso pelos atos de vontade consciente, das manifestações de comunhão dos membros de uma agrupação corporativa, por meio da intervenção de algum dos órgãos de governo, como por exemplo, a lei.⁶⁰ A manifestação do direito, enfim, segundo Hauriou ocorre em um momento posterior a organização da instituição.⁶¹

⁵⁸ Consoante os dizeres de Romano “[...] não acreditamos que a instituição seja fonte do direito, e que conseqüentemente este seja um efeito, um produto da primeira, mas acreditamos que entre o conceito de instituição e o de ordenamento, considerado no seu todo e integralmente, existe uma perfeita identidade”. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. P. 31 Ainda acerca da distinção de concepção de instituição entre Romano e Hauriou, a questão da “necessidade”, é assim apontada por Tarantino como ponto divergente entre ambas concepções mencionadas. Aduzindo Tarantino que na concepção romaniana a necessidade identifica-se como fonte do direito, (conforme será abordado na secção 1.1.5, do presente trabalho), já na concepção atribuída por Hauriou a necessidade não encontra espaço, uma vez que o objetivo de instituição, segundo este, “[...] era o de demonstrar que o direito nasce da organização de um poder em torno de uma idéia”. In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico: interpretazione della dottrina di Santi Romano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p.30. Livre tradução do original: “[...] nell’istituzione romaniana, il diritto non è un prodotto sociale próprio perchè la necessita è fundamento del diritto e diritto essa stessa. Nell’istituzione dell’Hauriou, invece la necessita non può trovare spazio, poichè scopo dell’istituzionalista francese era quello di dimostrare che il diritto nasce dall’organizzazione di un potere attorno ad un’idea”.

⁵⁹ Nos dizeres de Hauriou, “Somente o poder organizado pode criar situações jurídicas, e somente este pode mantê-las, ou melhor: a realização social de uma idéia de obra ou de empresa não pode obter-se se não se cria e mantém situações jurídicas nela e em torno dela”. In: HAURIU, Maurice. *La teoria de la institucion y de la fundacion*. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968. p. 60. Livre tradução do original: “Solo el poder organizado puede crear situaciones jurídicas, y solo él puede mantenerlas; ahora bien: la realización social de una idea de obra o de empresa no puede obtenerse si no se crean y mantienen situaciones jurídicas en ella y en torno de ella”.

⁶⁰ HAURIU, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion**. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968. p. 61-62.

⁶¹ Romano não ignora a contribuição de Hauriou para a construção do conhecimento jurídico, reconhecendo seu mérito por “[...] re-conduzir ao mundo jurídico o conceito de instituição entendido de um modo amplo, do qual até agora tínhamos somente traços”. Contudo, Romano também reconhece certas limitações de Hauriou, mencionando que este “[...] foi levado pela idéia de moldar as suas instituições a imagem e semelhança da maior entre essas, ou seja, o Estado, ou melhor, o Estado moderno, enquanto tratava-se de delinear uma figura generalíssima, cujas características contingentes podem variar e variam, na realidade, infinitamente”. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 29 e 30.

Reportando-se por ora para a concepção de instituição proposta por Romano, este, após tecer considerações acerca da mesma, enfatiza a identificação que há entre instituição e a primeira manifestação do direito, apontando, então, para algumas características fundamentais das instituições, segundo sua concepção.⁶²

Entre tais características fundamentais encontra-se uma efetiva unidade social, ou seja, para ser considerado instituição no sentido proposto, deve tal entidade ter uma existência objetiva e concreta que notoriamente externe sua individualidade enquanto corpo social.⁶³

Outra característica diz respeito à natureza de sua manifestação, ou seja, ser social e não tão-somente individual do homem. O que significa que um só indivíduo não corresponderia a uma instituição. No entanto, a ligação de homens entre si não consiste em condição única para a sua existência. O substrato desta, portanto, poderia ocorrer de dois modos: pela ligação de homens entre si unidos por interesses, comuns ou contínuos, por um objetivo, etc., ou por um conjunto de meios, não sendo assim composta por homens, mas sim administrada e dirigida pelos mesmos.⁶⁴

Enquanto efetiva unidade social, a instituição caracteriza-se também como uma entidade fechada, que por possuir uma individualidade peculiar, pode ser examinada em si e por si. O que, contudo, não obsta que a mesma se correlacione com as demais instituições. Haja vista que, este caráter fechado da instituição não significa que sua autonomia seja absoluta em relação às demais instituições, mas sim e somente, relativa.⁶⁵

Por fim, uma quarta característica fundamental da instituição diz respeito a sua permanência. A instituição como uma unidade fechada a qual a manutenção de sua

⁶² *Idem*, p. 32.

⁶³ *Idem, ibidem*. “Desse modo, quando, na linguagem comum, se fala, por exemplo, da instituição da imprensa, ou na linguagem técnico-jurídico, da instituição ou, freqüentemente, do instituto da doação, da compra-e-venda, etc. não se quer falar de efetiva unidade social, mas, no primeiro caso, da manifestação de determinadas forças que na realidade estão desunidas e freqüentemente divergentes, e, no segundo caso, das várias relações ou normas individuais, que, tendo em vista a figura comum das características típicas que apresentam, são reagrupados somente do ponto de vista conceitual.” In: *Idem, ibidem*.

⁶⁴ *Idem*, p. 33. Ainda quanto às instituições que possuem como substrato um conjunto de meios, Romano menciona que tais meios podem ser “[...] materiais ou imateriais, pessoais ou reais, destinados a servir permanentemente a um determinado fim, a favor não de pessoas que pertençam às mesmas instituições, mas de pessoas estranhas, que são somente os destinatários e não os membros desta última.” In: *Idem, ibidem*.

⁶⁵ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 34.

respectiva identidade independe da alteração das suas peculiaridades, tais como as pessoas que dela fazem parte, os indivíduos que são seus elementos, os seus meios, os seus interesses, os seus destinatários, o seu patrimônio, etc.⁶⁶

Adverte-se que Romano, propositalmente, ao expor as características fundamentais de uma instituição, não fez qualquer menção ao vocábulo “organização”. Este vocábulo, por sua vez, foi trazido por Romano para a esfera jurídica, afastando-se das demais concepções que o atribuíam um sentido não-jurídica. Muitas das quais foram utilizadas em conceituações da palavra “instituição”, mas sem qualquer identificação com o conceito de direito. A concepção romaniana de organização, ademais, corresponde a de direito, bem como esta àquela. Logo, segundo o autor “Não existem dúvidas quanto ao fato da instituição ser uma organização social”.⁶⁷

A questão de identificar a organização, mais especificamente, uma organização social com o próprio direito apresenta-se tão determinante no posicionamento de Romano, que este aduz que mesmo as entidades consideradas ilícitas frente ao ordenamento jurídico do Estado, enquanto tais entidades estão constituídas “[...] possuem uma organização interna e um ordenamento que considerado em si e por si não pode deixar de ser qualificado como jurídico”.⁶⁸ Ao admitir que as entidades ilícitas identificam-se com o direito, por encontrarem-se organizadas, Romano afasta qualquer relação de dependência entre o direito e as questões morais.⁶⁹ Segundo o referido autor,

⁶⁶ *Idem, ibidem*. p. 35. Quanto a esta característica fundamental da instituição, vale mencionar as considerações feitas por Billier à mesma, qual seja, “A organização deve, [...], constituir uma *unidade* estável e permanente e, nesse sentido, sua identidade não é abalada pelas mutações que ocorrem em um dos elementos que a constituem (as pessoas, o patrimônio ou suas regras). Em outras palavras, a ordem interna dessa organização “oferece uma aquisição de personificação” e lhe permite apresentar-se como uma individualidade com vontade própria.” Sendo assim, a instituição, conforme será abordado posteriormente, identificada com o próprio ordenamento jurídico. In: BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. Baurueri, SP: Manole, 2005. Cap. 7, p. 337.

⁶⁷ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 36.

⁶⁸ *Idem*, p. 15 (Parte II). Ressaltando ainda Romano, quanto à juridicidade presente em tais entidades ditas ilícitas, “A eficácia de tal ordenamento será aquela que será, segundo a sua constituição, os seus fins, os seus meios, as suas normas e as sanções da qual poderá dispor. Será, de fato, frágil, se forte será o Estado; poderá algumas vezes ser também tão potente a ponto de minar a existência do próprio Estado; mas isso não tem nenhuma importância para a avaliação jurídica do ordenamento.” In: *Idem, ibidem*.

⁶⁹ No tocante ao tratamento de Romano às entidades ilícitas, Tarantino destaca que o referido autor “[...] não enfrentou, com o seu conceito de instituição, o problema da ética do direito. O problema central da instituição é aquele da ordem social, por isso, da organização da instituição, da sua estrutura. [...] cada instituição considerada com ente existente, independentemente da finalidade que persegue, moral ou imoral, lícito ou ilícito, realiza uma própria ordem.” In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p.32. Livre tradução do original: “[...] non ha affrontato, con il suo concetto

o que fundamentaria a negação do caráter de juridicidade de tais entidades seria apenas consequência de um julgamento de valor ético, tendo em vista que estas entidades normalmente apresentam-se como imorais ou delituosas. Esta negação do caráter de juridicidade ainda estaria condicionada com a demonstração de que o direito positivado deveria ser necessário e absolutamente dependente da moral. No entanto, Romano ressalta que demonstrar tal dependência seria até certa ingenuidade, devido à inexistência, por vezes, de tal dependência.⁷⁰ Por isso, ao jurista compete apenas “[...] constatar a existência de ordenamentos objetivos, institucionais e por isso jurídicos, cada um na sua própria órbita, que são, ao contrário, antijurídicos a respeito do direito do Estado, que os exclui da sua esfera, ou melhor, os combate”.⁷¹

Não tergiversando a importância das demais características fundamentais presentes na concepção romaniana de instituição,⁷² vale ressaltar a correspondente à autonomia relativa concernente à instituição.⁷³ Uma vez que é justamente esta

di istituzione, il problema dell'eticità del diritto. Il problema centrale dell'istituzione è quello dell'ordine sociale, cioè dell'organizzazione dell'istituzione, Della sua struttura. [...] ciascuna istituzione, considerata come ente esistente, indipendentemente dallo scopo che persegue, morale o immorale, lecito o illecito, realizza un proprio ordine.”

⁷⁰ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 15 (Parte II).

⁷¹ *Idem*, p. 16 (Parte II) Ante tal posicionamento romaniano dicotômico, entre direito e as questões morais, vale mencionar as considerações feitas a esse respeito por Tarantino, segundo o qual Romano “[...] concretizava a essência da instituição na função *ordinante* do direito e a concretizava em uma atividade que se desenvolve não para realizar uma finalidade ou outra, mas para obter uma solda entre fato e direito. E partindo desta observação ele terminava por atribuir o caráter de juridicidade também às associações ilícitas”. In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p.33. Livre tradução do original: “[...] concretizzava l'essenza dell'istituzione nella funzione ordinante del diritto e la concretizzava in un'attività che si svolge non per realizzare uno scopo o un altro, ma per ottenere una saldatura fra fatto e diritto. E proprio partendo da siffatta osservazione egli finiva con l'attribuire il carattere di giuridicità anche alle associazioni illecite.”

⁷² Refere-se, por ora, as demais características já mencionadas como, por exemplo, a instituição enquanto unidade de natureza social, ou seja, uma unidade social, fechada e permanente.

⁷³ É pertinente a observação feita por Tarantino no sentido de que a questão da autonomia relativa surge em consideração às instituições complexas, ou em mais de uma simples ou mais de uma complexa, e não em consideração a uma única instituição simples, individual e isolada. In: TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p.34. Livre tradução do original: “Questo problema (quello dell'autonomia relativa o assoluta) non sorge nella considerazione, individuale ed isolata dell'istituzione semplice, ma nel caso dell'istituzione complessa (fatto giuridico che comporta il principio di subordinazione) oppure nel caso de più istituzioni semplici o di più istituzioni complesse (realtà giuridica che comporta il principio di coordinazione).” Assim, considerando o Estado como uma instituição complexa, Romano menciona que as normas jurídicas “[...] que são elementos de outras instituições dependentes do Estado, e algumas vezes aquelas estabelecidas por elas, desde que tais instituições sejam autorizadas a fazê-lo” podem ser complementares àquelas normas jurídicas diretamente estatais. A “autonomia”, portanto, seria o poder, atribuído a tais instituições dependentes, para elaborar normas jurídicas. Logo, tal poder “[...] deriva sempre do Estado, que o atribui em medidas

característica que leva a observação de que uma instituição pode encontrar-se em correlação com outras instituições, bem como destas fazer parte mais ou menos integrante.⁷⁴

A instituição seria, então, a primeira manifestação do direito. Uma vez que todos os elementos presentes no conceito de direito, como: sociedade enquanto entidade constituída (objetividade); ordem social; bem como ser esta posta pelo direito, restam, por conseguinte, identificados com as características fundamentais de uma instituição. Dentre tais características vale mencionar: uma efetiva unidade social (objetividade); a natureza social de sua manifestação; ser uma entidade fechada a qual pode ser examinada em si e por si; e permanente, acrescentando-se ainda a ressalva de ser uma organização social.⁷⁵ Destarte, os elementos do conceito do direito frente às características fundamentais da instituição levam a uma mútua identificação de concepções a ponto de Romano as equiparar com a concepção de ordenamento jurídico.

2. A noção romaniana de comunidade internacional

Para qualquer proposta de definição de direito que venha a ser apresentada, inevitavelmente, esta incumbência toca a questão do direito internacional, ou melhor, o que se entende por este. Por conseguinte, Santi Romano ao propor a definição “institucionalista” do direito, não se esquivou de apreciar essa questão.⁷⁶ Conforme

diferentes, conforme os casos, e está, portanto, inteiramente subordinado às normas estatais, para validade, extensão e eficácia das normas que dele promanam.” In: ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 115.

⁷⁴ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 34.

⁷⁵ Segundo Billier, “A ilustração perfeita da teoria da institucional italiana nos é fornecida pela ordem interna da empresa [...]. A empresa não pode reduzir-se ao grupo de sociedades que a compõem – a sociedade-mãe e suas filiais que lhe servem de suporte jurídico. Não dispondo da personalidade moral, a empresa não dá nascimento a uma nova pessoa autônoma independente do grupo de sociedades. De qualquer forma, ela constitui nos fatos uma unidade organizacional: suas decisões internas que, vistas do exterior, parecem decisões de uma de suas sociedades, são de fato decisões tomadas pela empresa, ou seja, por aqueles que controlam em definitivo a sociedade-mãe.” In: BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **As teorias antiformalistas**. In: _____. **História da filosofia do direito**. Baurueri, SP: Manole, 2005. Cap. 7, p. 338. Logo, conforme Romano, tal entidade, como por exemplo, uma empresa, corresponde a um ordenamento interno autônomo, de modo que “[...] o caráter de instituição que deve ser atribuído a esta ou aquela entidade advém da sua estrutura, do seu direito interno [...]”. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 60.

⁷⁶ No tocante a questão da existência do direito internacional, Romano, nem a discute e, conseqüentemente, afasta qualquer cepticismo nesse sentido. Consoante suas palavras “De fato, não

mencionado, Romano, alicerçado em posicionamentos antiformalistas, constrói sua respectiva concepção de direito de modo a não reduzi-lo a tão-somente normas jurídicas. A primeira manifestação do direito corresponderia, portanto, à instituição. Logo, o direito para Romano é instituição, ou seja, um corpo social unitário, o qual é em si por si jurídico, justamente por ser organizado. Nesse passo, voltando-se para a questão da definição do direito internacional, tendo em consideração essa concepção institucionalista romaniana do direito, a seguinte indagação pode ser levantada: qual seria a instituição correspondente à primeira manifestação do direito internacional?

Ao depara com tal questão, Romano compreende que, sendo a instituição “Estado” a correspondente à primeira manifestação do ordenamento jurídico nacional, a “comunidade internacional”,⁷⁷ corresponde à primeira manifestação do direito internacional. Corresponde a um ente político⁷⁸ que necessariamente postula um

nutrimos dúvidas quando consideramos errôneas ou incompletas as definições que chegam a negar o direito internacional, seja na sua existência, seja – o que não é muito diferente – na sua autonomia, enquanto o consideram como uma externalização ou projeção do direito interno dos vários países.” *Idem*, p. 44 (Parte II).

⁷⁷ No decorrer de sua respectiva explanação acerca do ordenamento jurídico internacional, Romano esclarece quanto à identificação deste a uma única instituição chamada “comunidade internacional”, uma instituição de instituições a qual compreende todos os Estados. Afasta-se assim qualquer entendimento no sentido de existirem “[...] tantas comunidades quantas seja as relações de cada Estados com outros Estados”. Concepção esta que provém de correntes positivistas que reduzem o conceito de direito internacional tão-somente ao de acordo normativo. Advertindo Romano que “[...] deveríamos concluir desta teoria o fato de que cada um de tais acordos forma, mais do que uma comunidade, uma simples relação, limitada não somente ao número de Estados que participam do acordo, mas também ao objeto especial pelo qual estes entram no acordo. Negar-se-ia, deste modo, a existência de um direito internacional geral, que somente poderia ser concebido como uma abstração da doutrina, ou seja, como o conjunto dos princípios comuns às relações entre todos os Estados ou maior parte desses. Tais princípios não constituem uma verdadeira unidade jurídica, sendo expostos juntos somente por comodidade e brevidade de tratamento. O direito internacional positivo seria somente o direito particular de cada Estado com cada um dos outros com que este mantém uma relação [...]” O que, indubitavelmente, conforme Romano, é contrário à realidade, restando portanto errôneas tais premissas que não reconhecem uma única comunidade dos Estados, logo, a unidade do direito internacional. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 52-53.

⁷⁸ A comunidade internacional, para Romano, corresponde a um ente político, assim como a instituição estatal. A qualidade de “ente político” refere-se as suas finalidades, ou seja, aos seus respectivos escopos gerais. Entes políticos, de acordo com Romano, consistem em “[...] entes que têm escopos gerais, ou seja, entes que se propõem finalidades que num certo momento podem determinar e circunscrever; entretanto, esses entes são suscetíveis de assumir outras finalidades sem mudar de natureza. Daí a diferença dos entes que têm escopos singularmente determinados, por exemplo, uma sociedade comercial [...]” Desse modo todos os entes territoriais são políticos, mas nem todos os entes políticos são territoriais. Nesse sentido, Romano, destaca como entes políticos: a comunidade internacional, a federação dos Estados, os partidos que se dizem precisamente políticos, etc. In: ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 69.

ordenamento jurídico que a constitui e regula. A comunidade internacional, portanto, corresponde ao ordenamento jurídico internacional.⁷⁹

Romano entende que o fator determinante da comunidade internacional é a necessidade dos Estados de “[...] viverem em continuo e permanente relações, ou seja, de organizarem-se em uma sociedade, que sempre se estende mais, e corresponde ao maior dos entes sociais [...]”.⁸⁰ Tendo em vista tal fator, Romano, ao mencionar a classificação das coletividades humanas entre: necessárias e voluntárias, ressalta que a comunidade internacional se classifica como uma comunidade necessária.⁸¹ Isso significa que o ingresso de um determinado membro na comunidade internacional independe de qualquer manifestação de vontade deste, ou dos demais membros. Destarte, pertencer a esta comunidade corresponde a uma atribuição necessária que não se esgota na simples vontade de um sujeito que da mesma é membro.⁸² Para Romano, a comunidade internacional não é limitada, nem ao fator tempo, nem quanto ao número de membros. Logo, a mesma corresponde a uma comunidade perpétua e aberta a todos os entes que respondam a certas condições para que desta venham a ingressar, independentemente da manifestação de vontade dos demais membros.⁸³

Enquanto instituição complexa,⁸⁴ a comunidade internacional consiste em uma instituição maior. Uma “instituição de instituições” composta por outras instituições, menores e inferiores, em uma relação de subordinação. Romano refere-se à comunidade internacional como uma “comunidade de instituições”, composta não somente pelos Estados [comunidade de Estados], mas também por outras instituições.⁸⁵ Ainda que a comunidade internacional seja desprovida de personalidade jurídica,⁸⁶ o autor italiano

⁷⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 49.

⁸⁰ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 01. Livre tradução do original: “[...] di vivere in continui e permanenti rapporti, cioè di organizzarsi in una società, che va sempre più estendendosi, ed è anzi il maggiore degli enti sociali [...]”

⁸¹ *Idem*, p. 20.

⁸² ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 20.

⁸³ *Idem*, p. 18.

⁸⁴ Ressalta-se que a classificação das instituições entre simples e complexa, será abordada no item seguinte.

⁸⁵ Ver a propósito: *Idem*, p. 17-22; e ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

⁸⁶ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 45. Quanto ao caráter de organização, Romano afasta a possibilidade de condicionar a questão da existência de organização da comunidade internacional, com a necessidade de existência personalidade

adverte que os seus sócios a possuem. As instituições que constituem a comunidade internacional possuem personalidade jurídica, excluindo assim os indivíduos como membros desta.⁸⁷

Uma vez considerado o vocábulo “instituição”, como sinônimo de organização, a comunidade internacional é, portanto, organizada. Por isso, ainda que correspondente a uma comunidade anárquica, o fato de a mesma ser desprovida tanto de personalidade jurídica quanto de órgãos por meio dos quais expressaria sua suposta vontade, não significa falta de organização da mesma. Romano enfatiza que a palavra “organização”, nesse contexto, deve ser considerada em sentido amplo,⁸⁸ como estrutura estável e permanente de um determinado ente, o qual tomaria um verdadeiro corpo.⁸⁹ Não obstante, Romano também adverte que a condição de igualdade e de recíproca independência na qual se encontram os Estados da comunidade internacional representa um efeito de tal organização, ainda que inexistente qualquer relação de subordinação entre um Estado para com os demais.⁹⁰

jurídica da mesma. Conforme adverte o autor, “Parece-nos, contudo, que o conceito de organização implique necessariamente em uma relação, assim entendida, de superioridade e de correlativa subordinação. De fato, já que todos os Estados deveriam estar sujeitos a tal poder fazendo com que nenhum e nem mesmo uma maioria destes tivesse preeminência sobre os outros, o mesmo poder somente poderia se referir à comunidade, o que significaria que ela necessariamente deveria ser constituída em uma pessoa. Conseqüentemente, se deveria admitir que as comunidades onde subsiste uma igualdade em sentido absoluto – como acontece na comunidade internacional –, somente se tornariam juridicamente organizadas quando fossem pessoas jurídicas. Ora, parece que esta tese seja arbitrária e não possa ser demonstrada.” In: *Idem*, p. 45-46. Como conseqüência, então, decorrente da “não-personalidade jurídica” da comunidade internacional, Romano destaca a ausência tanto de poderes, direitos e deveres próprios desta, quanto de órgãos que manifestem sua vontade de agir em nome de seus membros. Tais atribuições, para Romano, somente podem ser referidas aos membros ou sujeitos que da comunidade internacional fazem parte, e não à comunidade em si mesma, em sua unidade. In: ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 17. Nesse sentido, “Há ordenações nas quais a qualidade de pessoa pertence somente aos indivíduos e aos entes particulares que nele se compreende: assim na comunidade internacional, tal qualidade é atribuída aos seus membros e não à própria comunidade.” ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 77.

⁸⁷ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 18.

⁸⁸ Quanto ao significado da palavra “organização”, além de trazê-la para a esfera jurídica, Romano aponta para dois sentidos que a mesma pode apresentar, ou seja, o amplo e o estrito. Cabe aqui mencionar que segundo o último, organização corresponde a um ente que possui tanto vontade própria quanto órgãos pelos quais expressa sua vontade. Nesse sentido, a comunidade internacional não seria organizada. Por isso, Romano adota o sentido amplo da palavra organização. In: ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 06.

⁸⁹ *Idem, ibidem*. p. 06-07. No dizeres de Romano, “Nesse sentido, a comunidade internacional é organizada.” Livre tradução do original: “*In tale senso, la comunità internazionale è organizzata.*”

⁹⁰ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 46. Porém, quanto ao estado de igualdade no qual se encontram Estados da comunidade internacional, Romano adverte que este princípio comporta exceções tendo em consideração membros de natureza

A comunidade internacional, então, corresponde à primeira manifestação do direito internacional, justamente por tal comunidade apresentar-se organizada e objetivamente existente.⁹¹ Desse modo, a respeito da questão da fonte material do direito internacional, Romano posiciona-se no sentido de que o surgimento da comunidade internacional independe de qualquer manifestação de vontade. Seja por meio de um acordo de todos, seja por meio de um acordos provenientes de cada um dos Estados.⁹² Resta, portanto, negada por Romano qualquer condicionante de existência do direito internacional à vontade de um ou de todos os Estados, bem como o esgotamento do mesmo em normas jurídicas internacionais, expressas por meio de acordos.

Essa concepção objetiva do direito internacional vai ao encontro da assertiva romaniana de que o estado de recíproca independência e igualdade,⁹³ presente entre os Estados da comunidade internacional, revela, por sua vez, a existência (objetiva) de um ordenamento jurídico internacional, anterior a este estado, de independência e igualdade. Para tanto, Romano ainda encontra amparo a esta afirmação ao contrapor dois posicionamentos reducionistas do direito internacional. Posicionamentos que o identificam tão-somente enquanto normas jurídicas, expressas por meio de acordos de vontade uni ou multilateral dos Estados. Tendo em vista que, quanto aos que fundamentam o direito internacional na vontade unilateral do Estado, Romano aduz que, neste caso, pressupõe-se que o Estado já está constituído e em vigor,⁹⁴ o que expressa

diversa dessa comunidade, como um Estado e a Santa Sé, por exemplo. Romano também não exclui a possibilidade de ocorrer certa desigualdade entre os próprios Estados, membros de mesma natureza, ainda que os efeitos de tal distinção sejam mais importantes para a política que para o direito, como ocorre com as “grandes potências” e as “potências secundárias”. In: ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 19.

⁹¹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 45.

⁹² *Idem*, p. 25-26. Nesse sentido, Karl Heinrich Triepel, adepto ao voluntarismo, concebe o direito internacional como um vazio preenchido pela vontade dos Estados, ou seja, a fonte jurídica de onde derivariam as regras jurídicas internacionais corresponderia à vontade comum proveniente da união das vontades particulares dos Estados, a assim denominada de *die Vereinbarung*. Esta, portanto, é encontrada nos “[...] tratados pelos quais vários, ou um número determinado, de Estados que adotam regras jurídicas que devem reger sua conduta de modo permanente, ou seja, direito objetivo, ou por meio de uma declaração tácita de vontades, ou seja, direito internacional costumeiro.” In: TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, MG, ano XVII, n. 6, p. 06-64, out. 1966. p. 15. Quanto ao fundamento do costume internacional, a *Vereibarung*, expressa assim o enunciado da teoria do acordo tácito, contrapondo a doutrina da formação espontânea do direito costumeiro. In: DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 329-330.

⁹³ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 19.

⁹⁴ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 48

certa independência e igualdade do mesmo. Já quanto aos que entendem que o direito internacional origina-se do acordo pré-jurídico entre os Estados (vontades multilaterias), tem-se uma visão distorcida ao pensar um Estado isolado, não pertencente a tal comunidade, caso o mesmo não venha a manifestar sua vontade de nesta participar.⁹⁵ O que contrapõe a concepção de que o próprio estado de independência e igualdade no qual, os Estados se encontram, provém, justamente do fato dos mesmos estarem organizados na instituição complexa que pertencem, qual seja, a comunidade internacional.⁹⁶

Nessa perspectiva, tendo em vista a organização em que se encontra a comunidade internacional, tanto pela igualdade e recíproca independência entre seus membros,⁹⁷ quanto pela impessoalidade do poder que permite e determina sua existência, conspícua está a equiparação da mesma a uma instituição. Logo, a primeira manifestação do ordenamento jurídico internacional corresponde à comunidade internacional. Ressalta-se ainda que, segundo Romano, os elementos essenciais que devem se fazer presentes no conceito do direito⁹⁸ expressam-se por meio dessa instituição. Destarte, Romano alude o seguinte enunciado correspondente à conceituação do direito internacional,

[...] é o ordenamento imanente da comunidade dos Estados; que nasce com esta, sendo desta inseparável; que é necessário procurá-lo na instituição em que se concretiza tal comunidade, mais do que normas singulares advinda de acordos particulares; e que este é, conseqüentemente, antes de mais nada, no seu aspecto unitário, organização ou instituição.

A primeira manifestação do ordenamento jurídico internacional corresponde, portanto, à comunidade internacional, nascendo aquele com esta. Logo, o direito internacional para Romano corresponde a um ordenamento jurídico originário, não decorrendo de um outro ordenamento, como por exemplo, decorrer do direito estatal.

⁹⁵ *Idem*, p. 48-49.

⁹⁶ *Idem*, p. 51. Nesse contexto, Romano ressalta que a “[...] hodierna condição de igualdade e de independência dos Estados não é hoje pré-jurídica, mas determinada pela estrutura de sua comunidade.” A organização da comunidade dos Estados, então, já revela sua juridicidade, independentemente de qualquer manifestação de vontade por parte de seus membros.

⁹⁷ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 19.

⁹⁸ Os elementos essenciais que devem se fazer presentes no conceito de direito correspondem, segundo Romano: a compreensão da sociedade como entidade constituída a qual se identifica com o direito; ordem social; e consideração de que o direito antes de ser norma jurídica ou de referir-se a simples relações sociais, é organização em que se realiza na sociedade. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 25-26.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico internacional “[...] se põe e se modifica, por suas própria força e possui, então, uma eficácia e uma validade que não lhe é anunciada de fora, mas que lhe é inata.”⁹⁹

Contudo, o direito internacional também se manifesta em momentos posteriores a essa instituição, momentos os quais não são excluídos por Romano. Nesse contexto, encontram-se as normas jurídicas expressas nos acordos firmados entre os Estados pertencentes à comunidade internacional, normas identificadas como manifestação do direito internacional, mas não a primeira ou única.

Ao ser traçado um paralelo com a própria formação do Estado, a qual se dá um momento pré-jurídico, até se organizar enquanto instituição (primeiro momento jurídico com posteriores manifestações por meio da atuação do órgão legislativo), a formação da comunidade internacional também se dá em um momento pré-jurídico.¹⁰⁰ Por conseguinte, a partir do instante em que esta comunidade encontra-se organizada, identificando-se como instituição, já há um ordenamento jurídico, há o direito internacional.

A produção de normas jurídicas, por meio de acordos, se identifica, então, como uma manifestação posterior deste ordenamento jurídico internacional. De acordo com Romano, os acordos de vontade firmados entre os Estados valem para momentos do direito internacional em que “[...] se trata de por novas normas, novas instituições, de modificar os precedentes, e assim por diante.”¹⁰¹ Portanto, não se esgotando o ordenamento jurídico internacional em tais momentos de produção de normas,¹⁰² haja vista que, conforme ainda destaca o autor, nem todos os princípios de direito internacional encontram-se previstos nos acordos firmados entre os Estados.¹⁰³ O que expressa, assim, o viés antiformalista de Romano ao conceber o direito.

⁹⁹ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 20. Livre tradução do original: “[...] *esso si pone e si modifica da sè, per propria forza ed há quindi un’efficacia e una validità che non gli è comunicata dal di fuori, ma gli è inata.*”

¹⁰⁰ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 50.

¹⁰¹ *Idem*, p. 49.

¹⁰² No tocante aos acordos firmados entre os Estados, Romano ainda adverte que “[...] que tais acordos não possuem, como muitos acreditam, uma vida própria, independente da pré-existência do direito objetivo e, nem menos, como acreditam outros, retiram a sua eficácia do costume. Estes, ao contrário, se apóiam em um princípio colocado no surgimento da comunidade internacional e que se tornou seu com a sua constituição, com as atuais características institucionais.” In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 50.

¹⁰³ *Idem*, p. 51.

Por fim, Romano refuta as demais concepções reducionistas do direito que o identificam apenas como normas jurídicas, contrapondo-se àqueles que alegam a inexistência de um direito internacional devido à anarquia da comunidade internacional e, conseqüente, à carência de leis, de juízes e de autoridades executoras.¹⁰⁴ Para Romano, as leis que correspondem ao direito internacional possuem natureza diversa daquelas do direito estatal. Desse modo, a vontade dos Estados, os costumes e os princípios fundamentais originam as leis do ordenamento internacional.¹⁰⁵ No tocante à ausência de juízes, “[...] o conceito de direito não se fixa àquele de juiz, mas logicamente, se não historicamente, o precede.”¹⁰⁶ Enfim, a garantia do direito internacional independe de qualquer agente de execução, pois o mesmo permite certas medidas coercitivas, como por exemplo, a própria guerra.¹⁰⁷

3. Os novos atores do direito internacional como expressão da complexidade comunidade internacional

O hodierno cenário internacional revela o seu dinamismo pela diversidade dos atores que nele atuam.¹⁰⁸ Uma “constelação pós-nacional”,¹⁰⁹ onde para além dos

¹⁰⁴ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 04. Livre tradução do original: “*Si à detto tavolta, anzi insistentemente, che il diritto internazionale non è diritto, perchè in esso non si hanno nè leggi, nè giudici, nè autorità esecuzione, («ni legislatuer, ni juge, ni gerdame», oppure «ni code, ni tribunal, ni force publique»).*”

¹⁰⁵ *Idem*, p. 05.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*. Livre tradução do original: “[...] il concetto di diritto non si lega aquello del giudice, ma logicamente, se non sotricamente, lo precede.”

¹⁰⁷ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p.06. Livre tradução do original: “*Spesso viene rilevato che esso permette una serie di misura coercitive, e fra queste la guerra, come mezzi di autotutela.*”

¹⁰⁸ “No contexto internacional, pode-se dizer que ator é o agente do ato internacional, aquele que participa das relações internacionais e da dimensão dinâmica da sociedade internacional, cuja realidade é formada por um elenco de agentes sociais que ali atuam e se relacionam, influenciando-se mutuamente e interagindo-se em cooperação ou em conflito.” In: OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais: estudos de introdução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 188.

¹⁰⁹ “Ao referir-se a essa “constelação pós-nacional” Habermas menciona, “O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pôde assumir uma figura institucional mais ou menos convincente. Também só pôde se estabelecer no âmbito do Estado nacional a idéia segundo a qual uma sociedade composta democraticamente pode atuar reflexivamente sobre si de modo amplo graças à ação de uma de suas partes. Hoje essa constelação é posta em questão pelos desenvolvimentos que se encontram no centro das atenções e que leva o nome de ‘globalização’.” In: HABERMAS, Jürgen. **A constelação**

Estados, atores como as organizações internacionais, organizações não-governamentais e empresas transnacionais,¹¹⁰ lentamente agregam a sua já indiscutível atuação nas relações internacionais,¹¹¹ o reconhecimento de sua atuação pelo direito internacional. A crescente atribuição de direitos e deveres a esses “novos atores”, pelo direito internacional vem ao encontro de um provável reconhecimento da personalidade jurídica internacional aos mesmos.¹¹²

Nesse sentido, se toma a título de exemplo as organizações não-governamentais.¹¹³ As chamadas ong’s, as quais ainda que não consideradas como sujeitos do direito internacional, aos poucos ultrapassam os limites de uma atuação política para um a atribuição de direitos e deveres por meios dos tratados. Tais entes vem aos poucos concretizando sua atuação internacional, tanto na elaboração das

pós-nacional: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 78.

¹¹⁰ As empresas transnacionais são consideradas por Oliveira, segundo um sentido amplo. Tais empresas transnacionais correspondem a “[...] associações que se envolvem com fins lucrativos, geralmente em forma de sociedades mercantis ou de corporações comerciais, um fenômeno *sui generis* ao adotar a nacionalidade e a legislação de um ou de outros Estados onde se filiam, caracterizando-se pela pluralidade, ou até multinacionalidade, em razão de seu capital social e pela transnacionalidade de seu raio de ação; por isso, se diz que esses atores internacionais desconhecem fronteiras e nacionalidades.” In: OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais:** estudos de introdução. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 234.

¹¹¹ Ao abordar a questão dos atores internacionais, Oliveria destaca os Estados, os organismos internacionais, as organizações não-governamentais e as empresas transnacionais, ressaltando o protagonismo dos mesmos nas transformações “[...] no campo econômico, político, social, da informação e tecnologia, além da cultura, evidências que envolvem a vida do indivíduo em desconhecidos problemas, cuja dimensão requer soluções globais.” In: *Idem*, p. 188

¹¹² Nesse sentido, Dailler ressalta que “Não há dúvida que as pessoas privadas são abrangidas por um grande número de normas internacionais, quer elas lhes confirmem vantagens quer lhes imponham sujeições.” Contudo, o referido autor adverte, “[...] não se conclui que, por isso, as pessoas privadas sejam sujeitos de direito internacional já que, na maioria dos casos, o Estado faz de “écran” entre elas e o direito internacional: a sua personalidade jurídica, a sua capacidade de ação, a sua responsabilidade activa e passiva são fixadas pelas ordens jurídicas nacionais.” In: DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito internacional público.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 664.

¹¹³ Quanto aos fenômenos das ong’s, Oliveira destaca três fases do processo de evolução desse movimento: “[...] a) o primeiro período, atingindo os precedentes, estende-se até o século XIX, vinculando-se à vida religiosa; à criação de mosteiros e seus desmembramentos; a ordens hospitalares; e às perseguições; b) o segundo período, parte do século XIX e perpassa-o até quase o seu final, caracterizando-se pela criação dos movimentos denominados Cáritas, na Alemanha (1897), e Exercito da Salvação em Londres (1865); c) o terceiro período, inicia no final do século XIX, mobilizando-se até os presentes dias, sendo marcado pela criação de organismos de alcance nacional e internacional, com agendas de trabalhos mais e mais diversificadas, principalmente com as conseqüências desastrosas dos dois conflitos mundiais, problemas do Terceiro Mundo, defesa dos direitos humanos e ecológicos, ajuda sanitária etc.” In: OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais:** estudos de introdução. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 223.

normas internacionais,¹¹⁴ quanto junto às organizações internacionais no alcance de suas respectivas finalidades.¹¹⁵ As ong's podem ser então definidas como “[...] uma associação criada por iniciativa privada – ou mista – com exclusão de todo e qualquer acordo intergovernamental, associando pessoas privadas ou públicas, físicas ou morais de diversas nacionalidades.”¹¹⁶ Nessa perspectiva, Oliveria destaca como algumas das características principais de das ong's: a iniciativa privada; a espontaneidade com que se manifestam, no sentido de estarem “[...] fora de qualquer determinação ou ordenamento governamental ou intergovernamental”; e a solidariedade que une os indivíduos de Estados diferentes em torno dessa organização.¹¹⁷ Adverte-se ainda que, segundo Seintenfus, para que uma organização não-governamental possa ser qualificada como “internacional”, este organismo nacional privado deve exercer atividades internacionais, ou seja, seus objetivos devem ultrapassar as fronteiras do Estado onde a mesma possui sua sede.¹¹⁸

Esses novos atores do direito internacional, como as ong's, podem ser então identificados como instituição, segundo o sentido proposto por Romano, ou seja, como

¹¹⁴ Quanto à influência das ong's sobre a elaboração de tratados, Daillier menciona que “Futuramente o revezamento é sobretudo feito pelas O.N.G. humanitárias ou ideológicas, como pudemos observar quando da negociação da Convenção de Ottawa sobre a proibição das minas antipessoal, 1977, da Convenção de Roma de 1998 sobre o Tribunal Penal Internacional, numerosas convenções sobre o ambiente; às vezes, pelo contrário, as O.N.G. tiram a sua força de persuasão da sua composição não militante, da sua reputação de peritagem científica. De uma maneira geral, a tendência contemporânea das organizações intergovernamentais e mesmo de um certo número de governos é para se associarem um certo número de entre eles aos trabalhos destas organizações internacionais – qualificando-se de “parceiros” – e às delegações oficiais dos governos.” In: DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 669.

¹¹⁵ Nesse sentido, vale transcrever o disposto no artigo 71, da Carta de São Francisco, de 1945: “O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não-governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro de sua própria competência.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta de São Francisco, 1945**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documento_carta> . Acesso em: nov. 2007.

¹¹⁶ DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 659. Nesse sentido, quanto ao critério de classificação da ong's, Oliveira as divide em dois grupos: as denominados organismos de concentração e os denominados organismo de intervenção. O primeiro “[...] identifica-se pela característica da permanência, na comunidade de buscar posições comuns entre os parceiros, de coordenar metas, de cooperar com sua políticas de ação. O exemplo desse tipo de movimento está entre os partidos político, esportivos e sindicais.” Já o segundo grupo, os organismo de intervenção “[...] envolvem-se em responder a desafios concretos, em favor do meio ambiente e da assistência humanitária. O âmbito dos direitos humanos é uma das áreas de grande intervenção das ONGs, cujas atividades ali desenvolvidas são informadas por meio de relatórios e outros documentos à imprensa.” In: OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais: estudos de introdução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 224.

¹¹⁷ *Idem*, p. 230.

¹¹⁸ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 249

um corpo social unitário, o qual é em si e por si jurídico, justamente por ser organizado. Uma vez que, mesmo que a existência de uma instituição não está condicionada com a atribuição de personalidade jurídica a mesma, Romano menciona que todo ente que possui personalidade jurídica corresponde a uma instituição. “Se uma relação jurídica ou uma só pessoa física não bastam para concretizar uma instituição, ao contrário, uma só pessoa jurídica é, por si mesmo, uma instituição.”¹¹⁹ Segundo o autor italiano, o ato que fundamenta um pessoa jurídica gera o direito objetivo, que consiste no ordenamento jurídico interno da mesma. Este ordenamento jurídico é substrato da personalidade jurídica da instituição.¹²⁰ “[...] a pessoa jurídica sempre teve como base um ordenamento de direito objetivo que se concretiza e se conclui nesta e por esta, ou seja, uma instituição [...]”¹²¹ Portanto, toda pessoa jurídica, como as ong’s, por corresponderem a um corpo social unitário organizado, se identificam como uma “instituição”.

Contudo, as instituições, segundo Romano, ainda que caracterizadas como uma unidade social fechada, as mesmas possuem uma autonomia relativa.¹²² Uma vez que é justamente esta característica que leva a observação de que uma instituição pode encontrar-se em correlação com outras instituições, bem como destas fazer parte mais

¹¹⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 61

¹²⁰ *Idem*, p. 62-63.

¹²¹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 62. Nesse sentido, continua Romano “Nem as pessoas que dela fazem parte, mesmo quando são corporações, nem o seu patrimônio, nem os seus órgãos ou repartições, nem o seu objetivo, nenhum destes é o substrato da personalidade, mas sempre e somente o ordenamento jurídico, que se encontra naquelas pessoas, destina aquele patrimônio, especifica os seus órgãos, sendo tudo coordenado a um fim específico.” In: *Idem, ibidem*.

¹²² É pertinente a observação feita por Tarantino no sentido de que a questão da autonomia relativa surge em consideração às instituições complexas, ou em mais de uma simples ou mais de uma complexa, e não em consideração a uma única instituição simples, individual e isolada. In: TARANTINO, Antonio. *La teoria della necessita nell’ordinamento giuridico: interpretazione della dottrina di Santi Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p.34. Livre tradução do original: “*Questo problema (quello dell’autonomia relativa o assoluta) non sorge nella considerazione, individuale ed isolata dell’istituzione semplice, ma nel caso dell’istituzione complessa (fatto giuridico che comporta il principio di subordinazione) oppure nel caso de più istituzioni semplici o di più istituzioni complesse (realtà giuridica che comporta il principio di coordinazione)*.” Assim, considerando o Estado como uma instituição complexa, Romano menciona que as normas jurídicas “[...] que são elementos de outras instituições dependentes do Estado, e algumas vezes aquelas estabelecidas por elas, desde que tais instituições sejam autorizadas a fazê-lo” podem ser complementares àquelas normas jurídicas diretamente estatais. A “autonomia”, portanto, seria o poder, atribuído a tais instituições dependentes, para elaborar normas jurídicas. Logo, tal poder “[...] deriva sempre do Estado, que o atribui em medidas diferentes, conforme os casos, e está, portanto, inteiramente subordinado às normas estatais, para validade, extensão e eficácia das normas que dele promanam.” In: ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 115.

ou menos integrante.¹²³ Romano, então, apresenta uma classificação, não exaustiva,¹²⁴ acerca das características fundamentais que as instituições possam vir a assumir ao relacionarem-se entre si, dentre as quais se encontra a instituição como “complexa”.¹²⁵

A primeira classificação realizada por Romano divide-as em: originárias, derivadas e intermediárias, conforme a fonte que estabelece o ordenamento jurídico de dada instituição. No primeiro caso existe a independência quanto à fonte que estabelece o ordenamento, ou seja, a instituição seria concreta e estabeleceria o seu próprio ordenamento, cuja fonte estaria em si, como por exemplo, ocorre com o Estado. No segundo caso, da derivada, a instituição (inferior) é dependente da fonte que estabelece seu ordenamento, ou seja, compete a uma outra instituição (superior) estabelecê-lo, como ocorre com os municípios. No terceiro caso, da instituição intermediária ocorrerá quando seu respectivo ordenamento é misto, ou seja, parte originário e parte derivado, característica que também pode ser assumida pelos Estados.¹²⁶

Outra classificação elaborada pelo autor italiano se refere à finalidade da instituição, entre fins particulares e fins gerais. A de fins particulares é de caráter limitado, sendo que a eficácia de seu ordenamento jurídico se restringe em somente uma, ou algumas, esferas da vida humana, como a econômica, a religiosa, etc. Quanto à instituição de fins gerais, a eficácia de seu ordenamento jurídico é irrestrita, ilimitada, como ocorre, por exemplo, com o Estado. Esta generalidade dos fins do Estado enquanto instituição significa que a eficácia de seu ordenamento jurídico será sempre extensível a todas as manifestações da vida individual que, por sua própria natureza, possam ser levadas em consideração pelo direito. Romano ainda adverte que mesmo possuindo esta característica de generalidade, o Estado não é considerado como ente universal.¹²⁷

Ademais do acima mencionado, outra característica que também deve ser observada na mensuração da eficácia do ordenamento jurídico de uma instituição

¹²³ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 34

¹²⁴ Romano adverte, ao mencionar das diversas características fundamentais que as instituições possam vir a ter ao relacionar-se entre si, que “[...] já que estas características variam em formas infinitas - e não é o caso de tentar fazer uma classificação completa delas -, é necessário que a nossa tarefa seja limitada a salientar as figuras que, do nosso ponto de vista, parecem mais importantes.” In: *Idem*, p. 27 (Parte II).

¹²⁵ *Idem, ibidem.*

¹²⁶ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 27 (II Parte).

¹²⁷ *Idem*, p. 27 - 28 (II Parte).

concerne aos elementos que a compõe, haja vista que o substrato de uma instituição pode-se dar de diferentes modos.¹²⁸ Contudo, ressalta Romano que o ordenamento jurídico de uma instituição pode valer além do âmbito delineado pelos elementos constitutivos da mesma, como no exterior, por exemplo, quando seus respectivos destinatários encontram-se fora desta.¹²⁹

No que concerne à personalidade jurídica: a instituição que possui tal qualidade dispõe de “[...] um poder próprio cujo seus membros, que podem ser também outras instituições, permanecem subordinados, e constituem o fulcro da sua organização”.¹³⁰ A instituição que não possui personalidade jurídica é, conseqüentemente, desprovida de tal poder. Nesse caso, a relação com seus respectivos membros se dá de dois modos: ou não há subordinação permanecendo os seus membros em uma relação igualitária, como ocorre, por exemplo, na comunidade internacional; ou o fulcro de sua organização constitui na “[...] supremacia de um ou mais de seus membros sobre os outros”.¹³¹

Acerca da relação de dependência entre as instituições, três situações podem ser destacadas: primeiro, quando há uma dependência unilateral, ou seja, somente uma instituição declara ser dependente da outra, enquanto esta não depende daquela. Uma outra situação ocorre quando as relações recíprocas entre instituições são coordenadas baseadas ou na igualdade, ou em certa posição de subordinação e de co-respectiva supremacia. Por fim, quando não há dependência entre as instituições, desse modo, são reciprocamente independentes.¹³²

Instituições perfeitas e imperfeitas, esta distinção depende de outras características. Uma instituição pode assim ser considerada perfeita quando é originária e podendo ser ainda ou simples ou complexa. Já quanto à imperfeita, esta se apóia em outras instituições. Pode, contudo, uma instituição imperfeita ser originária ou derivada

¹²⁸ Vale lembrar que conforme já mencionado no tocante às características fundamentais de uma instituição, a natureza de suas manifestação deve ser social. Todavia, o substrato desta instituição pode-se dar de dois modos diversos, ou pela ligação de homens entre si unidos por interesses, comuns ou contínuos, por um objetivo, etc., ou por um conjunto de meios, não sendo assim composta por homens, mas sim administrada e dirigida pelos mesmos.

¹²⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 28 (II Parte).

¹³⁰ *Idem*, p. 29 (II Parte).

¹³¹ *Idem*, *ibidem*..

¹³² ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado. p. 29 (II Parte).

das outras. Quando originária é coordenada ou não inteiramente subordinada à outra, já quando subordinada a esta outra a instituição imperfeita é derivada.¹³³

Por fim, Romano destaca as instituições simples e complexas. Classificação esta decorrente da relação de uma instituição com as demais, fazendo com que destas, aquela faça parte mais ou menos integrante. Tal distinção entre instituição simples e complexa não coincide com aquela entre originária e derivada, ainda que possuam certa ligação.¹³⁴ Ao contrário das simples, uma instituição complexa consiste em uma “instituição de instituições”, ou seja, sendo uma instituição em si, maior e superior, é composta por outras instituições, menores e inferiores, em uma relação de subordinação, como se dá com a comunidade internacional.¹³⁵ Romano, então, classifica a instituição “comunidade internacional”, como uma instituição complexa. Uma “instituição de instituições” composta por outras instituições, menores e inferiores, em uma relação de subordinação.

[...] a comunidade internacional, seja em consideração aos seus componentes isolados, que são pessoas jurídicas e então instituições, seja em consideração aos vários agrupamentos desses, cada um dos quais é freqüentemente por sua vez uma instituição desprovida personalidade, é uma instituição complexa, isso é, uma instituição de instituições.¹³⁶

O reconhecimento da complexidade da comunidade internacional permite que outras instituições venham a compor a instituição maior “comunidade internacional”. Não limitando-a a uma “comunidade de Estados”. Além disso, o reconhecimento da complexidade de uma instituição como a “comunidade internacional”, bem como a instituição “Estado”, afasta uma concepção simplista dessas instituições. Isso possibilita

¹³³ *Idem, ibidem.*

¹³⁴ *Idem*, p. 28 (II Parte). Cabe advertir que referida classificação das instituições entre “simples e complexas” será novamente abordada no item 4, do presente escrito.

¹³⁵ *Idem, ibidem.* Segundo Romano, essa relação de subordinação pode-se dar em diferentes graus: ou a instituição deriva da complexa; ou a instituição é em parte originária; ou instituição é originária quanto ao seu próprio ordenamento, no entanto dependente de uma maior acerca de certos direitos e deveres relativos a esta ou a outras alheias às mesmas, como por exemplo, com os Estado e a comunidade internacional. In: *Idem, ibidem.*

¹³⁶ ROMANO, Santi. **Corso di diritto internazionale**. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939. p. 18. Livre tradução do original: “[...] *la comunità internazionale, sia in riguardo ai suoi singoli componenti, che sono persone giuridiche e quindi istituzioni, sia in riguardo ai vari aggrupamenti di essi, ciascuno dei quali à spesso a sua volta una istituzione sia pure senza personalità, è un’istituzione complessa, cioè una istituzione di istituzioni.*”

tanto o dinamismo da mesma de acordo com emergente necessidade social, quanto o seu não engessamento que poderá desencadear em uma crise.¹³⁷

¹³⁷ Ainda quanto à complexidade das instituições, vale por ora tecer algumas considerações sobre o texto *Lo Stato moderno e a sua crisi*, de 1909. Nesse, Romano ao discorrer sobre a crise do Estado moderno, revela a complexidade de instituições como esta estatal, destacando os fenômenos dos reagrupamentos de indivíduos e as corporações presentes na estrutura constitucional do Estado. Para tanto, Romano recorre ao processo que culminou em uma nova forma de estrutura social, ou seja, a Revolução francesa, de 1789, a qual impôs o modelo do Estado moderno personificado, caracterizado tanto por ser uma unidade completa [Estado de polícia], quanto pela impessoalidade do poder público. Nesse contexto, Romano critica tal Revolução por esta ter sido excessivamente simples ao não reconhecer os agrupamentos dos indivíduos, a complexidade da sociedade, a qual se fazia tão presente no Estado medieval, uma vez que neste último, as diversas partes que o constituíam não podiam nunca fundir-se em uma completa unidade, de modo que cada uma mantinha-se depositária por força própria e por direto originário de ao menos uma fração da soberania pública. No entanto, organização do Estado moderno se demonstrou insuficiente, frente à necessidade de organizações novas, complementares a esta e não contrárias. A crise do Estado moderno, então, se expressa por meio de um fato fácil de constatar, segundo Romano, corresponde ao fenômeno dos diversos agrupamentos de indivíduos, seja por critérios profissionais, seja por seus interesses econômicos, se multiplicam de modo prodigioso, como por exemplo, **as corporações e os movimentos sindicais**. O autor italiano ressalta que um dos motivos que fomenta a tendência moderna ao sistema corporativo decorre da simples observação de que as relações sociais que diretamente interessam o direito público não se esgotam naquelas que tem por finalidade os indivíduos, de um lado, e o Estado e as comunidade territoriais menores, de outro. Há as organizações sociais derivantes de vínculos diferentes daqueles territoriais, concomitantemente, há a necessidade de então definir o interesse econômico dos indivíduos que a compõe. Nessa perspectiva, Romano refere-se à exigência da economia da sociedade moderna, a qual permitiu reaparecer uma distribuição e uma organização de indivíduos que primeiramente tinha características e finalidade diversas, mas que é em substância uma fase nova de uma antiga e contínua exigência social. O sistema corporativista serviria assim para mitigar o individualismo, conseqüente, principalmente das exigências econômicas da sociedade moderna, desenvolvendo um o sentimento de recíproco respeito entre os diversos grupos de indivíduos, contribuindo para uma organização social mais completa e compacta. O movimento corporativo viria a suprir as lacunas e as deficiências do Estado em crise, sendo que tal deficiência pode acabar se ampliando quando os grupos sociais os quais não deveriam se colocar contra o Estado, acabam unindo-se com aqueles que propõem uma radical transformação do poder público, ou seja, aos movimentos antagônicos ao Estado. O que se visa então, de acordo com Romano, é construir e não destruir, essa sim corresponde à tarefa que pode e deve propor-se o ordenamento político, de envolver-se na vida social e, quando terá construído o novo edifício, não contrastam com a sólida e concreta arquitetura do Estado moderno, mas apóiam sua própria base, constituindo como parte integrante do mesmo. Portanto, a crise no Estado moderno pode, conforme Romano, ser caracterizada por dois fenômenos, tanto pelo progressivo organizar-se sobre a base de particulares interesses da sociedade, quanto pela deficiência dos meios jurídicos e institucionais, que a própria sociedade possui para fazer respeitar e valer sua estrutura no seio daquele Estado. O remédio para tal crise, enfim, pode ser encontrado em instituições criadas pelo do Estado e, logo, enquadradas no seu ordenamento. Por último, após discorrer sobre a crise do Estado moderno e sua superação pelo reconhecimento a complexidade da instituição estatal, Romano, enfatiza que um princípio sempre exigente e indispensável frente a essa complexidade institucional corresponde ao “[...] de uma organização superior que una, apazigue, e harmonize as organizações menores na qual a primeira vai se especificando. E esta organização superior poderá ser e será ainda por um longo tempo o Estado moderno, que poderá conservar quase inata a figura que atualmente possui.” Isso significa que, Romano reconhece que o Estado moderno ainda correspondia, ao tempo **1909** em que elaborou o referido texto *“Lo Stato moderno e la sua crisi”*, a esta organização superior, não descartando, no entanto, o reconhecimento de uma instituição mais complexa e superior ao próprio Estado, ou melhor, a todos os Estados, não ignorando, portanto, a organização internacional. In: ROMANO, Santi. *Lo Stato moderno e a sua crisi*. In: _____. **Scritti minori**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950. p. 311-325. p. 324 Livre tradução do original: “[...] di un’organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi

Enquanto instituição de autonomia relativa, as organizações não-governamentais, em sua atuação no cenário internacional, vem a relacionar-se com demais instituições como os Estados, ou as organizações internacionais. Contudo tais instituições, seja simples, seja complexas, encontram subordinadas a instituição maior. Essa instituição complexa a qual as mesmas fazem parte corresponde à comunidade internacional.

Considerar, portanto, a comunidade internacional, consoante a concepção de Romano, como instituição complexa permite uma leitura plural dessa instituição, onde demais instituições a integram. Demais instituições como os Estados, as organizações internacionais, ong's e empresas transnacionais que representam as diversas partes dessa unidade, da comunidade internacional. Os novos atores do direito internacional por serem identificados como instituições, que vem a compor uma instituição maior, expressam, enfim, a complexidade desta.

Considerações finais

A partir do institucionalismo de Santi Romano, a questão dos novos atores do direito internacional pode ser considerada como uma expressão da complexa comunidade internacional. Isso significa que tanto esses os novos atores, quanto a comunidade internacional identificam-se como instituições, segundo a definição proposta por Romano. Instituições por apresentarem suas características fundamentais como: uma efetiva unidade social; cuja natureza de manifestação deve ser social; fechada, que por possuir uma individualidade peculiar, pode ser examinada em si e por si; e por fim, permanente. Tais instituições para Romano consistem na primeira manifestação do ordenamento jurídico, ou seja, se manifestam como um corpo social unitário, o qual é em si e por si jurídico, justamente por ser organizado.

Por isso, toda ente que possui personalidade jurídica corresponde a uma instituição. Contudo, nem toda instituição possui personalidade jurídica. Nesse sentido,

lê organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi. E quest'organizzazione superiore potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo Stato moderno, che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede.”

novos atores do direito internacional, como por exemplo, as organizações não-governamentais, por serem entes aos quais se atribuem personalidade jurídica identificam-se como instituições. Já a comunidade internacional identifica-se como uma instituição, mas é desprovida de personalidade jurídica.

Contudo, essas instituições possuindo ou não personalidade jurídica, caracterizam-se por sua autonomia relativa permitindo assim que as mesmas venham a estabelecer relações entre si. Ao estabelecerem essas relações as instituições podem assumir características fundamentais, segundo as quais Romano apresenta uma classificação. Dentre esta, quanto à relação de uma instituição com as demais, fazendo com que destas, aquela faça parte mais ou menos integrante, uma instituição pode ser simples ou complexas. As instituições complexas são aquelas que as demais instituições, inferiores, a integram.

A instituição “comunidade internacional” é considerada por Romano como uma dessas instituições complexas. Uma instituição superior composta por outras instituições inferiores. Enquanto “instituição de instituições”, os Estados, as organizações internacionais e os novos atores do direito internacional, como as ong’s, correspondem a instituições que compõe a instituição superior “comunidade internacional”.

A complexidade de uma instituição permite que outras instituições inferiores dela venham a integrar. Um ente identificado como instituição passa a compor a instituição complexa que o mesmo integra. Não sendo limitado de vir a compor esta superior, mas sim expressando a própria complexidade da mesma. O que possibilita assim o dinamismo da instituição superior. Particularmente quanto à complexa instituição “comunidade internacional” os novos atores do direito internacional, uma vez identificados como instituições, segundo a concepção de Romano, correspondem a instituições que integram tal instituição superior. Os novos atores do direito internacional, portanto, correspondem à expressão da complexa comunidade internacional, revelando, concomitantemente, o dinamismo do cenário internacional.

Referências bibliográficas

AGO, Roberto. **Direito Positivo e Direito Internacional**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. As teorias antiformalistas. In: _____. **História da filosofia do direito**. Baurueri, SP: Manole, 2005. Cap. 7.

DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HAURIOU, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion**. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais: estudos de introdução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta de São Francisco, 1945**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documento_carta> . Acesso em: nov. 2007.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado.

_____. **Corso di diritto internazionale**. 4ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milano, 1939.

_____. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Lo Stato moderno e a sua crisi**. In: _____. **Scritti minori**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950. p. 311-325.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

_____. VENTURA, Deisy. **Introdução ao direito internacional público**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessita nell'ordinamento giuridico: interpretazione della dottrina di Santi Romano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, MG, ano XVII, n. 6, p. 06-64 , out. 1966.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

A DESCONSTRUÇÃO DA SOBERANIA DOS ESTADOS E O SURGIMENTO DE NOVOS ATORES NO DIREITO INTERNACIONAL

*Renata Vargas Amaral**

Resumo

Este artigo pretende analisar a desconstrução da noção absoluta de soberania ao longo dos séculos e a consequente abertura de espaço para o surgimento de novos atores no âmbito do Direito Internacional. O conceito clássico de soberania sistematizado no século XVI por Bodin há muito tempo não se sustenta. A crescente comunicação entre os Estados soberanos e o aprofundamento da interdependência entre eles obrigou-os a cederem parte de seu poder soberano em favor da convivência pacífica entre os povos. O Estado tornou-se muito pequeno frente a fenômenos como a internacionalização econômica e a necessidade de proteção mútua frente a crimes contra a humanidade, o que justificou o surgimento de instituições supranacionais com traços de personalidade jurídica próprios.

Palavras-chave: Direito Internacional; Soberania; Novos Atores

Abstract

This article intends to analyze the deconstruction of the absolute concept of sovereignty along the centuries and the consequent opening of a space for the appearing of new actors in the field of International Law. The classic concept of sovereignty organized in the XVI century for Bodin has not been working well for a long time. The increasing communication between the sovereign States and the stronger interdependence of each other obligated them to give part of their sovereignty up to pacific contact among the people. The State has become small to deal with a phenomenon like the economic internationalization or the necessity of mutual protection for crimes against humanity, which justified the appearing of supranational institutions with their own traits of jurisdictional personality.

Keywords: International Law; Sovereignty; New Actors

Resumen

Este artículo objetiva analizar la degeneración de la noción absoluta de la soberanía al largo de los siglos y la consecuente apertura de espacio para el surgimiento de nuevos actores en el ámbito del Derecho Internacional. El concepto clásico de soberanía sistematizado en el siglo XVI por Bodino hace mucho no se sustenta. La creciente comunicación entre los Estados soberanos y la profundización de la interdependencia entre ellos los ha obligado a cederen parte de su poder soberano a favor de la convivencia pacífica entre los pueblos. El Estado se ha hecho muy pequeño frente a fenómenos como la internacionalización de la economía y la necesidad de protección mutua frente a crímenes contra la humanidad, el que ha justificado el surgimiento de instituciones supranacionales con sus propios trazos de personalidad jurídica.

Palabras-clave: Derecho Internacional, Soberanía, Nuevos Actores

* Mestranda do curso de Direito, área de Relações Internacionais da Universidade de Santa Catarina – UFSC. E-mail: revamaral@gmail.com.

Introdução

Soberania é um dos conceitos fundamentais de direito internacional. Faz parte dos princípios que afirmam a igualdade dos Estados e a independência política referidas no artigo 2 da Carta das Nações Unidas.

Embora já apareça na Idade Média sob a forma de poder de *suserania*, com fundamento carismático e intocável, a noção de soberania como *suprema potestas* só é efetivamente reconhecida e sistematizada no século XVI, após a queda do Sacro Império Romano, com os discursos de Jean Bodin na França.

Com Bodin iniciou-se oficialmente a era dos absolutismos monárquicos, que conheceu seu auge no reinado de Luiz XIV, que, abusando da origem divina do poder soberano, defendida na obra de Bodin, utilizava a soberania como poder pessoal exclusivo da pessoa sagrada do soberano.

Após Bodin, outro importante teórico clássico do poder absoluto do soberano foi Thomas Hobbes, já no século XVII. Em que pese a grande contribuição destes autores principalmente, este trabalho busca desconstruir a concepção clássica da soberania como poder ilimitado que não reconhece outro superior nem na ordem interna, nem na externa, fazendo um esforço para demonstrar a inadequação desta concepção no mundo globalizado que vem se consolidando, sobretudo, a partir da formação do Estado moderno.

De fato, o primeiro grande choque de incompatibilidade do conceito clássico de soberania aparece com o surgimento do Estado Moderno, a partir da Revolução Francesa, quando ao poder soberano atribui-se o poder político e jurídico, ambos emanados da vontade geral do povo – reflexo do contrato social de Rousseau. A partir deste momento histórico começa-se a se desfazer os laços sagrados entre o poder soberano e a sagrada figura do rei.

No entanto, é após as duas guerras mundiais do século passado que os alicerces da tradicional noção de soberania ficaram efetivamente estremecidos. A necessidade de reconstrução da Europa e, sobretudo, o forte anseio mundial de estabelecimento de condições para uma paz duradoura fizeram brotar novos comportamentos entre os Estados que, ao passo que foram diminuindo seu

protecionismo econômico a partir da década de 1950, foram assumindo uma postura de solidariedade e ajuda mútua.

Neste ínterim, com a crescente e cada vez mais consistente interação e intercâmbio entre os Estados, a intenção deste trabalho é justamente de degenerar a idéia clássica do poder soberano, individualista e absoluta, e abrir os olhos do leitor para o surgimento de novos sujeitos de direito no âmbito das relações internacionais.

Para isso, no primeiro capítulo será feita uma viagem histórica pelo conceito de soberania, partindo-se da primeira sistematização feita a esse princípio por Bodin e na seqüência trazendo as mudanças na teoria clássica elaboradas por Thomas Hobbes, ambos grandes autores do absolutismo monárquico, que conseguiram justificar, cada um com suas particularidades, o poder soberano, ilimitado e absoluto, dos monarcas dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Em seguida, no capítulo dois começa-se a discutir o caráter absoluto da soberania, que encontra em Leon Duguit forte contrariedade. Duguit vai degenerar a origem divina da soberania e desenhar de que forma os Estados deixam de ser absolutos no seu poder soberano em virtude, sobretudo, do nascimento do Estado constitucional após a Revolução Francesa e, mais tarde, em razão da forma como as relações internacionais começaram a estruturar-se no século XX.

Por fim, na última parte, será feita uma digressão sobre o surgimento de novos atores no direito internacional em razão da crescente desconstrução da soberania absoluta dos Estados, classicamente únicos sujeitos de direito internacional, e da cessão, cada vez maior, do poder soberano dos Estados a instituições supra-estatais.

1. Os fundamentos históricos da soberania

Os elementos que compõe o conceito clássico de soberania aparecem com clareza no cenário internacional no século XVII, ao fim da Guerra dos Trinta Anos¹³⁸.

¹³⁸ A Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) constituiu-se de uma série de sangrentos conflitos religiosos e políticos, especialmente na Alemanha, em que assuntos constitucionais germânicos e, sobretudo as rivalidades entre católicos e protestantes foram gradualmente alargando-se para o resto do continente europeu. Embora de causa religiosa, o conflito envolveu esforços da França e da Suécia para eliminarem a dinastia dos Habsburgos da Áustria.

Os Tratados de Vestfália¹³⁹ que puseram fim a esta guerra sangrenta principalmente para a Alemanha, foram um marco para a sociedade europeia daquele século. Na medida em que restabeleceram a paz na Europa, consagraram o início de uma nova fase na história política daquele continente: ao passo que eliminaram o poder supremo da Igreja, conferiram aos Estados o direito e o poder de negociarem livremente como únicos responsáveis nas políticas internacionais¹⁴⁰.

No período que antecedeu a paz de Vestfália, imperava na Europa a teoria do direito divino, de que todo o poder vem de Deus. Deus era o princípio e a fonte de todo o poder, e um representante divino de Deus dentre o povo, era titular deste poder soberano.

Após a crise do império político romano, duas forças hegemônicas do Ocidente, que estavam em movimento contínuo atuavam, segundo Paolo Grossi, da seguinte forma: a Igreja Romana “suspeitando e hostilizando qualquer poder político forte, por ela visto – e com razão – como restritivo da sua própria ação no social”¹⁴¹; e as diferentes estirpes germânicas que, “portadoras de uma psicologia que via o poder público como dimensão não sacral, bastante diferente da concepção mediterrânea que,

¹³⁹ Foram dois os Tratados de Vestfália: em 14 de outubro de 1648, foi assinado o tratado de Osnabrück, concluído entre a Rainha da Suécia e a França por um lado, e o imperador e príncipes alemães por outro. No dia 24 de outubro do mesmo ano, foi assinado o Tratado de Münster, que continha também duas partes: de um lado a França e seus aliados (a Suécia entre eles), e de outro os príncipes e o imperador alemães. De acordo com Daillier, Dinh e Pellet, os Tratados de Vestfália foram qualificados de Carta Constitucional da Europa, que legalizaram formalmente o nascimento de novos Estados soberanos e a nova carta política europeia que resultou daí. Vide DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allan. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

¹⁴⁰ Segundo Paolo Grossi, os séculos que antecederam vestfália começaram a desenhar, desde a crise do império romano, iniciada no século V d.C., uma civilização que lentamente assume “um aspecto corretamente qualificável, sob um perfil antropológico, como primitivo: em uma paisagem de escassos habitantes, de natureza geofísica insuscetível de ser governada, de esfacelamento político, de grave insegurança social, a qualificação primitiva indica pontualmente um mundo dominado pelo real, em que pobres formigas humanas – absolutamente incapazes de confiar nos próprios recursos individuais – procuram e encontram refúgio em uma incumbente natureza cósmica ou em micro-comunidades salvadoras.¹⁴⁰ Vai se delineando de um modo cada vez mais claro uma civilização não antropocêntrica, como obstinadamente quisera ser a Clássica, mas sim deliciosamente reicêntrica, tendo com característica geral a desconfiança no que concerne a toda emersão de *individualidade, desconfiança* originada em uma psicologia coletiva de desconfiança”. In: GROSSI, Paolo. *Da sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre Medieval e Idade Moderna*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Mimeografado, p. 04.

¹⁴¹ *Idem*, p. 04.

imersando o Príncipe em uma relação direta com a Divindade e fazendo dele uma emanção da mesma, revestia com tons de absoluto aquele poder”¹⁴².

Até o século XV, entendia-se a soberania como um poder perpétuo e ilimitado, que se sujeitava apenas às leis divina e natural¹⁴³. Acreditava-se na necessidade de concentrar o poder totalmente nas mãos do governante, no sentido de os súditos despojarem-se do seu poder soberano e o transferirem inteiramente ao representante divino.

O conceito de soberania foi pela primeira vez sistematizado pelo jurista francês Jean Bodin¹⁴⁴. O autor, ferrenho defensor da monarquia, analisou o princípio da soberania em sua obra *Les six livres de la Republique*, de 1576, em que ele conceitua a soberania como poder perpétuo e ilimitado, que encontra suas limitações apenas perante as leis divina e natural. Ou seja, a soberania, para Bodin, é absoluta no limite destas leis¹⁴⁵.

O autor francês exclui a existência de qualquer outro poder equivalente dentro do Estado e nega a existência de um Estado sem poder soberano. A idéia de poder absoluto encontra razão na crença de Bodin na necessidade de concentrar o poder totalmente nas mãos do governante. Para o autor francês, o poder divino está refletido na pessoa do soberano a quem os súditos devem obediência.

Como se pode intuir, era do soberano o poder e pelo soberano passavam todas as normas, todo o direito. Toda a riqueza do *ius commune*, do pluralismo jurídico, das mensagens universalistas que se verificam na Idade Média são rigorosamente guardados e esquecidos. O Estado moderno soberano precisa de uma forma compacta de direito e de poder. Paolo Grossi comentada sabiamente esta mudança entre a Idade Média e o surgimento do Estado moderno, dizendo que:

¹⁴² GROSSI, Paolo. *Da sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre Medievo e Idade Moderna*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Mimeografado, p. 04.

¹⁴³ Santi Romano explica que o conceito de soberania começou a ser construído na França, após o desfazimento do Sacro Império Romano, período durante o qual atribuíam-se ao imperador, como chefe temporal da cristandade, uma *suprema potestas*. Após este período e antes do surgimento de Jean Bodin, soberano era aquele que detinha o poder mais alto, o rei, e quem fosse dotado de qualquer supremacia ou superioridade, sendo que eram também soberanos os barões na sua baronia. *In*: ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 87.

¹⁴⁴ É importante destacar que incontáveis foram os autores que trataram do tema soberania, desde Aristóteles até a atualidade. No entanto, Jean Bodin foi o autor que detalhou o sistematizou o princípio da soberania dos Estados, mais tarde reafirmado pelos Tratados de Vestfália.

¹⁴⁵ BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Aalen: Scientia, 1977.

O direito se resume e se conecta sempre mais ao poder; aliás, o expressa. O direito se subjetiva, ou seja, se encarna sempre mais na vontade do Soberano, uma vontade muitas vezes arbitrária e que geralmente coincide, como adverte com desenvoltura Jean Bodin no final do século XVI, com a sua vontade, ou seja, com a mais indiscutível das dimensões do sujeito¹⁴⁶. A lei perde aquele duplo caráter de ordenamento e de ato racional (que já pareciam insensatas limitações ao poder do Soberano), é ato de vontade, é ato de império, é comando. O direito se vê reduzido ao grau de instrumento de controle social, se tornando um artifício, uma criação do titular da soberania¹⁴⁷.

O conceito primitivo de soberania do rei era relativo, mas com a teoria de Bodin tornou-se absoluto. O autor absolutista deixa claro que soberania só existe quando o povo despoja-se de seu poder soberano e o transfere ao governante¹⁴⁸. Não obstante, Bodin ao sublinhar, segundo Dinh, Daillier e Pellet, “que a soberania deve ser una e indivisível, perpétua e suprema, pretende, no contexto político da época, que ela devia ser monopólio de um monarca hereditário”¹⁴⁹.

O termo soberania estava então, em íntima conexão com a definição do Estado moderno. O Estado manifesta-se através da soberania, que por sua vez justifica as atitudes absolutistas dos Estados ao atribuir-lhe a denominação de potência absoluta.

A este respeito, Paolo Grossi comenta que a idéia de soberania de Bodin como potência única e ilimitada para o Estado era perfeitamente justificável naquele momento. Isso porque, como se pode absorver da teoria de Bodin e das características atribuídas ao Estado moderno, a soberania para o jurista italiano, “é o cimento que solidifica uma entidade política tipicamente estatal, fortificando a sua insularidade”¹⁵⁰.

Ainda, Bodin faz a distinção entre a soberania interna (soberania no Estado) e soberania externa (soberania do Estado). O aspecto externo da soberania foi desenvolvido com o nascimento do direito internacional moderno, antes da existência de uma teoria que tratasse da soberania interna, com escritos de teólogos espanhóis do século XVI, iniciados por Francisco de Vitória e seguidos por Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez, todos antes da obra do jurista

¹⁴⁶ BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Aalen: Scientia, 1977, livro I, capítulo VIII, p. 132-133.

¹⁴⁷ GROSSI, Paolo. *Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Angelo Garzarella e de Arno Dal Ri Júnior. Mimeografado, p. 07.

¹⁴⁸ De acordo com Dinh, Daillier e Pellet, Jean Bodin não exprime nenhuma preferência pessoal ao afirmar que, em princípio, “a soberania pode pertencer quer aos príncipes, quer ao povo” In: DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allan. *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 53.

¹⁵⁰ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società all'insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna*. Tradução de Arno Dal Ri Jr.. Mimeografado, p. 08.

holandês Hugo Grotius. Segundo Luigi Ferrajolli, o desenvolvimento da doutrina sobre soberania externa pelos citados autores tinha fundamento na necessidade de dar um respaldo jurídico à conquista do Novo Mundo em seguida do seu descobrimento¹⁵¹.

Mario de la Cueva, no estudo preliminar que faz ao livro de Hermann Heller, acrescenta a este pensamento, com respaldo de muitos autores que escreveram sobre soberania¹⁵², que a história deste princípio reproduz as disputas entre os vários poderes que integraram a estrutura política da Idade Média: a igreja e o império, os reis e os senhores feudais, o papado e o império¹⁵³. Segundo o autor, destas disputas surgiram o Estado moderno e a idéia de soberania, que nasceu com duas dimensões: a interna, que se refere à unidade de poder público exercido sobre os homens no interior da monarquia; e a externa, teorizada primeiramente na história, que significa independência diante dos “poderes humanos distintos do povo ou de seu rei”¹⁵⁴.

Bodin preocupa-se com a dimensão interna da soberania, que para ele, consistia num instituto absoluto e irrevogável. Antes do autor francês, nunca se havia formulado uma teoria que afirmasse que todo o domínio sobre uma pluralidade de famílias, dotado de poder soberano, isto é, revestido de um poder supremo e independente no exterior e no interior, represente um Estado. Antes de Bodin, o que se havia reconhecido, segundo Jellinek, era o aspecto exterior da soberania e a *suprema potestas* de alguns príncipes, do imperador e do rei da França¹⁵⁵.

Após a Idade Média, considerava-se o poder do Estado como independente, e ao príncipe era oferecido incondicionalmente todo o poder do Estado. A doutrina de soberania transformou-se, neste momento, em absolutismo propriamente. Inclusive, afirma Jellinek, que Bodin em meio às turbulências de guerras civis, chega a considerar

¹⁵¹ Vide FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

¹⁵² Mario de la Cueva refere-se aqui, a título de exemplo de autores que trataram do tema soberania, à obra *Teoria General Del Estado*, de George Jellinek.

¹⁵³ Georg Jellinek dá uma contribuição interessante, no seguinte sentido: “*El Estado moderno se diferencia radicalmente del antiguo en que se ha encontrado combatido desde sus comienzos por diferentes lados, y de esta suerte ha necesitado afirmar su existencia mediante fuertes luchas. Tres poderes han combatido su sustantividad en el curso de la Edad Media: primero la Iglesia, que quiso poner al Estado a su servicio; inmediatamente después el imperio romano, que no quiso conceder a los Estados particulares más valor que el de provincias; finalmente, los grandes señores y corporaciones, que se sentían poderes independientes del Estado y en frente de él*”. In: JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 405.

¹⁵⁴ Vide HERLLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 9.

¹⁵⁵ Vide JELLINEK, *Op. Cit.*, p. 415.

que o único meio de salvação para o Estado está no reconhecimento da onipotência do rei¹⁵⁶.

Hermann Heller destaca a importância de frisar que Bodin reconheceu, como nenhum autor havia feito antes, que o problema da soberania é o problema normativo fundamental, que é o que expressa a relação entre norma e individualidade. O autor fez uma distinção precisa entre direito e lei, na medida que Bodin afirma que o direito visa a igualdade sem necessidade de um mandamento expresso, enquanto a lei é um mandamento do poder soberano¹⁵⁷.

Na linha do rigorismo do autor francês, Thomas Hobbes aparece no século seguinte, para reforçar a teoria absolutista de soberania elaborada por Bodin, que tinha, como Hobbes, um gosto especial pela monarquia.

Hobbes passa então, no século XVII¹⁵⁸, a publicar idéias que embora reforçassem a idéia de soberania e absolutismo sistematizados por Bodin, contrapunham-se à origem divina do poder, afirmando sua origem popular enraizada num contrato político. Hobbes procurou dar ao Estado uma fundamentação fortemente contratualista, que, de acordo com Ari Marcelo Sólon, era oposta à noção medieval de submissão entre o povo e o príncipe, mas que, partindo do pressuposto de que os indivíduos precedem à sociedade¹⁵⁹, na medida em que o contrato foi resolvido da união

¹⁵⁶ *Idem*, p. 417. O autor ainda acrescenta, fazendo uma clara referência à fórmula jurídica escrita por Maquiavel anos antes, que “*En esta época, la transición hacia el Estado Moderno tuvo como medio necesario la concentración del poder de los príncipes, unas veces para instituir la unidad del Estado, como acontece en España, donde habían subsistido hasta entonces dos Estados independientes, llegando a fundirse, y en otras ocasiones para preservar al Estados de las fuerzas centrifugas, cada vez más fuertes, puestas de manifiesto en el espíritu particularista de los Estados o clases.*”

¹⁵⁷ *Idem*, p. 82. Heller ainda acrescenta que o soberano, em Bodin, de maneira alguma é ilimitado. Segundo o autor se definimos soberania a margem de todas as leis “*no puede haber absolutamente ningún príncipe que en realidad posea los derechos de la soberanía, pues a todos ello límitalos la ley divina y también la ley natural...*” e termina afirmando que todos os governantes e povos estão igualmente sujeitos às leis divinas e naturais.

¹⁵⁸ De acordo com Ferrajoli, é no século XVII que o plano cosmopolita de uma sociedade de Estados sujeitos ao direito das gentes desenhado por Francisco de Vitória entra em crise. “Com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena automatização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da Igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização”. In: FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 16-17.

¹⁵⁹ A idéia contrária é trazida pelo jusnaturalismo clássico e medieval, segundo o qual a sociedade precede o indivíduo. Em Hobbes, inaugurando o jusnaturalismo moderno dos séculos XVII e XVIII, o autor deixa claro que os indivíduos vivem em estado de natureza, desagregados e que, portanto, precedem à sociedade.

entre indivíduos desagregados (em estado de natureza), não havia nem povo nem soberano¹⁶⁰.

Segundo Jellinek, a teoria de origem humana do poder soberano do príncipe conduz, a partir de Hobbes, à superação da doutrina da escola do direito natural sobre a teoria da soberania popular à que Hobbes considera como origem do poder do Estado. Segundo o autor inglês todas as construções jurídicas são válidas para fundamentar o poder soberano do príncipe¹⁶¹.

Para Hobbes a soberania que primitivamente residia em cada homem, passa, a partir do contrato, a pertencer à autoridade criada pelo pacto, que não pode ser rescindido jamais. A autoridade do contrato é “um mandatário com poderes ilimitados, indiscutíveis e absolutos”¹⁶². Nesse contexto, Hobbes afirma que a soberania é absoluta, uma vez que houve total transferência dos poderes dos súditos para o soberano.

Na mesma linha de pensamento, os princípios que nortearam as doutrinas dos séculos XVII e XVIII foram fundamentados pelos escritos de Hobbes, que centra todo seu discurso a partir do pacto, do contrato bilateral celebrado por cada membro do povo com o rei, e o pacto celebrado pelo próprio povo entre si, ao qual os membros se submetem, de forma que o povo se encontra obrigado por força deste contrato de sujeição, mas ao qual o soberano - o poder criado pelo pacto, não se submete; o povo pode despojar-se de seu poder, mas o poder do povo é inalienável¹⁶³.

Portanto, soberania é sinônimo de poder que não reconhece outro superior. No Estado Moderno, de acordo com Miguel Reale, “(...) a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É esta necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de *poder* peculiar ao Estado Moderno”¹⁶⁴.

O conceito de soberania, pode-se dizer, envolveu o conceito de Estado. O Estado soberano impõe a si os seus próprios limites. Aqui reside, pois, a principal diferença entre soberania e autodeterminação, que são facilmente confundidas: à

¹⁶⁰ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 33.

¹⁶¹ JELLINEK, *Op. Cit.*, p. 419.

¹⁶² Vide AZAMBUJA, Darcy. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁶³ *Idem*, p. 420.

¹⁶⁴ REALE, Miguel. *Teoria do Estado e do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 139.

soberania não cabe nenhuma espécie de limitação, enquanto que a autodeterminação pode ter suas ações limitadas por algum outro tipo de poder.

Um Estado soberano é autônomo, independente e tem poder supremo. “A vontade de um Estado soberano não depende de nenhuma outra vontade. É a vontade suprema garantida, se necessário pela força coatora de que dispõe, pela própria natureza, a entidade estatal”¹⁶⁵. Ou seja, a soberania se traduz na vontade própria do Estado, que, conseqüentemente, embasa a idéia clássica de soberania, qual seja, a de supremacia interna e de independência internacional.

A filosofia política jusnaturalista do século XVII cindiu toda o liame da soberania interna, que se libera de todos os limites nas teorias de Bodin e, em seguida, no paradigma contratualista de Hobbes. O caráter absoluto da soberania restou explícito neste momento, tendo como os únicos limites ao poder soberano às leis divinas e naturais, para Bodin, e a lei natural – o princípio da razão – para Hobbes¹⁶⁶.

No que diz respeito à soberania externa a idéia não é diferente. Se o estado é soberano, e, portanto, absoluto internamente, como não existem leis superiores a ele o Estado é também absolutamente soberano externamente, na sua relação com outros Estados.

Inclusive, a este respeito, Ferrajoli faz uma alusão aos escritos de Hobbes dizendo que, juntando a soberania externa de um Estado à “soberania paritária externa de outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado natural de desregramento, que internamente a sua constituição havia negado e superado”¹⁶⁷.

Em verdade, é na Idade Contemporânea que o “estado de natureza” dos Estados atinge seu ápice. Entre os séculos XIX e XX, época em que se construía na Europa a noção de Estado de direito e democracia¹⁶⁸, a soberania interna e a soberania externa seguem rumos diferentes: enquanto a primeira limita-se cada vez mais, com o princípio da limitação dos poderes, formação do Estado liberal-democrático e sujeição

¹⁶⁵ PAUPERIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 17.

¹⁶⁶ Vide FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 19.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 20. O autor ainda acrescenta que os Estados “encontram-se entre si na condição do *bellum omnium* própria do estado de natureza”, segundo Hobbes, “uma condição efetiva, e não puramente hipotética”. *Idem*, p. 21.

¹⁶⁸ *Idem*, p.27.

dos poderes internos do soberano à lei, a soberania externa reforça cada vez mais o estado de natureza feroz entre os Estados¹⁶⁹.

2. A desconstrução do caráter absoluto da soberania

O Estado surgiu, sobretudo, da necessidade de organização dos indivíduos em comunidades e para a defesa de seus direitos fundamentais. A soberania externa do Estado sempre teve como fundamento para a sua legitimação a necessidade de independência e a proteção contra inimigos.

Com o passar dos tempos, nota-se na história uma mudança conceitual do termo soberania conforme as formas de organizações do poder. A idéia de poder supremo e incontestável que estava no centro da noção de soberania incomodava, e fez com que aparecessem pensadores que passaram a discordar deste pressuposto.

Rousseau aparece como o grande pensador contratualista após Hobbes, adaptando a noção de pacto às suas teorias, porém afastando-se decisivamente do autor inglês ao conceituar o estado de natureza¹⁷⁰ e a soberania.

Para Rousseau, a soberania é do povo. Seu conteúdo é colocado na legislação como expressão da vontade geral e todo o poder é estabelecido em favor dos governados. A função do soberano é de executar as leis, e esta função é revogável a qualquer momento. Não obstante, como em Rousseau a soberania é o exercício da vontade geral, ela não pode ser transmitida. A soberania é inalienável, indivisível, insuscetível de representação ou de limitação¹⁷¹.

Inspirada nos discursos do contratualista francês, a mais difundida definição de soberania, adotada por várias Constituições, consagra-se na Europa, mais precisamente em 1789, na Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do

¹⁶⁹ Sobre a soberania externa no mundo, afirma Paupério que “além da completa independência em relação a todo e qualquer país estrangeiro e do máximo poder interno, um caráter de ilimitação (...)”. PAUPÉRIO, *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁷⁰ Na leitura de Rousseau, os homens não estão em estado de natureza antes do pacto. O homem natural de Rousseau tem um instinto de auto-conservação e compaixão, e o estado de natureza é para este autor o ponto de chegada. Vide ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

¹⁷¹ *Idem*, p. 43-46.

Cidadão, quando o termo soberania firmou-se trazendo em sua essência características de indivisibilidade, inalienabilidade, imprescindibilidade e unidade¹⁷².

Em tempos mais recentes, no início do século XX, discutindo a legitimidade do poder soberano, Leon Duguit analisa a soberania fazendo uma crítica à sua origem divina, que, segundo ele, utilizando-se da onipotência do termo, o Estado legitima o abuso do poder, já que este vem de Deus.

Duguit vai resgatar em Rousseau a idéia de que soberania é uma vontade, uma vontade que se determina por si mesma, que tem a sua própria competência e que é, por conseguinte, independente de outra vontade¹⁷³.

O autor francês analisa que junto com a soberania, nasceu a doutrina do direito divino da soberania, que exerceu influência sobre a primeira desde o princípio, e que ainda hoje, encontra-se presente em alguns espíritos¹⁷⁴.

Uma das formas que Duguit apresenta para explicar o poder divino, e criticá-la, é a do poder divino sobrenatural, segundo a qual o príncipe é designado diretamente por Deus para governar um povo, revestindo o poder do príncipe de um caráter sagrado. O príncipe tem direitos sobre seus súditos, mas os súditos não têm direito algum sobre ele.

Na França, de acordo com Duguit, a doutrina do direito divino sobrenatural foi conhecida e afirmada no século XVII, que serviu ao rei para negar qualquer supremacia ao imperador germânico e ao Papa. Luís XIV afirmava que a soberania da qual os reis estão investidos é uma delegação da Providência divina, e que somente perante a Deus são os reis responsáveis pelo poder que lhes foi concedido¹⁷⁵.

Após a crítica a respeito da criação da origem divina do poder soberano, Duguit trata em sua obra da impossibilidade de manter o absolutismo que é referido ao princípio da soberania no âmbito das relações internacionais de Estados soberanos. Para

¹⁷² AZAMBUJA, *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁷³ DUGUIT, Leon. *Soberanía y Libertad*. Madrid: Librería española y extranjera, 1924, p. 150.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 152.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 154. Duguit ainda acrescenta as fórmulas de algumas declarações de Guilherme II, imperador alemão, que também afirmou muitas vezes que seu poder imperial procedia diretamente de uma delegação divina, e que só a Deus devia prestar contas de seus atos.

isso, o autor utiliza o exemplo da Liga das Nações¹⁷⁶, que segundo o Duguit, seria como um super-Estado, que estaria acima dos demais Estados que aderissem a ela¹⁷⁷.

A idéia que inspirou a Liga das Nações pós-primeira guerra era a de que era necessário impedir que uma potência qualquer desencadeasse novamente outra calamidade no mundo, que viesse a impedir novamente o homem de trabalhar livre em seu território nacional.

Em verdade, Duguit afirma que este pensamento foi um dos mais generosos e humanos em um tratado de paz, mas que na conjuntura em que se encontrava o mundo naquele momento, a Liga não teria como funcionar. Isso porque, o conceito absoluto de soberania ainda estava muito vivo nas relações internacionais para que nenhum participante do Tratado de Versalhes¹⁷⁸ pudesse aceitar uma sociedade de nações compreendida como queria a Liga¹⁷⁹.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que mesmo com o fracasso da Liga das Nações, já muito antes da Primeira Guerra Mundial, mais precisamente da data da formação do Estado clássico surgido do constitucionalismo moderno após as Revoluções Americana e Francesa, para o Estado globalizado, plurinacional do século XXI há uma forte mudança.

O que se quer dizer é que os Estados, sobretudo após as duas guerras mundiais do século XX, embora no exercício de seu poder soberano, aderiram ao mundo globalizado, integrado, ao espaço plurinacional. Para isso, cederam parte de sua

¹⁷⁶ A Liga das Nações foi uma organização internacional, a princípio idealizada em janeiro de 1919, em Versalhes, nos subúrbios de Paris. Inicialmente, as potências vencedoras do conflito da Primeira Guerra Mundial se reuniram nessa data com vistas a negociar um acordo de paz.

¹⁷⁷ Duguit traz em seu livro, para do texto do preâmbulo do convênio da Liga das Nações, em que destaca que: *“Las altas partes contratantes, considerando que para desarrollar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad importa aceptar determinadas obligaciones de no recurrir a la guerra (...), de hacer reinar la justicia y de respetar escrupulosamente todas las relaciones de los pueblos organizados, adoptan el siguiente pacto, que instituye la Sociedad de Naciones”*. In; DUGUIT, *Op. Cit.*, p. 190-191.

¹⁷⁸ O Tratado de Versalhes foi o nome dado ao tratado de paz assinado pelas potências européias, anunciando o fim da Primeira Guerra Mundial, que resultou na formação da Sociedade ou Liga das Nações. O ponto principal deste tratado de paz determinava que a Alemanha assumisse todas as responsabilidades por causar a guerra.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 192. Duguit, para comprovar que as nações, sobretudo as poderosas, não estavam prontas a aceitar uma relativização da sua soberania, por assim dizer, acrescenta o pensamento alemão neste período, traduzido por Jellinek, que afirma que o direito internacional é uma criação voluntária dos Estados soberanos, limitando-se e obrigando-se eles mesmos mediante um convênio. E continua dizendo que *“el Estado es soberano; es necesario partir de esto, y conserva dicho carácter en todos los actos de su vida. No puede estar sometido a un poder superior en sus relaciones con los demás Estados”*. *Idem*, p. 180-181.

soberania, antes absoluta, para submeterem-se a regras e comandos normativos da comunidade, como se se tivessem tornado uma federação de países. Ou seja, segundo Ives Gandra Martins, “o Estado Moderno está, em sua formulação clássica de soberania absoluta, falido, devendo ceder campo a um Estado diferente (...)”¹⁸⁰.

Alguns conceitos tradicionais, como o do princípio da soberania e da não intervenção, por exemplo, devem ser substituídos, sobretudo em virtude da nova realidade universal. Não é concebível, nos dias de hoje, referir-se ao termo soberania como um instrumento de poder ilimitado, indelegável, incontestável. O cenário global da atualidade requer um conceito de soberania que se molde às necessidades mundanas, agregando-se a ela uma concepção de cessão parcial interna ao Estado de seu poder soberano, o que tornaria mais eficaz a soberania externa de países nos grupos do mundo globalizado.

À luz da ordem jurídica internacional são produzidos, a todo instante, tratados, convenções, realizadas conferências, tudo no sentido de traçar diretrizes para uma colaboração permanente dos Estados, tendo como fim a convivência pacífica global. A assinatura de tais instrumentos, bem como a participação em organizações internacionais requer dos Estados a cessão parcial de sua soberania interna, o que não implica de forma alguma uma perda do poder soberano, mas sim, embora exercida com limitações, significa uma qualidade ou atributo da ordem estatal.

A máxima de que “soberania é a autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder”¹⁸¹ já não é mais aceita para os padrões atuais. Enganam-se aqueles que acreditam que num mundo onde problemas gravíssimos como fome, guerra, genocídio, tortura e em que tantos outros crimes contra a humanidade tornam-se corriqueiros, possa-se falar em independência internacional. A soberania é limitável e seu exercício deve corroborar com a atual situação das relações internacionais, baseada na interdependência entre os Estados.

A vida da sociedade mundial carece de um Estado moderno que se ajuste às necessidades supremas da humanidade, em que parece primária a noção de absolutismo

¹⁸⁰ A autor acrescenta o exemplo da União Européia, onde hoje o Direito Comunitário prevalece sobre o Direito Nacional e os poderes comunitários (Tribunal de Luxemburgo, Parlamento Europeu) têm mais força que os tribunais locais. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 13-28.

¹⁸¹ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29.

da soberania dos Estados, noção esta que se torna ainda mais relativa à luz do Direito Internacional atual, cujo exercício está justificado em nome da paz e do bem comum da nação globalizada.

De acordo com Ferrajoli, a soberania externa absoluta conhece seu fim, ou a sua relativização, quando, no plano do direito internacional, são sancionadas a Carta da ONU, em 26 de junho de 1945 e três anos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembléia Geral da ONU¹⁸².

Com estes documentos, a soberania deixa de ser absoluta e subordina-se a duas normas fundamentais para o mundo: “o imperativo de paz e a tutela dos direitos humanos”¹⁸³. De fato, a Carta da ONU marca o fim do paradigma firmado com os Tratados de Vestfália ao final da Guerra dos Trinta Anos e o nascimento de um novo direito internacional¹⁸⁴.

Neste sentido, o veto ao *ius ad bellum*, que aparece no preâmbulo e nos dois primeiros artigos da Carta da ONU representa o fim do principal atributo da soberania externa, e, segundo Ferrajoli, representa a “norma constitutiva da juridicidade do novo ordenamento internacional”¹⁸⁵.

A norma jurídica internacional adquire um *status* de superioridade em grande parte das constituições nacionais do mundo. Neste ínterim, pode-se inclusive afirmar, como o fez Hans Kelsen, que, “dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra. A única ordem que se poderia supor como sendo superior à ordem jurídica nacional é a ordem internacional”¹⁸⁶.

De fato, Kelsen afirma que Bodin abusou politicamente do termo soberania, sustentando a independência e ilimitabilidade do poder do soberano, especificamente do

¹⁸² FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁸³ *Idem*, p. 39-40.

¹⁸⁴ Segundo Ferrajoli, a carta da ONU equivale a um contrato social internacional, com o qual o sistema do direito internacional muda estruturalmente, caindo todas as características clássicas de soberania interna e externa. In: *Idem*, p. 40-41.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 40.

¹⁸⁶ Para solucionar o problema de superposição de normas externas às internas, da validade daquelas quando contrastam com estas, Kelsen busca algum tipo de identidade entre os diferentes sistemas, utilizando-se dos conceitos de monismo e dualismo. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 545.

rei da França, quando na verdade, o poder estava limitado de fato pelo papa, pelo imperador e pelos senhores feudais¹⁸⁷.

O princípio da soberania enfrentou então, após a formação do Estado moderno, a promulgação de constituições nacionais baseadas na declaração de 1789, e, sobretudo, mais recentemente, a formação das Nações Unidas, um progressivo processo de relativização e desconstrução. Junto com este processo, o Estado passou a deixar de ser o único ator no cenário do direito internacional.

3. O surgimento de novos atores no direito internacional

Como sugerido ao longo deste artigo, a soberania, primeiramente sistematizada por Bodin no século XVI, com o caráter absoluto e ilimitado foi, ao longo dos séculos, e com a crescente comunicação entre os Estados soberanos em suas relações internacionais, sofrendo um desgaste progressivo.

Neste sentido, a afirmação da soberania do povo, e dos indivíduos particularmente considerados, deram novos rumos ao conceito de sujeito do Direito Internacional no ramo do Direito Internacional Público.

Sempre considerada uma relação que envolvia somente Estados soberanos, o Direito Internacional Público reconhece hoje em alguns autores de peso, como Santi Romano e Georges Scelle (com diferentes perspectivas), o surgimento de novos sujeitos de direito no âmbito das relações internacionais.

Santi Romano escreveu na época em que o Direito Internacional estava em profunda crise em razão da Primeira Guerra Mundial. O italiano apoiava firmemente às noções de reafirmação e de recuperação dos valores jurídicos nas relações entre os Estados¹⁸⁸.

¹⁸⁷ SOLON, *Op. Cit.*, p. 48. Na mão contrária de Kelsen, aparece Carl Schmitt, que legitimou no plano político, atos de arbítrio do governante. Segundo Schmitt, a existência do Estado conserva uma superioridade indiscutível sobre a validade da norma jurídica, sendo que a decisão do soberano liberta-se de qualquer vínculo normativo, tornando-se absoluta. Em caso de exceção, quem decide é o soberano e suspende-se o direito. SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸⁸ ZICCARDI, Piero. *As Doutrinas Jurídicas de hoje e as lições de Santi Romano*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Mimeo.

Em Santi Romano a idéia de que a sociedade internacional é por si mesma uma instituição nega as concepções nacionalistas do direito internacional, que, segundo Piero Ziccardi, “tendem a reduzir o direito internacional a somente pactuações com os quais os Estados se obrigam entre eles, exercitando sua soberania, entendida como origem e fundamento de todo o direito”¹⁸⁹.

De fato, o surgimento de novas instituições na sociedade internacional têm demonstrado que elas possuem elementos que compõe a noção de personalidade jurídica internacional, e que, portanto, despertam os olhos dos estudiosos para uma mudança no elenco de atores no direito internacional¹⁹⁰.

Grande autor do antiformalismo francês, Georges Scelle defende que o direito internacional só existe em virtude da necessidade de organização das comunidades dentro da grande comunidade internacional. Os verdadeiros sujeitos de direito internacional são os indivíduos. Para o autor o direito é expressão da sociedade e o poder soberano é da lei e não do Estado¹⁹¹.

O Estado nacional - que até pode ser considerado o principal sujeito de direito internacional, mas jamais o único -, como ator soberano nas relações internacionais está hoje numa crise que, segundo Ferrajoli, vem tanto de cima como de baixo:

De cima, por causa das transferências maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade (...). De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de formas muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes

¹⁸⁹ *Idem*, p. 9.

¹⁹⁰ Neste sentido, o trabalho de Guilherme Bez Marques nesta edição, em que o autor faz uma análise da evolução das relações internacionais desde Vestfália até o século XXI. Também, o artigo de Thalys Ryan de Andrade intitulado “*O reconhecimento dos blocos econômicos como atores do direito internacional OMC*”, em que o autor busca identificar outros novos atores do direito internacional econômico, indo além do reconhecimento da Comunidade Européia como único membro supra-estatal do direito institucionalizado pela OMC. Ainda, faz-se referência ao trabalho de Clarissa Franzoi Dri também neste número, em que a autora tratará de instituições supranacionais no artigo “*Parlamentos na comunidade Andina, Mercosul e União Européia: novos ou velhos atores da integração regional?*”.

¹⁹¹ Vide THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*, Vol. 1 (1990) No. 1/2. Tomando Georges Scelle como referencial teórico, Ernesto Roessing Neto tratará nesta edição sobre o surgimento e a aplicação do princípio da precaução com base na doutrina do autor francês, no trabalho intitulado “*Georges Scelle e o meio ambiente: análise do surgimento e aplicação internacional do princípio da precaução à luz do antiformalismo francês*”.

funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna¹⁹².

Os motivos que levaram à formação do Estado moderno e justificaram a sua natureza soberana e absoluta no passado já não fazem sentido. Hoje o Estado é muito pequeno frente aos processos de internacionalização da economia e à interdependência cada vez mais profunda, que, na atual e cada vez mais forte onda de globalização, “condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da Terra”¹⁹³.

Segundo Hermann Heller, o processo de degeneração do conceito de soberania restou consumado no século XX com o esvaziamento e a despersonalização totais do Estado, em teorias como a de Hans Kelsen¹⁹⁴. Os Estados estão sendo obrigados a delegar algumas de suas funções a outros atores tanto no nível sub-Estatal quanto inter-Estatal.

Nas últimas décadas, os Estados têm criado numerosas organizações regionais e globais. Tais organizações poderiam ser consideradas apenas uma arena para a interação dos seus Membros e não uma real mudança na estrutura do sistema internacional. Porém, como salienta Christoph Schreuer, os Estados têm transferido um considerável número de funções e poderes para elas. Tais instituições adquiriram, como afirmado anteriormente, personalidade jurídica própria e, neste sentido, atores que exercem seus próprios direitos, com autoridade e independência dos Estados que as formam, de forma que elas devem ser enquadradas e vistas como a nova dimensão na comunidade internacional¹⁹⁵.

A globalização econômica, o pluralismo de fontes do direito e a fragmentação dos interesses não permitem mais que se utilize a resposta clássica de soberania para a solução dos problemas. O que se viu nos últimos quatro séculos, desde a sistematização de Bodin, foi a crescente desconstrução do poder soberano e o fortalecimento dos Estados Democráticos e Constitucionais no âmbito interno da soberania, enquanto no aspecto externo, o poder soberano dos Estados passou a ser cada vez mais relativizado

¹⁹² FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 49.

¹⁹³ *Idem*, p. 51.

¹⁹⁴ HELLER, *Op. Cit.*, p. 89.

¹⁹⁵ SCHREUER, Christoph. The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? *European Journal of International Law*, Vol. 4 (1993) No. 4, p. 6. A independência das instituições supra-estatais para a regulação de seus mercados e políticas públicas pode ser identificada nesta edição, no trabalho de Adam Hass, em que o autor trata do direito comunitário, no artigo intitulado “*Bases teóricas para a formação do direito comunitário*”.

em virtude, sobretudo, da crescente necessidade de comunicação entre as nações soberanas e uma interdependência cada vez mais profunda entre elas, que justifica o surgimento de novos sujeitos e atores no âmbito do Direito Internacional.

Referência Bibliográfica

AMARAL, Renata Vargas. A questão da soberania frente a necessidade de proteção dos direitos humanos. In: *Revista de Direito do Cesusc*. Vol. II, 2007, p. 109-139.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 35ª ed. São Paulo: Globo, 1996.

BAHIA, Luiz Alberto. *Soberania, guerra e paz*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Aalen: Scientia, 1977.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>> Acesso em: 24.11.07.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allan. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenfian, 2003.

DIXON, Martin; MCCORQUODALE, Robert. *Cases and Materials on International Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

DUGUIT, Leon. *Soberania y Libertad*. Madrid: Librería española y extranjera, 1924.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *Dalla società di società all'insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Mimeografado.

_____. *Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Angelo Garzarella e de Arno Dal Ri Júnior. Mimeografado

HELLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

PAUPERIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

REALE, Miguel. *Teoria do Estado e do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHREUER, Christoph. *The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?* European Journal of International Law, Vol. 4 (1993) No. 4

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

THIERRY, Hubert. *The Thought of Georges Scelle*. European Journal of International Law, Vol. 1 (1990) No. 1/2.

ZICCARDI, Piero. *As Doutrinas Jurídicas de hoje e as lições de Santi Romano*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Mimeo.

O PARLAMENTO DO MERCOSUL À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS EUROPÉIA E ANDINA: UM NOVO ATOR POLÍTICO NA INTEGRAÇÃO REGIONAL?

Clarissa Franzoi Dri*

Resumo

Se, apesar da evocação crônica de seu declínio e das deficiências a superar, os parlamentos continuam a ser instituições essenciais à vitalidade das democracias, sua presença nos blocos de integração que se pretendem democráticos é fundamental. O artigo propõe uma análise dos níveis de funcionalidade do Parlamento Europeu e do Parlamento Andino sob a ótica antiformalista do direito internacional, com o objetivo de fundamentar discussões sobre as perspectivas de atuação da nova assembléia do Mercosul. Poderiam os parlamentos regionais contribuir para a criação de sistemas democráticos para além dos Estados capazes de oferecer respostas à globalização econômica e que expressem, efetivamente, os anseios de seus povos? Em caso negativo, eles não passarão de “velhos atores” reprodutores das debilidades da lógica parlamentar nacional na cena regional. Em caso afirmativo, eles poderão transformar-se em renovados e promissores atores políticos em um espaço integrado com diversos níveis de governança.

Palavras-chave: Parlamento Europeu. Parlamento Andino. Mercosul. Atores políticos. Integração regional.

Abstract

If, in spite of the chronicle evocation of their decline and of the deficits to transcend, parliaments continue to be essential institutions to the democracies vitality, their presence in democratic processes of integration is required. The paper proposes an analysis of the functionality levels of the European Parliament and the Andean Parliament in order to fundament discussions about the perspectives of actuation of the Mercosur new assembly. Could regional parliaments contribute to the creation of democratic systems out of States which would be able to offer responses to the economic globalization and which would effectively express the citizens will? If not, they will be considered as “old actors” which reproduce the debilities of the national parliamentary logic in the regional scene. On the contrary, they could become renewed and promissory political actors in a space of multi-level governance.

Key-words: European Parliament. Andean Parliament. Mercosur. Political actors. Regional integration.

Résumé

Si, malgré l'évocation chronique de leur déclin et des déficits à surmonter, les parlements continuent d'être des institutions nécessaires à la vitalité des démocraties, leur présence dans les intégrations régionales démocratiques est essentielle. L'article propos une analyse des niveaux de fonctionnalité du Parlement européen et du Parlement andin sous l'optique antiformaliste du droit international, avec l'objectif de fonder les discussions sur les perspectives d'actuation de la nouvelle assemblée du Mercosur. Les parlements régionaux pourraient-ils contribuer à la création de systèmes démocratiques au-delà des Etats capables d'offrir des réponses à la globalisation économique et qui expriment effectivement les aspirations des peuples représentés? En cas de réponse négative, ils pourront être

* Doutoranda do Instituto de Estudos Políticos de Bordeaux – Universidade de Bordeaux IV. E-mail: clarissadri@yahoo.com.br

considérés comme des « vieux acteurs » qui reproduisent les faiblesses de la logique parlementaire nationale dans la scène régionale. Au contraire, ils peuvent devenir des acteurs politiques renouvelés et prometteurs dans un espace de multi-level governance.

Mots-clés: *Parlement européen. Parlement andin. Mercosur. Acteurs politiques. Intégration régionale.*

Introdução

É corrente, nos debates populares e acadêmicos atuais, a menção à crise de representatividade dos parlamentos e o questionamento sobre sua capacidade de acompanhar as transformações da democracia. Se essas inquietações fazem parte do cotidiano dos países de democracia consolidada, como as nações norte-americanas ou européias, atingem com mais severidade as democracias incipientes. Nesses Estados, a falta de estabilidade das instituições democráticas deixa a população reticente quanto às vantagens de mantê-las às custas de consideráveis recursos públicos. Na América do Sul, em particular, os parlamentos destacam-se, aos olhos do cidadão, pela morosidade burocrática de suas decisões e pelos freqüentes escândalos de corrupção e de malversação das verbas estatais. O surgimento de esferas paralelas de deliberação e de ação pública, liderados pela mídia, pelos partidos políticos, por ONGs, associações de moradores e outros movimentos sociais, o lobby corporativo realizado diretamente junto ao Poder Executivo e os recentes apelos aos instrumentos da democracia direta evidenciarão o obsolescimento do parlamento e uma certa aptidão da democracia para realizar-se sem ele?

Ao contrário do que se poderia imaginar à primeira vista, as instituições parlamentares demonstram uma considerável capacidade de adaptação. Do Senado romano às assembleias parlamentares da Idade Média, dos parlamentos do Estado moderno centralizado aos parlamentos transnacionais do século XXI, o órgão ganhou os mais variados contornos e desempenhou os mais diversos papéis. Os indícios do presente, portanto, não apontam para um desaparecimento parlamentar, mas indicam, mais fortemente, a tendência a uma adequação às necessidades de um porvir cada vez mais próximo. Dentre esses ajustes, está a obrigação de encontrar meios de abrigar e de transparecer mais eficazmente os anseios dos atores sociais, freqüentemente marginalizados pelo jogo democrático centralizado e economicista. Assim como os

Estados continuam a ser referência no tocante à organização social, os parlamentos deverão manter sua posição nos regimes democráticos contemporâneos, sejam eles parlamentaristas ou presidencialistas. Em outras palavras, a *democraticidade* dos sistemas institucionais ainda depende, em grande medida, da presença de instituições parlamentares efetivas¹⁹⁶.

Pelos menos cinco motivos embasam essa afirmação. Em primeiro lugar, embora esteja superada a noção de que os parlamentares representam a vontade geral na elaboração das normas, permanece a relevância da representatividade parlamentar, mais ou menos satisfatória, das múltiplas forças políticas, inclusive aquelas de oposição ao governo¹⁹⁷. Em segundo lugar, a deliberação parlamentar aperfeiçoa a norma jurídica e contribui para sua legitimação. Depois, mesmo que se admita um contato direto entre associações da sociedade civil ou do setor empresarial e o Poder Executivo, restarão áreas de necessária intervenção parlamentar, como a formulação de políticas públicas e as políticas externa, judiciária e fiscal, pelo menos em suas linhas fundamentais. Ademais, apesar das previsões de uma democracia partidária, na qual os partidos teriam um papel fundamental, caberia ao parlamento a tarefa de regular a competição política. O parlamento seria a instituição capaz de proporcionar um espaço de convergência e um canal de expressão duradouro ao embate das forças políticas, fazendo com que as disputas ideológicas, elemento basilar da democracia, não se esgotassem no momento eleitoral¹⁹⁸. Por fim, não se pode prescindir do papel parlamentar de controle dos atos executivos, que circunscreve as ações do governo àquelas realizadas dentro dos limites da responsabilidade política (*accountability*)¹⁹⁹. Hoje, a democracia não é mais exercida

¹⁹⁶ MASTROPAOLO, Alfio; VERZICHELLI, Luca. *Il Parlamento: le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*. Roma: Laterza, 2006. p. VIII.

¹⁹⁷ Veja *ibid.*, p. 44-80 e GAXIE, Daniel. *La Démocratie Représentative*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2003. p. 121-150.

¹⁹⁸ COTTA, Maurizio. Parlamento. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12. ed. vol. 2. Brasília: UnB, 2004. p. 887.

¹⁹⁹ A função de controle não caracteriza exclusivamente o Poder Legislativo. É também atribuição dos Poderes Executivo e Judiciário, embora em diferentes medidas. Os magistrados a exercem, basicamente, fiscalizando a legalidade dos atos e das normas emanadas dos demais Poderes. Já o Chefe de Governo controla a constitucionalidade e o mérito – conveniência e oportunidade – dos projetos de lei que deve sancionar. Do primeiro caso, deriva o direito de veto por inconstitucionalidade; do segundo, o direito de veto político. Ademais, o Poder Executivo controla os próprios atos, devendo, em geral, invalidá-los quando ilegais. O controle exercido pelo parlamento sobre o Poder Executivo é, contudo, mais abrangente, além de ser o único referendado por eleições diretas. Abarca não só o controle da consistência de legalidade das normas e demais atos como também a fiscalização das contas

pelo povo, mas aqueles que fazem em seu nome devem estar submetidos ao seu controle. A relativização da representatividade é, então, contrabalançada pela responsabilidade política derivada da função fiscalizadora do parlamento²⁰⁰.

Se, apesar da evocação crônica de seu declínio e das deficiências a superar, os parlamentos continuam a ser instituições essenciais à vitalidade das democracias, sua presença nos blocos de integração que se pretendem democráticos é fundamental. Mesmo que as iniciativas de integração sejam aparentemente motivadas, em geral, pelo desenvolvimento econômico que derivaria do aumento do comércio e de políticas comerciais comuns, sua adstrição prolongada à economia limita as próprias oportunidades de desenvolvimento geradas. Os avanços econômicos estão condicionados, em certa medida, à evolução política da integração. Trocas comerciais e acordos tarifários dificilmente se mantêm sem estruturas jurídico-políticas à altura dos desafios que colocam, porque a base econômica influencia as formas políticas e jurídicas tanto quanto essas condicionam a economia²⁰¹. Os parlamentos regionais surgem, portanto, para democratizar as ações derivadas do processo de integração nos mais diversos setores.

No Mercosul, contudo, além da fragilidade da própria integração econômica, que comporta inúmeras exceções ao livre comércio e à tarifa externa comum, são incipientes as atividades comuns em outras áreas. Nesse caso, o papel democratizador do Parlamento poderia se realizar no sentido de estimular ações sociais, educacionais,

públicas, o acompanhamento das posições do governo e das políticas implementadas e a avaliação da qualidade da administração.

²⁰⁰ A prestação de contas constitui o elemento democrático fundamental do laço representativo, ou seja, governo representativo e governo responsável tornaram-se quase sinônimos. MAGNETTE, Paul. *Contrôler l'Europe: pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2003. p. 18. "O problema político por excelência é o relativo não tanto a quem detém o poder como ao modo de controlá-lo e limitá-lo. O bom governo não se julga pelo número grande ou pequeno dos que o possuem, mas pelo número grande ou pequeno das coisas que lhe é lícito fazer." BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 58. Veja também BIDÉGARAY, Christian; EMERY, Claude. *La Responsabilité Politique*. Paris: Dalloz, 1998. Augusto BARBERA acrescenta duas razões para se considerar a vitalidade dos parlamentos. Assim como na modernidade as instituições parlamentares resultaram de um consenso entre aristocracia e burguesia, hoje elas sustentam o compromisso social-democrático entre burguesia e classe trabalhadora. Ademais, não se demonstra se realmente existiram parlamentos dotados dessas efetivas – não apenas declamadas – centralização e funcionalidade que estariam atualmente em crise. *I Parlamenti*. 3. ed. Roma: Laterza, 2004. p. 100.

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 37. O autor afirma que é equivocada a descrição, extraída da leitura de Marx, de que o direito seria mero reflexo da economia. Marx teria afirmado simplesmente que o modo de produção capitalista, no qual domina a estrutura econômica, tem condicionado as demais instâncias sociais (jurídicas, políticas, ideológicas). *Ibid.*, p. 39.

culturais, jurídicas e políticas no âmbito da integração, o que acabaria por influenciar o próprio comércio. Um comportamento desse tipo deveria englobar uma aproximação com os movimentos e as organizações sociais e outras entidades que já atuam em rede no plano regional e centralizam seu trabalho nas questões ligadas à integração.

Tal postura, tipicamente antiformalista, depende, entre outros fatores, da funcionalidade do Parlamento. O termo é utilizado aqui como sinônimo de eficiência, e designa a possibilidade de participação significativa no processo político²⁰². Ou seja, para que os parlamentos de integração sejam capazes de influenciar, em alguma medida, os rumos dos blocos, inclusive por meio da adoção de uma perspectiva antiformalista no trato das questões regionais, é preciso que eles cumpram com eficiência seus fins. A funcionalidade parlamentar, no entanto, não corresponde integralmente à tradição política dos países da América do Sul. Os parlamentos nacionais desempenham funções limitadas e ocupam um lugar secundário com relação ao Poder Executivo. Essa situação repete-se no domínio da política externa, onde se supõem inseridas as questões relativas à integração. Parece haver um consenso, entre a classe política, de que o Executivo é “naturalmente” o representante internacional do Estado para negociar e concluir acordos, que devem posteriormente passar por um referendo formal do congresso²⁰³.

O artigo propõe uma análise dos níveis de funcionalidade do Parlamento Europeu (PE) e do Parlamento Andino (PA) sob a ótica antiformalista do direito internacional²⁰⁴ com o objetivo de fundamentar discussões sobre as perspectivas de

²⁰² COTTA, Maurizio, op. cit., p. 882.

²⁰³ A falta de participação inicial na negociação dos tratados seria um dos motivos para o desinteresse parlamentar pela política externa. GRILLO, Vera de Araújo. *A Separação dos Poderes no Brasil: Legislativo versus Executivo*. Itajaí: UNIVALI; Blumenau: EDIFURB, 2000. p 62. O projeto de lei 189/2003, de autoria do senador Eduardo Suplicy, que estabelece os objetivos, métodos e modalidades da participação do governo brasileiro em negociações comerciais multilaterais, regionais ou bilaterais, procurar alterar essa situação. O projeto prevê o acompanhamento e a avaliação, pelo Congresso, das negociações comerciais internacionais e define o comércio exterior como um instrumento básico do desenvolvimento econômico e social do país. A proposta já foi aprovada no Senado e encontra-se atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

²⁰⁴ Tal paradigma preocupa-se com o conteúdo das matérias a serem reguladas pelo direito. Isso não significa que a forma de sua produção seja desconsiderada. Reflete, isso sim, a compreensão de que a estrutura jurídica não se desvincula dos fins ideológicos a serem perseguidos. O paradigma formalista, diferentemente, prioriza os modos de produção do direito, sem indagar-se sobre seus valores. Assim, supostamente origina contornos teóricos bem definidos, mas vazios de substância. Os principais representantes das doutrinas antiformalistas surgem no início do século XX, na contra-corrente da supremacia estatal e defendendo a harmonização dos ordenamentos e a predominância do direito internacional: a teoria institucionalista da escola italiana – representada sobretudo por Santi Romano – e o solidarismo de origem francesa – cujos principais expoentes são León Duguit e Georges Scelle. Sobre o tema, veja ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2006.

atuação da nova assembléia do Mercosul. Poderiam os parlamentos regionais contribuir para a criação de sistemas democráticos para além dos Estados capazes de oferecer respostas à globalização econômica e que expressem, efetivamente, os anseios de seus povos? Em caso negativo, eles não passarão de “velhos atores” reprodutores das debilidades da lógica parlamentar nacional na cena regional. Em caso afirmativo, eles poderão transformar-se em renovados e promissores atores políticos em um espaço integrado com diversos níveis de governança.

1. Parlamento Europeu: reforço de poderes *versus* debilidade representativa

“O Parlamento Europeu, uma criança destemperada em 1979, passou por uma adolescência incerta até chegar à maturidade, com a queda da Comissão Santer, em janeiro de 1999.”²⁰⁵ Se complementada com a iniciante Assembléia Comum de 1952 e com a sexta eleição, em junho de 2004, incluindo deputados de dez novas nacionalidades, a afirmação enfatiza as principais fases deste que é o primeiro parlamento internacional eleito diretamente na história. A cada fase corresponderam novas atividades ou o reforço das já existentes, definindo-se, assim, os contornos e os limites da funcionalidade do Parlamento.

Em 1950, Robert Schuman²⁰⁶, ministro francês dos Negócios Estrangeiros, inspirado em Jean Monnet²⁰⁷, então comissário francês do Plano de Modernização de Charles de Gaulle, propôs a gestão conjunta dos recursos do carvão e do aço da França e da Alemanha por uma organização aberta a outros países europeus. Dentre as finalidades de tal proposta, estavam tornar “impensáveis e materialmente impossíveis”

Mimeografado; SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens: principes et systématique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932; DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004 e GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²⁰⁵ SPENCER, Tom. Up close and personal. *The Parliament Magazine*, Enfield, issue 177, p. 50, feb. 2004.

²⁰⁶ Robert Schuman (1886-1963) nasceu em Luxemburgo. Mudou-se para a França e em 1919 foi eleito deputado. Durante a Segunda Guerra Mundial, foi membro da resistência francesa. Entre 1947 e 1948, ocupou o cargo de Primeiro-ministro, tendo sido eleito presidente da Assembléia Comum em 1958.

²⁰⁷ Jean Monnet (1888-1979), estadista francês nascido em Cognac, iniciou sua carreira internacional durante a Primeira Guerra Mundial, ocasião em que dirigiu as operações de abastecimento dos Aliados. De 1919 a 1923, foi secretário-geral interino da Liga das Nações. Durante a Segunda Guerra Mundial, Monnet foi conselheiro financeiro da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos. É considerado por muitos o arquiteto da Europa unida.

futuras guerras franco-alemãs e o “estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento econômico, primeira etapa da federação européia”²⁰⁸. Assim, por meio da assinatura do Tratado de Paris por França, Alemanha, Bélgica, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, criou-se a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA)²⁰⁹. Suas primeiras instituições foram a Alta Autoridade, órgão executivo, a Corte de Justiça e a Assembléia Comum, encarregada de controlar a Alta Autoridade, podendo inclusive provocar a demissão de seus membros. Sendo formada por 78 delegados dos parlamentos nacionais, também era seu intuito representar *o povo europeu*²¹⁰. Longe de se conformarem em compor uma assembléia meramente formal, os deputados tiveram uma atuação destacada no sucessivo fortalecimento de seus poderes. Buscando aprofundar a integração européia, em 1953 eles organizaram-se ineditamente em partidos – não mais segundo suas nacionalidades – e passaram a desenvolver relações construtivas com a Alta Autoridade, no afã de torná-la verdadeiramente supranacional²¹¹.

Apesar do fracasso, em 1954, das tentativas de formação de uma Comunidade Européia de Defesa (CED) com contornos de união política, os esforços pela integração continuaram. Em 1957, foi assinado o Tratado de Roma, instituindo a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM). Ao mesmo tempo em que apresentou ambições majoritariamente econômicas e comerciais – mais restritas que as da CED –, a CEE alargou o campo de cooperação supranacional em relação ao Tratado de Paris. Nasceram com ela a Comissão Européia, órgão executivo independente dos governos nacionais, o Conselho, órgão decisório composto por representantes dos Estados, e a Assembléia Parlamentar Européia, composta por 142 deputados. À competência de controle – resumida agora aos atos da Comissão – adicionaram-se pequenos poderes orçamentários e consultivos. A função representativa também se manteve, mas ainda não através de sufrágio

²⁰⁸ Extratos da Declaração de 9 de Maio de 1950. In: UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Européia. *Uma Idéia Nova para a Europa: a declaração Schuman 1950-2000*. Por Pascal Fontaine. 2. ed. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2000. p. 36.

²⁰⁹ O Tratado de Paris foi assinado em 18 de abril de 1951 e entrou em vigor em 25 de julho de 1952.

²¹⁰ “Nós não aliaremos somente os Estados, nós uniremos os homens”. MONNET, Jean. *Memórias: a construção da unidade européia*. Brasília : UnB, 1986. p. 9. O Tratado de Lisboa substituiu o objetivo de “representar os povos dos Estados” pela expressão “representar os cidadãos da União”.

²¹¹ COSTA, Olivier. *Le Parlement européen, assemblée délibérante*. Bruxelas: Editions de l’Université de Bruxelles, 2001. p. 25.

universal. A esse novo órgão deliberativo, portanto, foi conferido um poder de influência extremamente limitado. Contudo, só o fato de existirem atribuições mínimas foi o suficiente para ancorar as reivindicações dos deputados por mais poderes.

De fato, o peso do Parlamento parece sempre ter sido inversamente proporcional ao papel institucional que lhe era conferido pelos tratados²¹². Isso se deve, em parte, a três espécies de atitudes que caracterizaram, em geral, o comportamento dos deputados: de colaboração, reivindicativa e contestativa²¹³. Procurando a máxima eficácia dos tratados, pressionando as demais instituições e os Estados-membros em nome de sua “legitimidade” e primando por sua independência – não raras vezes através da maximização de suas possibilidades de atuação jurídica –, os membros do Parlamento forjaram uma construção orgânica própria e determinante em certas fases comunitárias. Os pequenos poderes do Parlamento e o seu baixo grau de reconhecimento pelos cidadãos estão nas raízes das características citadas. Ao invés de aceitarem passivamente um papel coadjuvante no cenário europeu, os deputados procuravam otimizar suas possibilidades de ação. É provável que a edificação do status de “impulsionadores da Europa” tenha sido um dos poucos meios encontrados de conquistar algum espaço no cenário regional. Além disso, a história parlamentarista das nações européias exerce uma influência considerável no perfil dos deputados²¹⁴.

Em 1962, os parlamentares aprovaram uma resolução instituindo a denominação *Parlamento Europeu*, com o fito de evitar confusões com outras assembleias internacionais e de preconizar o exercício de novos poderes, à luz dos parlamentos nacionais²¹⁵. No entanto, com isso criou-se a ilusão da existência de um parlamento na acepção tradicional do termo, desagradando tanto a adversários como a partidários da integração. Os primeiros, por serem contrários ao aprimoramento das atividades parlamentares; os segundos, por não reconhecerem na assembleia um

²¹² TERRERROIRE, Alain. *Le Parlement européen, cet Inconnu*. Paris: Le cherche midi, 1994. p. 14.

²¹³ COSTA, Olivier. Le Parlement européen entre efficacité fonctionnelle et déficit politique. In: DUPRAT, Gerard (Org.). *L'Union européenne: droit, politique, démocratie*. Paris: PUF, 1996. p. 166-167. Essa característica de contestação parece ter sido acentuada em meados do anos 70, com a entrada no Parlamento de grupos políticos tradicionalmente excluídos, como comunistas franceses e italianos. Bino OLIVI menciona a “agressividade crescente” dos parlamentares. *L'Europe Difficile: histoire politique de l'integration européenne*. Paris: Gallimard, 2001.

²¹⁴ Para a trajetória do parlamentarismo nos países europeus, “um regime democrático representativo que se ancora na responsabilidade política do governo em face das assembleias eleitas pelo sufrágio universal”, veja PORTELLI, Hugues. *Les Régimes Politiques Européens*. Paris: Librairie Général Française, 1994. p. 13-42.

²¹⁵ COSTA, Olivier. *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., p. 29.

verdadeiro parlamento supranacional²¹⁶. De todo modo, o nome refletia os anseios dos deputados, aparentemente contrapostos à visão de uma “assembléia de estrangeiros” de Charles de Gaulle. No entanto, a denominação apenas foi reconhecida oficialmente em 1983. Por outro lado, embora tenha facilitado a realização das eleições diretas, ela contribuiu apenas parcialmente para a modificação da imagem da instituição. Isto porque era amplamente sabido que a instituição não dispunha – tampouco dispõe hoje – de todos os tradicionais poderes parlamentares²¹⁷. Além disso, soa questionável que a tentativa de equiparação a um parlamento nacional fosse a alternativa mais adequada, na medida em que a própria organização política da União Européia não é comparável à de um Estado-nação²¹⁸.

Durante os anos 60 e 70, o sufrágio universal norteou as discussões sobre e no Parlamento Europeu. Frente às resistências nacionais, os deputados dividiam-se entre os que viam nas eleições diretas um meio de aprofundar os poderes do Parlamento e os que consideravam necessário um maior peso institucional antes de reivindicar eleições²¹⁹. Esse debate vinculava-se diretamente à necessidade de coerência democrática formal: a busca pela representação direta pressupõe a existência de competências substanciais conferidas aos representantes.

Em outras palavras, não se pode esperar eleição através de sufrágio universal em uma assembléia que não dispõe de consideráveis poderes legislativos ou de controle, ou que possui simples funções consultivas. A representação é, em realidade, por definição, uma “representação de interesses”, e não existe a não ser na medida em que os representados conferem a seus delegados um poder de decisão política²²⁰.

Ao mesmo tempo, a Comissão federalista presidida por Walter Hallstein argumentava que, segundo a tradição democrática européia, não poderia haver financiamento através de taxação sem representação. Isso significava que o novo modelo de financiamento da União Européia, através de recursos próprios – constitutivo das origens de uma união econômica e monetária – somente seria legítimo se fosse fiscalizado por uma assembléia eleita diretamente. Deste modo, alguns parlamentares

²¹⁶ Ibid., p. 30.

²¹⁷ Veja COTTA, Maurizio, op. cit., p. 883-886.

²¹⁸ Veja QUERMONE, Jean-Louis. *Le Système Politique de l'Union européenne*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2002 e MAGNETTE, Paul. *Le Régime Politique de l'Union européenne*. Paris: Presses de Sciences Po, 2003.

²¹⁹ COSTA, Olivier. *Le Parlement européen*, assemblée délibérante, op. cit., p. 33.

²²⁰ OLIVI, Bino, op. cit., p. 229.

admitiram que suas reivindicações precisariam ser mais ambiciosas. Parecia arriscado supor que o aprofundamento de suas competências seria mera consequência do sufrágio universal. Ao contrário, ambos fatores ensejavam uma relação essencialmente dialética e poderiam ser buscados simultaneamente.

Como resultado, os poderes de controle orçamentário da assembléia aumentaram consideravelmente, mesmo sem eleições. Em 1975, o Tratado de Bruxelas conferiu ao Parlamento inclusive a faculdade de rejeitar o orçamento. Ocorre que o Parlamento continuava sem voz na maioria das matérias da Comunidade, de onde se conclui que tanto o gradativo incremento de suas competências quanto a contínua necessidade dele para a *legitimação democrática* foram fatores determinantes das eleições diretas de 1979.

Em 1972, já haviam aderido à Comunidade a Dinamarca, a Irlanda e o Reino Unido. Assim, o primeiro sufrágio universal europeu nos nove países elegeu 410 deputados, proporcionalmente às populações nacionais. Apesar da participação eleitoral, considerada baixa²²¹, as eleições asseguraram à instituição independência orgânica, institucional e política²²². Os deputados adotaram, a partir de então, uma dupla estratégia: ao mesmo tempo em que reivindicavam publicamente medidas de aprofundamento da integração e novos tratados, trabalhavam as relações interinstitucionais visando ao aumento e ao reconhecimento formal de seus novos poderes²²³. Essas medidas parlamentares encorajaram o Ato Único Europeu, de 1985, que estabeleceu a necessidade do parecer favorável do Parlamento aos acordos de alargamento e de associação da Comunidade com terceiros países²²⁴. Além disso, o tratado instituiu o procedimento de cooperação Parlamento-Conselho em certos setores. Através dele, o Parlamento detinha a faculdade de emendar projetos legislativos, mas a palavra final ainda era do Conselho.

²²¹ As eleições de 1979 obtiveram 63% de participação, a qual, ao contrário do esperado, só diminuiu nas eleições seguintes. Em 1999, a taxa de participação foi de 49,8% e, em 2004, 45,7%, a despeito da crescente e notória importância e publicidade ao redor da instituição. Há autores que sustentam que essa não é uma dificuldade específica do Parlamento Europeu, mas das democracias ocidentais de forma geral. Outros acreditam que essa situação é reflexo do chamado déficit democrático europeu. Dados disponíveis em: <www.europarl.eu.int>.

²²² COSTA, Olivier. *Le Parlement européen*, assemblée délibérante, op. cit., p. 37.

²²³ Ibid., p. 38.

²²⁴ O Ato Único entrou em vigor em 1987, objetivando lançar as bases para a transformação do mercado comum do Tratado de Roma em mercado único sem fronteiras até 1993. Importantes modificações trazidas pelo tratado foram a substituição da unanimidade pelo voto por maioria qualificada no Conselho em matérias de mercado interno e a criação do Tribunal de Primeira Instância.

A necessidade de adequação da economia e da política europeias ao mercado interior, praticamente em funcionamento em 1990, levou os Estados-membros à assinatura do Tratado de Maastricht – ou Tratado da União Europeia – em 1992²²⁵. Uma vez mais, o Parlamento teve o campo de aplicação de seus poderes alargado e algumas das restrições que lhes acompanhavam, suprimidas. Passou a existir, em certas áreas, o procedimento de co-decisão Parlamento-Conselho, pelo qual, em última análise, a legislação só entra em vigor com a concordância daquele. Também o controle sobre a Comissão aumentou, como reflexo da exigência de aprovação dos novos membros pela assembléia e do direito de censura que provocaria a demissão destes.

Novamente aproveitando suas atribuições para ganhar ainda mais peso institucional, os deputados reformaram em profundidade seu regimento interno e solicitavam clareza e simplificação de disposições do Tratado de Maastricht, sobretudo com relação “à falta de lisura do processo decisório [...], à incoerência da divisão das matérias entre os diferentes procedimentos, à complexidade excessiva da co-decisão e ao caráter incompleto do direito de investidura”²²⁶. O Tratado de Amsterdã, assinado em 1999, corrigiu algumas imperfeições e confirmou o processo de *parlamentarização* do sistema político europeu²²⁷. Nessa época, a União Europeia já contava com quinze Estados-membros, dadas as adesões da Grécia em 1981, de Espanha e Portugal em 1986 e de Áustria, Finlândia e Suécia em 1995. Durante a quinta legislatura (1999-2004), o Parlamento Europeu contava com 626 deputados. Já o sexto processo eleitoral, em junho de 2004, elegeu 732 parlamentares, devido às adesões de Polônia, Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Lituânia, Letônia, Eslovênia, Chipre, Estônia e Malta. Segundo o Tratado de Lisboa, o número máximo de parlamentares do PE não poderá ultrapassar 751.

Em 1992, o Conselho Europeu definiu a forma de organização do Parlamento com relação às suas sedes, o que foi posteriormente corroborado pelo Tribunal de Justiça. Embora se trate de um órgão unicameral, em Estrasburgo ocorrem as doze

²²⁵ Para Alain TERRORROIRE, as ambições do Tratado de Maastricht foram criar condições para uma política exterior e de segurança comuns, reforçar a cooperação no domínio da justiça e dos assuntos interiores – competências intergovernamentais –, fomentar uma cidadania europeia, melhorar o funcionamento das instituições comunitárias e estabelecer uma união econômica e monetária – competências comunitárias. *Le Parlement européen, cet Inconnu*. Paris: Le cherche midi, 1994. p. 42.

²²⁶ COSTA, Olivier. *Le Parlement européen*, assemblée délibérante, op. cit., p. 44.

²²⁷ *Ibid.*, p. 45.

sessões plenárias anuais, Bruxelas sedia as sessões plenárias adicionais e as comissões parlamentares e Luxemburgo abriga o secretariado geral e seus serviços. Os parlamentares detêm um mandato de cinco anos, e são eleitos no quadro dos sistemas eleitorais e partidários nacionais. Chegando no Parlamento, eles alinham-se em um dos sete grupos políticos ou permanecem não-inscritos²²⁸. Os assentos são distribuídos proporcionalmente à população de cada país, desde a criação da Assembléia Comum²²⁹. Cada Estado-membro possui um número de lugares fixos, sendo, atualmente, o máximo 96 e o mínimo 6.

O Tratado de Nice, de 2001, corroborou as competências até então conquistadas pelo Parlamento. São elas: função de legitimação, de representação, deliberativa, legislativa, orçamentária e de controle do Poder Executivo²³⁰. O Tratado de Lisboa, de 2007, reforça a igualdade entre o Parlamento e a Comissão nas funções legislativa e orçamentária.

As tradicionais funções parlamentares de legitimação e de representação são, por óbvio, desempenhadas pelo Parlamento Europeu, na medida em que a democracia e o Estado de Direito são, em tese, valores fundamentais da União Européia²³¹. A própria criação de uma assembléia na CECA já possuía os objetivos resultantes dessas funções. Também o fortalecimento e a ampliação do papel da instituição devem-se em muito à

²²⁸ Trata-se do Grupo do Partido Popular Europeu (democratas-cristãos) e Democratas Europeus (PPE-DE), do Grupo Socialista no Parlamento Europeu (PSE), do Grupo Aliança de Democratas e Liberais pela Europa (ADLE), dos Verdes e da Aliança Livre pela Europa (Verdes/ALE), do Grupo Confederado da Esquerda Unitária Européia e da Esquerda Verda Nórdica (GUE/NGL), do Grupo da Independência e da Democracia (IND/DEM) e do Grupo União pela Europa das Nações (UEN). Segundo o artigo 29 do Regimento do Parlamento, os grupos políticos devem ser compostos por deputados eleitos em ao menos um quinto dos Estados-membros. Vinte é o número mínimo de deputados necessários para constituir um grupo político.

²²⁹ A proporcionalidade justifica-se na medida em que o objetivo principal do Parlamento Europeu é inserir, no processo político da União, um modo de representação diverso do que é verificado nos outros órgãos, como forma de potencialmente moderar e compensar os efeitos da representação dos Estados nacionais. No Parlamento, é o cidadão singular que está representado, por meio das divisões internas de cada sistema partidário nacional e, eventualmente, por meio da formação de alianças entre partidos por linhas transnacionais de diferenciação e solidariedade. Dos representantes no PE não se espera um voto nacional. SCHMITTER, Philippe. *Come Democratizzare l'Unione Europea e Perché*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 146.

²³⁰ Classificação mista baseada em COTTA, Maurizio, op. cit., p. 883-886, COSTA, Olivier. *Le Parlement européen*, assemblée délibérante, op. cit., p. 119-224 e JACQUÉ, Jean-Paul. *Parlement européen. Répertoire Communautaire Dalloz*, p. 1-21, jan. 2002. Faz-se importante, no entanto, ressaltar que as funções parlamentares não são estanques ou incomunicáveis. Em não raras vezes, as atividades parlamentares refletem simultaneamente duas ou mais funções.

²³¹ Artigo 6º do Tratado da União Européia.

indiscutível necessidade de representar os cidadãos europeus e, desse modo, legitimar as políticas da União²³².

Similarmente, a deliberação, atividade democrática por excelência, encontra espaço no Parlamento Europeu. Esse poder parlamentar consiste em

ocupar-se de todas as questões que digam respeito à atividade ou às funções das Comunidades, de examiná-las segundo seus procedimentos de trabalho, de debatê-las em sessão plenária e de fazer conhecer sua posição adotando uma resolução (essa resolução poderia também se dirigir às outras instituições comunitárias, até aos Chefes de Estado, aos parlamentos nacionais, etc, para os incitar à ação)²³³.

Apesar de não inserida formalmente nos tratados desde Maastricht, ela fundamenta-se nos mesmos princípios de democracia e de Estado de Direito supra-referidos e no Regimento do Parlamento. A deliberação de iniciativa do Parlamento compreende (1) debates políticos sobre os rumos da União, (2) debates sobre problemas atuais, urgentes ou de importância maior, notadamente relacionados aos direitos humanos, ao meio ambiente e à situação internacional e (3) resoluções de iniciativa, pelas quais o Parlamento, após debate, sugere à Comissão e ao Conselho novas ações comunitárias. As atividades de investigação também se relacionam com o poder deliberativo, uma vez que este depende em muito da qualidade da informação de que dispõe o Parlamento sobre a realidade da União e de seus cidadãos. No entanto, elas dizem respeito primordialmente à função de controle. Além delas, as tarefas legislativas e orçamentárias passam pela deliberação parlamentar. Isso porque o poder de deliberar configura a âncora da vida do parlamento, realizando-se autonomamente ou através de todos os demais poderes. Inclusive as funções de legitimação e representação podem ocorrer em seu seio, na medida em que o confronto de posições e ideologias de grupos políticos e deputados refletem, embora freqüentemente de modo bastante limitado, as

²³² Evidentemente, essas não são funções exclusivas do Parlamento – o monopólio funcional é raro no âmbito das instituições européias. O Conselho, a Comissão, o Comitê Econômico e Social, entre outros, também detêm esses papéis. Veja SAURUGGER, Sabine (Org.). *Les Modes de Représentation dans l'Union européenne*. Paris: L'Harmattan, 2003.

²³³ VERGÈS, Jean apud COSTA, Olivier. *Le Parlement européen*, assemblée délibérante, op. cit., p. 207. Livre tradução do original: “*Le pouvoir de délibération est [...] celui de se saisir de toute question qu’il juge se rapporter à l’activité ou aux missions des Communautés, de l’examiner selon ses procédures de travail, d’en débattre en séance plénière et de faire connaître sa position en adoptant une résolution (cette résolution pouvant d’ailleurs s’adresser aux autres institutions communautaires, voire aux chefs d’Etat, aux parlements nationaux, etc., pour les inciter à une action).*”

diversas opiniões sobre um tema e trazem à tona lampejos da necessária pluralidade democrática.

A função orçamentária constitui outro importante meio de atuação do Parlamento Europeu. A palavra final sobre as despesas é dividida com o Conselho, mas a assembléia pode rejeitar o orçamento se entender que ele não se adapta às necessidades da União (Comissão de Orçamento). Essas faculdades estão entre as conquistas iniciais do Parlamento e configuraram um instrumento de aumento de influência e de expressão de prioridades políticas. De fato, através das emendas, a instituição busca valorizar setores que considera centrais, enquanto que, pelo poder de veto do orçamento, pode demonstrar descontentamento com diretrizes comunitárias. No entanto, acordos institucionais Parlamento-Conselho, sobretudo com relação à programação financeira plurianual e ao enquadramento das despesas por categorias, ensejaram o progressivo desaparecimento de conflitos de interesse entre ambas as instituições. Um significativo poder de controle também pode ser exercido através das atividades orçamentárias (Comissão de Controle Orçamental). Baseada nos relatórios da Corte de Contas, a assembléia avalia a eficácia da gestão dos fundos comunitários e busca combater as fraudes. Fato notável foi o caso da queda da Comissão Santer em 1999. O Parlamento, verificando a falta de transparência na elaboração do orçamento, rejeitou-o, ensejando um processo que culminou com a demissão de todos os membros da instituição.

A função legislativa do Parlamento, por sua vez, vem se desenvolvendo de maneira bastante singular e progressiva. Da total ausência de poderes legislativos da Assembléia Comum da CECA em 1952 à atual relevância dessa atividade parlamentar, dividida em pé de igualdade com o Conselho, seis fases-categorias são significativas²³⁴:

- *procedimento de consulta*: pelo Tratado de Roma, de 1957, o Parlamento pode emitir sua opinião sobre um texto de lei proposto pela Comissão, sem nenhum efeito vinculante. Entretanto, por decisão da Corte de Justiça, se o texto adotado pelo Conselho afastar-se muito da proposta inicial apresentada ao Parlamento, este deve ser novamente consultado. Além disso, há precedentes jurisprudenciais no sentido de que a

²³⁴ Divisão mista baseada em JACQUÉ, Jean-Paul, op. cit., p. 12-17 e L'ABÉCÉDAIRE Parlementaire: Le Parlement européen après le renouvellement du 13 juin 1999. 12. ed. Paris: UNICOMM, 2000. p. 42-43.

Comissão mantenha as emendas sugeridas pelo Parlamento, caso em que o Conselho só as pode rejeitar por unanimidade. Hoje, esse procedimento aplica-se principalmente à revisão de preços agrícolas e ao domínio fiscal;

- *procedimento de concerto*: criado em 1975 com a Declaração Interinstitucional sobre Orçamento, ele visava a um consenso entre as três instituições nessa matéria e só poderia ser iniciado se todas assim concordassem. Com o claro fito de aumentar a influência do Parlamento relativamente ao procedimento de consulta, o concerto caiu em desuso com o atual procedimento de co-decisão;

- *procedimento de cooperação*: o Ato Único, de 1986, confere ao Parlamento as possibilidades de rejeitar e emendar as proposições da Comissão e as posições do Conselho, mas a decisão final ainda cabe a este. Contudo, uma vez rejeitado pelo Parlamento, o texto somente pode ser aprovado pela unanimidade dos conselheiros. Desde 1999, a cooperação é utilizada basicamente em disposições relativas à união econômica e monetária;

- *opinião conforme*: também introduzida pelo Ato Único, ela permite que o Parlamento se expresse sobre um assunto já não mais passível de emendas. Os tratados sucessivos estenderam as hipóteses de aplicação do procedimento, que hoje são, dentre outras, a maioria dos acordos internacionais, a adesão de novos Estados, a associação com países terceiros e a suspensão de um Estado Parte por violação grave aos direitos humanos. Nesses casos, os deputados só podem rejeitar ou aprovar a totalidade da proposição. No entanto, o Parlamento tem o direito de estar informado sobre o desenrolar das negociações, e busca informal e constantemente manifestar sua posição. Questiona-se, portanto, se a utilização do procedimento de co-decisão não seria mais adequada²³⁵;

- *iniciativa*: a Comissão Europeia é o órgão que dispõe plenamente desse direito. Pelos tratados europeus, adoção de medidas legislativas é de competência do Conselho e do Parlamento, a partir de proposta da Comissão. O Parlamento possui um *direito de iniciativa indireto*, exercido através da criação de linhas orçamentárias, da demanda justificada e detalhada à Comissão de normas necessárias à aplicação dos tratados e das resoluções de iniciativa. Apesar de não vinculantes, estas configuram importante instrumento de expressão – e pressão – dos parlamentares;

²³⁵ JACQUÉ, Jean-Paul, op. cit., p. 17.

- *procedimento de co-decisão*: o Tratado de Maastricht, em 1992, dota o Parlamento do mesmo peso legislativo de que dispõe o Conselho. Pela co-decisão, o projeto de legislação só pode ser adotado se compreender uma posição comum das três instituições. O procedimento comporta uma, duas ou três leituras do texto pelo Parlamento e uma fase de conciliação para buscar um consenso institucional. Se este não for possível, a proposição não entra em vigor. O Tratado de Amsterdã, de 1999, alarga as competências parlamentares na co-decisão, tornando o procedimento regra, não mais exceção, no processo legislativo comunitário²³⁶.

Nota-se, portanto, que o papel legislativo foi parcialmente alcançado pelo Parlamento Europeu. Sabe-se que, na grande maioria dos sistemas democráticos contemporâneos, a elaboração da lei deve passar pelos destinatários ou seus representantes, sob pena de razoável descumprimento. Nesse sentido, o processo pelo qual passaram as competências legislativas do Parlamento nas suas primeiras décadas é sintomático²³⁷. Aos poucos, parece ganhar espaço a idéia de que a construção europeia não se sustentará como obra exclusiva dos Poderes Executivos ou de certas instituições comunitárias.

No entanto, somente a Comissão detém o poder de iniciativa legislativa. Se o papel técnico-político dos comissários é fundamental para a coerência e a pertinência das normas comunitárias, o mesmo não ocorre com relação à legitimidade. Esse aspecto passa necessariamente por uma assembleia representativa, mesmo que não seja integralmente atendido por ela. Do mesmo modo, a despeito da igualdade formal, o Conselho possui maior capacidade de influência no cenário europeu, o que evidencia o considerável caminho que ainda deve ser percorrido pelo Parlamento no que tange à sua funcionalidade. Nessa busca por uma equidade institucional ainda não concretizada, o

²³⁶ NOUVEAU Parlement européen. *7 Jours d'Europe*, Paris, n. 358, p. 4-5, 14 juin 1999. Em 1993, o Parlamento passa a co-decidir com o Conselho sobre as seguintes áreas: livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento, reconhecimento mútuo de diplomas, livre prestação de serviços, mercado interior, educação, cultura, saúde, proteção do consumidor, redes transeuropeias, pesquisa e meio ambiente. Após 1999, os domínios de co-decisão são também transparência, interdição de discriminação em virtude de nacionalidade, cidadania, luta contra a fraude, cooperação aduaneira, estatísticas, proteção de bens, emprego, políticas sociais, transportes, Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, cooperação ao desenvolvimento e outras competências relativas a redes transeuropeias, saúde, pesquisa, meio ambiente e liberdade de estabelecimento.

²³⁷ Para uma análise qualitativa e quantitativa da evolução da influência legislativa do Parlamento, veja JUDGE, David; EARNSHAW, David. *The European Parliament*. New York: Palgrave Mcmillan, 2003. p. 245-292.

poder-dever de controle dos órgãos executivos parece desempenhar um papel decisivo: ao mesmo tempo em que é condicionado pela participação do parlamento na elaboração das diretrizes comunitárias, representa um impulso a essa participação. Efetivamente, a possibilidade de acompanhar e fiscalizar os atos executivos da União Européia, por meio das mais diversas competências, conferiu ao Parlamento chances de reivindicar novos e aprofundados poderes. Entre as vertentes da atual função controladora do Parlamento, estão a nomeação de funcionários-chave, o controle-informação das atividades institucionais e o controle-sanção nas hipóteses legalmente previstas.

O PE influencia determinantemente a nomeação dos membros da Comissão. Indicados pelo Conselho, eles são convidados a se expressar perante as comissões parlamentares e somente são designados ao cargo após o voto favorável do Parlamento. O Presidente da Comissão, com o Tratado de Lisboa, passará a ser eleito pelo PE, que anteriormente apenas aprovava sua indicação. Também os membros do Tribunal de Contas devem ser aprovados pelos deputados. O mesmo ocorre com os possíveis diretores do Banco Central Europeu, mas o parecer do Parlamento, nesse caso, não é vinculante. O Provedor de Justiça, a seu turno, é ele mesmo designado pelos parlamentares. Os candidatos devem ter o apoio de no mínimo 40 deputados de dois Estados-membros e podem ser ouvidos pela comissão competente. O eleito, ao final, deve obter a maioria dos votos entre os presentes. Esse poder de investidura insere-se no controle *a priori* desempenhado pelo Parlamento. Mas a fiscalização mantém-se durante a gestão através do constante acompanhamento parlamentar da vida comunitária, que se reflete na função de controle-informação. Ela compreende a formulação de questões à Comissão e ao Conselho, o exame de relatórios das diversas instituições, a realização de atividades investigativas – por meio das audiências públicas e das comissões de inquérito – e a análise de petições dos cidadãos. O Parlamento também detém o poder de sancionar a Comissão Européia, o que constitui um controle *a posteriori*. A sanção pode ocorrer através da rejeição do orçamento ou de proposições legislativas no procedimento de co-decisão, enquanto meios de demonstração de descontentamento político com a gestão, ou através de ações perante o Tribunal de Justiça, embora estes configurem, em verdade, reprovações sem efeitos sancionadores formais. Já a moção de censura pode ser considerada como expressão estrita do poder de controle-sanção, uma

vez que provoca a demissão conjunta dos membros da Comissão²³⁸. Ela deve ser aprovada por pelo menos um décimo dos deputados. Até o momento essa faculdade não foi utilizada pelo Parlamento²³⁹, mas nem por isso deixa de ser um instrumento contra a violação dos tratados permanentemente à disposição dos deputados e que pode, inclusive, estimular a cooperação dos comissários²⁴⁰. Por outro lado, o direito de censura possui consideráveis limitações, visto que não é a Comissão a grande responsável pela determinação das diretrizes da União, e sim o Conselho, sobre o qual o Parlamento não possui poder sancionador. Mesmo em se tratando de má administração, a obrigatoriedade da demissão em bloco desestimula a sanção. Daí porque os deputados vêm procurando estendê-la aos ministros e torná-la mais específica e condicional²⁴¹.

A funcionalidade do Parlamento Europeu deve-se a quatro elementos principais. Em primeiro lugar, o perfil federalista de grande parte dos deputados e sua origem parlamentarista os incita a um comportamento ativo em prol do reforço de funções do PE. Fazendo uso de seus poderes formais e informais e criticando publicamente o conjunto de políticas da União, os parlamentares impulsionam, ao mesmo tempo, o processo de integração e a capacidade de influência do Parlamento nele. “Os poderes e missões do Parlamento sofrem de indeterminação, mas os deputados fizeram dessa carência um recurso chave no jogo interinstitucional.”²⁴² Em segundo lugar, o debate e a negociação no seio dos partidos enseja o compromisso dos parlamentares com as posições políticas a serem tomadas. O nível de coesão da votação em cada partido é alto, principalmente caso se considere que os grupos políticos no PE não dispõem dos mesmos meios que os partidos nacionais para disciplinar seus

²³⁸ Em caso de responsabilidade individual, cabe ao Presidente da Comissão solicitar a demissão de um de seus colegas. O Parlamento pode pedir-lhe que o faça, mas, em não havendo concordância, ou os deputados desistem da censura ou buscam a demissão de toda a Comissão.

²³⁹ Nenhuma das sete moções de censura levadas à votação obteve a maioria necessária. O fato provavelmente ocorreria no caso da Comissão Santer, que preferiu demitir-se antes de ser censurada pelo Parlamento.

²⁴⁰ JACQUÉ, Jean-Paul, op. cit., p.20.

²⁴¹ COSTA, Olivier. *Le Parlement européen*, assemblée délibérante, op. cit., p. 181.

²⁴² Ibid., p. 475. Livre tradução do original: “*Les pouvoirs et missions du Parlement européen souffrent d’indéterminations, mais les députés ont fait de cette carence une ressource clé dans le jeu interinstitutionnel.*” Para um exame do discurso e do comportamento dos parlamentares europeus à luz do imperativo de legitimação de suas posições e decisões, veja COSTA, Olivier. *Les Députés européens entre Allégeances Multiples et Logique d’Institution. European Integration*, v. 24, n. 2, p. 91-112, 2002.

membros²⁴³. A contínua interação entre os deputados substitui a imposição de decisões por uma autoridade partidária e aumenta seu compromisso com as idéias defendidas e com a própria instituição. Em terceiro lugar, a deliberação confere ao PE uma legitimidade que seria normalmente ausente em um parlamento parcialmente desprovido das características nacionais. A ausência de capacidade decisória em certos assuntos é compensada pela função deliberativa do Parlamento, uma vez que a fonte da legitimidade não deriva da vontade já determinada dos indivíduos, mas de seu processo de formação²⁴⁴. Por fim, é preciso considerar que, a despeito das ações do próprio Parlamento, o aprofundamento de seus poderes somente foi alcançado porque essa foi uma escolha dos governos nacionais. O atual grau de funcionalidade do Parlamento reflete as concessões dos governos, que agiram baseados em interesses diversos ou no mimetismo institucional em relação à organização política estatal²⁴⁵.

Por outro lado, os limites de funcionalidade do Parlamento são devidos sobretudo a três fatores. Em primeiro lugar, os cidadãos não percebem seus interesses e suas aspirações representados no PE²⁴⁶. Embora a participação de atores sociais seja fragmentada e incipiente na União Européia como um todo, essa distância com relação aos cidadãos mostra-se especialmente relevante no Parlamento, órgão representativo por excelência. Em segundo lugar, a estrutura da União Européia favorece o consenso. As

²⁴³ No período 1994-1999, o nível de coesão de votos foi de 90,2% no Partido Popular Europeu e 89% no Partido Socialista. Entre 1999-2004, esse índice demonstrou uma pequena queda, ficando em 81,1% e 84,8%, respectivamente. MAGNETTE, Paul. *What is the European Union? Nature and Prospects*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 115.

²⁴⁴ COSTA, Olivier. *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., p. 483. Sobre o papel dos debates parlamentares no alargamento da União Européia, veja BAILER, Stefanie; SCHNEIDER, Gerald. When Words Matter: informal rules and the enlargement debate. In: STEUNENBERG, Bernard; THOMASSEN, Jacques (Eds.). *The European Parliament: moving toward democracy in the EU*. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers, 2002. p. 139-161.

²⁴⁵ Sobre os motivos que levaram os governos a aprofundar os poderes do Parlamento Europeu, veja MAGNETTE, Paul. *What is the European Union?*, op. cit., p. 107-110; COSTA, Olivier; MAGNETTE, Paul. *Idéologies et Changement Institutionnel dans l'Union européenne: pourquoi les gouvernements ont-ils constamment renforcé le Parlement européen? Politique Européenne*, Paris, n. 9, p. 49-75, 2003; RITTBERGER, Berthold. The Creation and Empowerment of the European Parliament. *Journal of Common Market Studies*, v. 41, p. 203-225, apr. 2003 e RITTBERGER, Berthold. *Building Europe's Parliament: democratic representation beyond the Nation State*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

²⁴⁶ A baixa participação nas eleições européias, o medíocre conhecimento da instituição pelo grande público, o espaço restrito que lhe é consagrado pela mídia e a vinculação mais ou menos exclusiva dos cidadãos com os parlamentos nacionais como lugar de debate político constituem fortes indícios dessa realidade. Quanto às razões dela, freqüentemente aponta-se o distanciamento geográfico entre representantes e representados, a debilidade dos grupos políticos e a complexidade da deliberação parlamentar. COSTA, Olivier. *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., p. 487-488.

posições do Parlamento teriam maior ressonância em um sistema federalista, no qual as decisões tomadas por maioria se sobrepusessem aos acordos políticos entre governos travados nos bastidores²⁴⁷. Em terceiro lugar, um parlamento não pode ser forte quando nem mesmo o governo que lhe corresponde o é. Ou seja, a relativa leveza da União enquanto corpo político-decisório não contribui para a funcionalidade parlamentar, na medida em que o sistema, de cunho parlamentarista, apenas é plenamente funcional quando o parlamento guia o governo, ao mesmo tempo em que se deixa dirigir por ele²⁴⁸.

Esse panorama da estrutura e das funções do Parlamento Europeu demonstra a presença de postulados antiformalistas no direito comunitário. A prevalência do conteúdo sobre a forma é evidenciada pelo progressivo aumento dos poderes do Parlamento, que não se amoldou à lógica das instituições de existência meramente abstrata. As concessões dos governos nacionais nesse sentido enquadram-se na ótica da superação da soberania estatal como fundamento absoluto, idéia que se verifica desde os primórdios da União. O Estado não passa a ser compreendido como ficção, mas é entendido, conforme Duguit, em uma relação de interdependência com outros grupos nacionais. Também o comportamento dos parlamentares insere-se na perspectiva do federalismo scelliano: o primeiro passo para a conformação de Estados com uma concepção comum do mundo e de seu futuro seria o regionalismo. Por outro lado, o relativo distanciamento dos atores sociais restringe a capacidade de influência do Parlamento nas diretrizes da União. Sua legitimidade perante as demais instituições poderia ser potencializada com o aumento do contato entre as organizações político-sociais européias e os parlamentares. Essa aproximação contribuiria à produção de um direito derivado da realidade das pessoas e ancorado nas necessidades sociais, na esteira do pensamento de Santi Romano.

Percebe-se que, em certa medida, a observância de princípios antiformalistas contribui para a funcionalidade do Parlamento Europeu, assim como sua não-aplicação relaciona-se diretamente com os limites dessa funcionalidade. A União Européia é um

²⁴⁷ MAGNETTE, Paul. *What is the European Union?*, op. cit., p. 126.

²⁴⁸ COSTA, Olivier; KERROUCHE, Eric; MAGNETTE, Paul. *Le Temps du Parlementarisme Désenchanté? Les parlements face aux nouveaux modes de gouvernance*. In: COSTA, Olivier; KERROUCHE, Eric; MAGNETTE, Paul (Orgs.). *Vers un Renouveau du Parlementarisme en Europe?* Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2004. p. 6.

caso paradigmático dos reflexos antiformalistas na construção de um direito superior aos Estados. Em alguns aspectos, contudo, a lógica europeia continua essencialmente formalista, o que restringe a democratização de suas ações. É interessante notar que a alternativa freqüentemente apontada para a superação do déficit democrático europeu é a parlamentarização da União²⁴⁹, fenômeno que já começa a se delinear²⁵⁰. Isso porque os parlamentos continuam sendo os principais vetores de legitimação dos sistemas políticos na Europa. No imaginário coletivo, eles mantêm-se como a encarnação da comunidade política e, na falta de alternativas, conservam uma legitimidade intacta²⁵¹. Isso significa que o estreitamento dos laços com atores sociais europeus deve passar por um aperfeiçoamento da lógica parlamentar. O Parlamento Europeu, mais do que qualquer outra instituição comunitária, parece caminhar no sentido de abrigar um espaço público regional que impulse a atuação de organizações da sociedade, segundo uma perspectiva antiformalista.

²⁴⁹ “No seio dos trabalhos da Convenção sobre o futuro da União, notadamente, a ‘parlamentarização’ do sistema político europeu aparece como um dos principais meios suscetíveis de dotar a integração europeia do suporte popular que lhe falta. Embora seja grande a incerteza quanto às formas que pode ter essa ‘parlamentarização’, um consenso emerge sobre o papel que cabe aos parlamentos em um sistema político dominado pelos executivos e pela burocracia.” LATEK, Marta. *L’Impact de l’Intégration européenne sur l’Evolution du Parlementarisme en Europe: le cas de la coopération interparlementaire*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculté des Sciences sociales, politiques et économiques, Section des sciences politiques, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003. p. 7. Livre Tradução do original: “*Dans le cadre des travaux de la Convention sur l’avenir de l’Union, notamment, la ‘parlementarisation’ du système politique européen apparaît comme l’un des principaux moyens susceptibles de doter l’intégration européenne du soutien populaire qui lui fait défaut. Bien que l’incertitude reste grande quant aux formes que pourrait revêtir cette ‘parlementarisation’, un consensus émerge désormais sur le rôle qui revient aux parlements dans un système politique dominé par les exécutifs et la bureaucratie.*”

²⁵⁰ Desde 1957, esse processo evolui em quatro aspectos principais: 1. afirmação do Parlamento Europeu como verdadeiro parlamento; 2. evolução do sistema normativo comunitário; 3. surgimento de um diálogo institucional equilibrado e 4. desenvolvimento do caráter governamental da Comissão. COSTA, Olivier. *Le Parlementarisme au-delà de l’Etat: le cas de l’Union européenne*. In: COSTA, Olivier; KERROUCHE, Eric; MAGNETTE, Paul (Orgs.). *Vers un Renouveau du Parlementarisme en Europe?* Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2004. p. 321. No entanto, essa “parlamentarização” implícita é conciliada, nos tratados, com uma tentativa de manutenção do método comunitário que remonta às origens da União Europeia, o que enseja um sistema semi-parlamentar. MAGNETTE, Paul. *L’Union européenne: un régime semi-parlementaire*. In: DELWIT, Pascal; DE WAELE, Jean-Michel; MAGNETTE, Paul (Orgs.). *À quoi Sert le Parlement européen? Stratégies et pouvoirs d’une assemblée transnationale*. Bruxelles: Complexe, 1999. p. 25-54.

²⁵¹ LATEK, Marta, op. cit., p. 3-4.

2. O Parlamento como reflexo da indecisa integração andina

O Parlamento Andino é o órgão deliberativo da Comunidade Andina (CAN), formada por Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. A Comunidade foi fundada em 1969, com a assinatura do Tratado de Cartagena entre Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. Augusto Pinochet retirou o Chile do organismo em 1976, com a alegação de incompatibilidades econômicas. A Venezuela aderiu à CAN em 1973 e retirou-se em abril de 2006, insatisfeita com os tratados de livre comércio firmados por Colômbia e Peru com os Estados Unidos. A criação do Parlamento inseriu-se na lógica da gradual evolução institucional da Comunidade. Hoje, o Sistema Andino de Integração (SAI) conta com o Conselho Presidencial, o Conselho de Ministros de Relações Exteriores, a Comissão da Comunidade Andina, a Secretaria Geral, o Tribunal de Justiça, o Conselho Consultivo Laboral, o Conselho Consultivo Empresarial, a Corporação Andina de Fomento, o Fundo Latino-americano de Reservas, o Organismo Andino de Saúde e a Universidade Andina Simon Bolívar, além de outros convênios e órgãos²⁵².

O Tratado Constitutivo do Parlamento Andino foi assinado em 1979, e suas atividades iniciaram-se em 1984, com sede em Bogotá. Nesse primeiro ano o Parlamento aprovou seu Regimento Interno, que foi reformado em 2002. Em 1997, o Tratado Constitutivo foi substituído pelo Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo, devido à necessidade de adaptar a estrutura institucional e normativa da Comunidade ao Protocolo de Trujillo, assinado em 1996, que modificou o Tratado de Cartagena. Segundo o Protocolo Adicional, o órgão tem natureza comunitária e representa os povos dos Estados-membros. Os parlamentares, portanto, votam pessoal e individualmente, devendo atuar em função dos objetivos da Comunidade e dos interesses do conjunto de seus povos, não em benefício de algum Estado-membro.

Com relação à estrutura, o acordo estipula que os parlamentares serão eleitos por sufrágio universal para um mandato de dois anos, podendo ser reeleitos. Antes da realização das eleições, entretanto, os congressos nacionais devem indicar seus

²⁵² O Acordo de Cartagena, originalmente, designava como principais órgãos da Comunidade a Comissão e a Junta, auxiliadas pelo Comitê Consultivo e Comitê Assessor Econômico Social. O atual tecido institucional do Sistema Andino de Integração é derivado do Protocolo de Trujillo, de 1996. Para conhecer a estrutura normativa completa dessas instituições, veja PARLAMENTO ANDINO. *Organismos del Sistema Andino de Integración: estructura normativa*. Bogotá: Parlamento Andino, 1999. Disponível em: <www.parlamentoandino.org>.

representantes. O Protocolo Adicional sobre Eleições Diretas e Universais prevê que cada Estado deverá eleger cinco representantes e dez suplentes de acordo com a legislação eleitoral interna, na mesma data da realização das eleições legislativas nacionais, até que seja acordado um regime eleitoral uniforme. Os deputados eleitos podem ser, concomitantemente, parlamentares em seus Estados, sem que esse constitua um requisito de elegibilidade. Existem, contudo, outros impedimentos para o exercício do cargo de parlamentar regional, como exercer função pública em algum país membro – salvo as legislativas – ou em algum órgão do Sistema Andino de Integração. Os parlamentos nacionais são encarregados da remuneração dos parlamentares eleitos, que recebem na mesma proporção dos deputados de seu Estado. O Parlamento realiza duas sessões anuais, em geral de três dias cada uma, podendo reunir-se também em sessões extraordinárias para tratar de temas urgentes e específicos. As sessões dos órgãos colegiados são públicas ou, sob circunstâncias consideradas excepcionais, privadas.

O Regimento Interno estipula que, organicamente, o Parlamento estrutura-se apoiado na assembléia geral, na mesa diretiva, nas comissões, na secretaria geral, nos escritórios nacionais e órgãos subsidiários – Universidade Andina Simón Bolívar, o futuro Defensor do Povo e o Centro Andino de Investigação, Capacitação e Desenvolvimento Legislativo (CADEL). A assembléia geral é composta por 25 parlamentares, constituindo-se no órgão superior de condução e de decisão do PA. A mesa diretiva, órgão colegiado de orientação e de supervisão dos atos emanados da assembléia, integra-se por um presidente e por quatro vice-presidentes de nacionalidades diversas eleitos para um mandato de dois anos, além do secretário geral, que detém direito a voz. Há cinco comissões permanentes, integradas por cinco deputados de diferentes países, destinadas a realizar análises jurídicas e de harmonização legislativa²⁵³. A secretaria consiste no órgão de apoio técnico, logístico e administrativo do parlamento, cujo responsável é designado pela assembléia geral para um período de dois anos com direito a reeleição, a partir de proposta da mesa diretiva. O orçamento destinado à manutenção da secretaria provém de cotas proporcionais dos Estados-membros, além dos projetos de cooperação dos quais participa o Parlamento.

²⁵³ São elas: 1. Comissão de Política Exterior e Relações Parlamentares; 2. Comissão de Educação, Cultura, Ciência, Tecnologia e Comunicação; 3. Comissão de Segurança Social e Desenvolvimento Sustentável; 4. Comissão de Assuntos Econômicos, de Controle, Orçamento e Turismo e 5. Comissão de Assuntos Sociais e Desenvolvimento Humano.

Os documentos relativos ao PA estabelecem ainda sua personalidade jurídica internacional.

Entre os objetivos do Parlamento Andino, estão coadjuvar na promoção do processo de integração regional, velar pelo respeito aos valores democráticos e aos direitos humanos, fomentar a participação dos povos na integração e, com isso, estimular uma consciência andina, comunitária e internacional. São atribuições do Parlamento:

- participar na promoção do processo de integração andino, com vistas à consolidação da integração latino-americana;
- requerer, periodicamente, informações aos órgãos do Sistema Andino de Integração sobre o andamento do processo e receber seus representantes para uma exposição dos relatórios de atividades e da prestação de contas²⁵⁴ ;
- receber petições de pessoas físicas ou jurídicas sobre assuntos próprios dos âmbitos da Comunidade Andina;
- sugerir aos órgãos andinos modificações nos projetos de orçamento anual, nos objetivos programáticos e na estrutura institucional da Comunidade;
- participar, de modo consultivo, do processo legislativo, sobretudo sugerindo aos órgãos responsáveis temas de interesse comum;
- trabalhar pela harmonização normativa dos países membros;
- cooperar com os parlamentos nacionais e com os demais órgãos da Comunidade, bem como com outras assembléias parlamentares de integração.

Embora possa pronunciar-se por meio de recomendações, decisões, propostas, acordos, declarações e atos de coordenação e controle, votados em grande parte por maioria simples, o Parlamento carece de poderes decisórios. A limitação de suas funções no processo de integração é incompatível com qualquer interferência eficaz nas diretrizes e nas ações da Comunidade. Apesar de existirem, em certa medida, poderes legislativos, de controle e orçamentários, o Parlamento possui papel meramente

²⁵⁴ O artigo 118 do Regimento Interno inclui uma possibilidade de sanção em caso de não comparecimento dos representantes dos órgãos e instituições do SAI, que ocorre por meio de queixa ao Conselho Presidencial Andino ou pela realização de atos legais ou diplomáticos considerados pertinentes.

consultivo²⁵⁵. A função representativa, por sua vez, é restringida pela falta de proporcionalidade entre o número de representantes de cada país no Parlamento e sua população, sua superfície e seu produto interno bruto (PIB). Mesmo a função deliberativa, que, segundo os documentos constitutivos, consiste no papel principal e originário do órgão, resta prejudicada pela possibilidade de cumulação de mandatos parlamentares nos planos nacional e regional, já que a falta de dedicação exclusiva dos deputados impede, em alguns casos, o aprofundamento dos trabalhos²⁵⁶.

Em 1996, o Protocolo Adicional sobre Eleições Diretas estipulou um prazo de cinco anos para a escolha dos parlamentares por sufrágio universal²⁵⁷. Até o momento, no entanto, somente a Venezuela (em 1998, 2002 e 2005), o Equador (em 2002) e o Peru (2006) realizaram as eleições. Na Colômbia, o projeto de lei prevendo sufrágio para o Parlamento Andino encontra-se em tramitação no Congresso Nacional. A Bolívia alega que deverá reformar sua constituição antes de realizar as eleições diretas, embora

²⁵⁵ Em 2004, o Memorando de Entendimento entre a Secretaria Geral da Comunidade Andina e o Parlamento Andino conferiu ao Parlamento poder de associação com a Secretaria Geral. O documento prevê o intercâmbio de informação sobre temas de interesse comum, a possibilidade de trabalhos conjuntos e, principalmente, acesso recíproco às informações dos órgãos, inclusive aos anteprojetos normativos. Esse documento poderia propiciar uma maior contribuição do Parlamento Andino na elaboração das normas da comunidade, assim como um diálogo mais estreito entre a Secretaria Geral do Parlamento e a Secretaria Geral da Comunidade Andina. DRUMMOND, Maria Claudia. *A Democracia Desconstruída: o déficit democrático nas relações internacionais e os parlamentos da integração*. Tese (Doutorado em História das Relações Internacionais) – Instituto de Ciências Humanas, Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2005. p. 198.

²⁵⁶ ROCHA, Mariana Machado. *O Parlamento da Comunidade Andina*. 2006. Mimeografado. p. 10.

²⁵⁷ É interessante observar os motivos apresentados pelo Escritório Nacional do Parlamento Andino no Equador para a realização de eleições diretas: *democratizar el proyecto integracionista; entregar al ciudadano andino los instrumentos de soberanía; garantizar los derechos políticos del ciudadano andino que no admite ni permite otro tipo de regímenes políticos fuera de los democráticos; construir una ciudadanía participativa y una cultura para la integración y la paz; para que el Parlamento Andino se afiance como el órgano colegislador de la Comunidad Andina; para fortalecerse como un actor dinámico a nivel de las instituciones comunitarias, con capacidad de respuesta a las crecientes expectativas de la sociedad; para que se constituya en un interlocutor válido y de primer orden dentro del desarrollo del proceso de integración; fortalecer, legitimar y consolidar al Parlamento Andino*. Disponível em: <www.parlamentoandino.gov.ec>. O Escritório Nacional do Parlamento Andino no Peru, por sua vez, aponta para os seguintes benefícios do sufrágio universal:

- a nivel de partidos políticos y alianzas electorales: permite establecer posturas y propuestas sobre el proceso de integración, a través de la presentación de planes, programas y candidatos representativos e idóneos;
- a nivel de ciudadanía: permite elegir entre diferentes propuestas, a través del voto consciente e informado, eligiendo la opción más coherente y viables;
- a nivel del sistema democrático: fortalece el ejercicio electoral, base fundamental de la democracia y refuerza el derecho de ser elegido y el deber de elegir a sus autoridades por parte del ciudadano;
- a nivel del proceso de integración: la elección directa de los representantes ante el Parlamento Andino permite una mayor legitimidad para representar los intereses de la nación ante un cuerpo legislativo supranacional. Disponível em: <www.congreso.gob.pe>.

haja quem entenda que uma mudança constitucional não é imprescindível. Nota-se uma certa assimetria entre a atuação dos parlamentares eleitos e aquela dos parlamentares designados por suas respectivas casas legislativas. A prioridade geralmente conferida pelos primeiros aos temas regionais resulta em um comportamento mais dinâmico e caracterizado por um maior domínio dos temas em pauta. Essa assimetria pode gerar um desequilíbrio no Parlamento, que tenderá a ser guiado pelas delegações nacionais que já realizam eleições diretas²⁵⁸.

Grande parte das decisões e recomendações emitidas pelo Parlamento refere-se à marcha do processo de integração e à posição do órgão na estrutura institucional da Comunidade. Também por meio de sugestões diretas ao Conselho Presidencial o Parlamento busca aprofundar a integração e aumentar suas possibilidades de influência. O órgão já solicitou uma maior aproximação com a Secretaria Geral, a fim de avaliar mais eficazmente as ações em curso; uma representação no Conselho de Ministros, a fim de participar em alguma medida do processo legislativo; uma revisão do sistema institucional da Comunidade, para que se alcançasse um maior equilíbrio entre os poderes dos diversos órgãos; e a necessidade de aprovação parlamentar dos tratados internacionais negociados pela CAN. Os parlamentares manifestam-se, ainda, por meio das declarações, sobretudo em relação a temas importantes para a região e para a América Latina, como a manutenção da democracia, o repúdio à violência, a aproximação cultural entre os povos, a promoção dos direitos humanos e o estabelecimento de relações mais estreitas com outros blocos de integração. Entre as principais conquistas do Parlamento, estão a criação da Universidade Andina Simón Bolívar, em 1985, e a proposição da Carta Social, em 1994, que em 2002 serviu de base para a Carta Andina para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, firmada pelos chefes de Estado.

O Parlamento Andino tem metade do tempo de existência da assembléia em que sempre se inspirou, o Parlamento Europeu. Mas as diferenças entre ambas as casas são evidentes: o sufrágio universal demorado e incompleto, a falta de proporcionalidade populacional em sua composição e a ausência de poderes de decisão estão entre os fatores que dificultam a concretização de um verdadeiro parlamento regional nos

²⁵⁸ DRUMMOND, Maria Claudia. *A Democracia Desconstruída*, op. cit., p. 229.

Andes²⁵⁹. É preciso considerar, contudo, que essas dificuldades de consolidação do Parlamento Andino enquanto instituição autônoma e dotada de força decisória refletem a fragilidade do próprio processo de integração andino. Se, por um lado, a entidade é dotada de uma ordem jurídica comunitária e de um arcabouço institucional com traços de supranacionalidade, por outro esses aspectos não garantem a efetividade e a legitimidade de suas decisões perante governos ou particulares nacionais.

A Comunidade Andina é resultado da Declaração de Bogotá, firmada em 1968, por meio da qual Peru, Equador, Colômbia, Bolívia, Chile e Venezuela decidiram acelerar o processo de integração no seio da Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC). O Tratado de Cartagena foi elaborado por uma comissão mista designada no marco dessa Declaração, e objetivava promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos países membros mediante a integração e a cooperação econômica e social. Pretendia-se, com isso, melhorar a posição dos Estados no contexto econômico internacional, fortalecer a solidariedade na região e diminuir as diferenças de desenvolvimento existentes entre os países, além de melhorar as condições de vida dos habitantes. Para atingir tais objetivos, o documento estipulou metas ambiciosas de integração econômica e procurou combinar um sistema de votação majoritário com instituições supranacionais, em uma clara inspiração no projeto europeu²⁶⁰.

O Tratado de Cartagena revelou as inquietações dos países andinos com ALALC, que reproduzia, segundo eles, as tradicionais divisões entre países mais e menos desenvolvidos²⁶¹. Como se poderia esperar de sua estrutura, a ALALC beneficiava os Estados industrialmente mais avançados – Argentina, Brasil e México –, os quais, devido a seus consideráveis mercados internos, haviam alcançado maiores progressos no processo de substituição de importações²⁶². A falta de previsão de

²⁵⁹ MALAMUD, Andrés; SOUZA, Luis de. Parlamentos Supranacionais na Europa e na América latina: entre o fortalecimento e a irrelevância. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 395, 2005.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 394.

²⁶¹ Para uma análise detalhada das debilidades da ALALC frente às expectativas dos países andinos e dos dispositivos do Tratado de Cartagena, veja FRENCH-DAVIS, Ricardo. El Pacto Andino: un modelo original de integración. In: TIRONI, Ernesto (Org.). *Pacto Andino: caracter y perspectivas*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1978 p. 25-70.

²⁶² A expansão do comércio desses países na época e sua participação majoritária em acordos complementares demonstram sua posição vantajosa. PENAHERRERA, Germánico Salgado. The Andean Pact: problems and perspectives. In: ANGARITA, Ciro; COFFEY, Peter (Eds.). *Europe and the Andean Countries: a comparison of economic policies and institutions*. London: Pinter Publishers,

políticas distributivas indicava que os países de desenvolvimento econômico médio ou baixo viriam a tornar-se periferia dos pólos industriais já desenvolvidos. O descontentamento dessas nações estagnou as negociações na organização e impulsionou a criação de um novo grupo em seu seio, geograficamente mais reduzido, que deveria primar pela equidade entre os membros e pela rapidez na aproximação das economias.

Nos primeiros dez anos de existência, a Comunidade Andina demonstrou vitalidade. O comércio entre os membros multiplicou-se e foi acordado um plano para o desenvolvimento industrial conjunto. A Venezuela requisitou sua adesão ao Tratado nesse período. A partir da saída do Chile, contudo, as dificuldades – parcialmente relacionadas aos novos governos ditatoriais que tomaram o poder em alguns países²⁶³ – progressivamente sobrepuaram-se à vontade política que os governos vinham manifestando. Divergências no tratamento da política econômica e comercial, reiterado descumprimento do Tratado de Cartagena e disputas políticas e territoriais entre Estados-membros afetaram negativamente o processo de integração. Somente no início dos anos 90 retomaram-se com mais ênfase as principais negociações. Em 1993 foi estabelecida a zona de livre comércio e, em 1994, a tarifa externa comum, embora sem a participação do Peru. Apenas em 1997 iniciou-se a gradual incorporação desse país na desgravação tarifária. Em 2006, os governos decidiram, em reunião sem a participação da Bolívia e da Venezuela, adequar certas normas da Comunidade às condições para a assinatura de tratados de livre comércio com os Estados Unidos da América.

No tocante à supranacionalidade, a Secretaria Geral é o órgão encarregado de representar os interesses da Comunidade. Ademais, embora os Conselhos adotem

1988. p. 173. “É interessante ressaltar que, dada a experiência pouco exitosa da ALALC, ainda hoje permanece este tipo de percepção entre os países andinos. A assinatura da Declaração de Cusco, [...] ao mesmo tempo em que muito festejada no Parlamento Andino, um de seus grandes promotores, suscitou também temores, precisamente no sentido de que a futura Comunidade Sul-Americana de Nações, uma vez em funcionamento, produzisse benefícios apenas para os países maiores (Argentina e Brasil) e alimentasse uma relação hegemônica que, eventualmente, viesse a absorver o bloco andino.” DRUMMOND, Maria Cláudia. *A Democracia Desconstruída*, op. cit., p. 180-181.

²⁶³ Da mesma forma, não se pode subestimar o poder do narcotráfico nos países andinos, sobretudo na Colômbia, no Peru e na Bolívia, respectivamente o primeiro produtor mundial de cocaína e os primeiro e segundo produtores mundiais de folha de coca. O peso econômico dessa atividade ilegal influencia os contornos da democracia nesses Estados, além de deixá-los mais vulneráveis aos países consumidores da droga. Veja DABÈNE, Olivier. *Amérique latine, la démocratie dégradée*. Paris: Complexe, 1997. p. 55-74.

decisões por unanimidade, a Comissão Andina, formada por um plenipotenciário de cada Estado parte, toma as decisões por maioria absoluta, afastando-se da tradição intergovernamental. No entanto, a relativa força política do secretário geral e as inúmeras exceções à regra da maioria absoluta no âmbito da Comissão minimizam os eventuais efeitos de um sistema supranacional. O consenso entre os países acaba por ser, na prática, a regra decisória na Comunidade. O Tribunal de Justiça, por sua vez, criado apenas em 1979 e encarregado de velar pelo direito andino, assiste a um contínuo esvaziamento de suas funções. Apesar de estarem previstas diversas formas de atuação dos juízes, o número de casos submetidos à apreciação da Corte é cada vez menor²⁶⁴. Essa situação resulta não da falta de controvérsias a dirimir, mas da reiterada inobservância das decisões pelos países.

Essa trajetória evidencia um certo descompasso entre os sistemas institucional e normativo andino, acordados pelos países membros, e as atitudes efetivamente tomadas por eles. A aparente solidez do esquema de integração cede em face da notória falta de compromisso dos governos com uma proposta originalmente sua. Se a funcionalidade de um parlamento de integração depende também das concessões dos poderes executivos nacionais, no caso da Comunidade Andina é preciso que os deputados estejam conscientes da profundidade e da peculiaridade dos desafios a enfrentar para lograr a construção de um efetivo Parlamento.

Se esse respeito à lei na prática não se consegue, se a adoção de medidas que a contrariam ou a realização de ações que debilitam sua aplicação espontânea e transparente vão se constituindo em norma de comportamento comum ou generalizado, não obstante a intervenção institucional oportuna e decidida, o rompimento da institucionalidade comunitária vai se produzindo sistematicamente, e, mais grave ainda, o avanço e a projeção do esquema integracionista até etapas superiores vai imperceptivelmente sendo colocado em situações de risco, perigosamente irreversíveis em muitos casos²⁶⁵.

²⁶⁴ São cabíveis, perante o Tribunal de Justiça, a ação de nulidade das decisões do Conselho de Ministros, da Comissão e das resoluções da Secretaria Geral e dos convênios; a ação de descumprimento da normativa andina por um Estado parte; o recurso por omissão, no caso de inatividade dos órgãos decisórios da Comunidade; o reenvio prejudicial, que pode ser impetrado por juízes nacionais quando o caso submetido à sua apreciação requerer interpretação do Tribunal sobre a normativa andina; e ações trabalhistas dos funcionários da Comunidade.

²⁶⁵ MERA, Rubén Herdoíza apud DRUMMOND, Maria Cláudia. *A Democracia Desconstruída*, op. cit., p. 224. Livre tradução do original: “*Si ese respeto a la ley en la práctica no se consigue, si la adopción de medidas que la contrarian o la realización de acciones que enervan su aplicación espontánea y transparente van constituyéndose en norma de comportamiento común o generalizado, no obstante la intervención institucional oportuna y decidida, el resquebrajamiento de la institucionalidad comunitaria va sistemáticamente produciéndose y, lo más grave aún, el avance y proyección del*”

O predomínio da forma sobre o conteúdo é notável no caso da integração andina. Embora sua práxis inicial tenha sido marcada pela realização dos objetivos de aproximação comercial e desenvolvimento conjunto dos países da região, a Comunidade foi se afastando, aos poucos, da concretude desses ideais. A “supranacionalidade” e o “direito comunitário” tornaram-se conceitos efêmeros que algumas instituições andinas esforçam-se por preservar, a despeito do comportamento dos governos nacionais. Um exemplo claro dessa situação é a recente assinatura de acordos de livre comércio entre dois Estados-membros – Colômbia e Peru – e os Estados Unidos. Um sistema econômico que vise ultrapassar a mera cooperação, estabelecendo laços de integração por meio da liberdade de circulação de mercadorias e demais fatores produtivos entre seus membros, além da construção de uma tarifa externa comum, não é capaz de coadunar-se com acordos de livre comércio que não sejam negociados por todos os participantes. Com esses tratados, a integração econômica andina enfraqueceu-se consideravelmente. Resta, portanto, a tentativa de uma aproximação político-social, que precisa ir além da retórica presidencial e sobreviver à debilitação das trocas econômico-comerciais para afirmar-se.

O Parlamento não tem conseguido interferir eficazmente nesse quadro. De uma parte, a cultura política presidencialista da América do Sul restringe as ações dos parlamentares no âmbito da integração. De outra, a maioria das iniciativas verificadas não encontraram eco nos órgãos decisórios da Comunidade, eminentemente governamentais. Assim, mostra-se baixo o grau de funcionalidade do Parlamento Andino. O órgão, por si só, não consegue se contrapor ao nacionalismo e ao voluntarismo dos países da CAN no tratamento das questões regionais e internacionais. Uma alternativa para a funcionalidade parlamentar seria a aproximação com movimentos sociais e partidos políticos dos Andes, ao invés de um mimetismo das ações governativas centralizadas. Entretanto, a debilidade dos Poderes Legislativos nacionais na região e a cultura presidencialista indicam que o caminho do fortalecimento da integração segundo uma ótica antiformalista por meio do parlamento

esquema integrador hacia etapas superiores va imperceptiblemente siendo colocado en situaciones de riesgo, peligrosamente irreversibles en muchos casos.”

regional pode ser mais próprio à realidade europeia do que à dinâmica política sul-americana.

Conclusão: qual parlamento para o MERCOSUL?

Apenas dois dos processos de integração da atualidade dispunham, até 2006, de um parlamento em sua estrutura institucional. A União Europeia conta com uma assembleia parlamentar desde seus primórdios. Inicialmente, seu caráter deliberativo e de representação dos parlamentos nacionais era somente complementado por poderes de controle-sanção formais – aprovação da prestação de contas. Hoje, o Parlamento Europeu representa os povos da Europa, é co-legislador ao lado do Conselho Europeu e fiscalizador dos órgãos executivos comunitários. Mesmo com a paulatina conquista de novas funções e a consolidação de sua estrutura institucional, o Parlamento ainda se encontra aquém da Comissão e do Conselho na determinação das diretrizes comunitárias. É possível que uma ampla aplicação do antiformalismo internacionalista pudesse influenciar positivamente o grau de funcionalidade do Parlamento Europeu.

O Parlamento Andino, por sua vez, desfruta de uma posição explicitamente secundária no processo de tomada de decisão da Comunidade Andina. Embora os tratados constitutivos prevejam focos de supranacionalidade, a prática da Comunidade demonstra que os governos nacionais detêm um poder decisório quase exclusivo. Essa situação reflete-se no Parlamento: o previsto sufrágio universal não se concretizou e suas incipientes funções não lhe permitem interferir nos assuntos sensíveis à integração. Contrariamente à União Europeia, os princípios antiformalistas não são contemplados em quase nenhum aspecto da Comunidade Andina, tampouco na atuação parlamentar.

A instauração do Parlamento do Mercosul em dezembro de 2006 torna o bloco sul-americano o terceiro, na atualidade, a contar com esse órgão em seu esqueleto institucional. O complexo processo de negociação refletiu um certo esforço, por parte dos parlamentares e de membros dos Poderes Executivos nacionais, na construção do novo órgão, assim como a sessão inaugural demonstrou um entusiasmo considerável, por parte deles, para com a assembleia regional. No entanto, as experiências europeia e andina analisadas denotam que esses fatores não são os únicos a determinar o grau de

eficácia das ações do Parlamento. A funcionalidade desse novo órgão tende a ser limitada pela reprodução, no plano regional, da realidade política dos Estados-membros do Mercosul, sobretudo no tocante a sistemas políticos e eleitorais. Por outro lado, a adoção de uma ótica antiformalista no trato das questões regionais indicaria o potencial de contato parlamentar com os atores sociais, o que poderia influenciar os níveis de representatividade dos partidos políticos, seu interesse pela integração regional e o alcance das atividades do próprio Parlamento. Os debates sobre a construção de um projeto para o Parlamento do Mercosul e o comportamento dos parlamentares no seio da nova instituição deveriam considerar a necessidade de inscrevê-la no rol dos novos atores da integração regional.

Referências

BAILER, Stefanie; SCHNEIDER, Gerald. When Words Matter: informal rules and the enlargement debate. In: STEUNENBERG, Bernard; THOMASSEN, Jacques (Eds.). *The European Parliament: moving toward democracy in the EU*. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers, 2002. p. 139-161.

BARBERA, Augusto. *I Parlamenti*. 3. ed. Roma: Laterza, 2004.

BIDÉGARAY, Christian; EMERY, Claude. *La Responsabilité Politique*. Paris: Dalloz, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

COSTA, Olivier. Le Parlamentarisme au-delà de l'Etat: le cas de l'Union européenne. In: _____; KERROUCHE, Eric; MAGNETTE, Paul (Orgs.). *Vers un Renouveau du Parlamentarisme en Europe?* Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2004. p. 316-345.

COSTA, Olivier. Le Parlement européen entre efficacité fonctionnelle et déficit politique. In: DUPRAT, Gerard (Org.). *L'Union européenne: droit, politique, démocratie*. Paris: PUF, 1996.

_____. *Le Parlement européen, assemblée délibérante*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

_____. Les Députés européens entre Allégeances Multiples et Logique d'Institution. *European Integration*, v. 24, n. 2, p. 91-112, 2002.

_____; KERROUCHE, Eric; MAGNETTE, Paul. Le Temps du Parlamentarisme Désenchanté? Les parlements face aux nouveaux modes de gouvernance. In: COSTA, Olivier; KERROUCHE, Eric; MAGNETTE, Paul (Orgs.). *Vers un Renouveau du Parlamentarisme en Europe?* Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2004. p. 5-33.

_____ ; MAGNETTE, Paul. *Idéologies et Changement Institutionnel dans l'Union européenne: pourquoi les gouvernements ont-ils constamment renforcé le Parlement européen?* Politique Européenne, Paris, n. 9, p. 49-75, 2003.

COTTA, Maurizio. Parlamento. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12. ed. vol. 2. Brasília: UnB, 2004. p. 887-888.

DABÈNE, Olivier. *Amérique latine, la démocratie dégradée*. Paris: Complexe, 1997.

DRUMMOND, Maria Claudia. *A Democracia Desconstruída: o déficit democrático nas relações internacionais e os parlamentos da integração*. Tese (Doutorado em História das Relações Internacionais) – Instituto de Ciências Humanas, Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

FRENCH-DAVIS, Ricardo. El Pacto Andino: un modelo original de integración. In: TIRONI, Ernesto (Org.). *Pacto Andino: caracter y perspectivas*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1978 p. 25-70.

GAXIE, Daniel. *La Démocratie Représentative*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRILLO, Vera de Araújo. *A Separação dos Poderes no Brasil: Legislativo versus Executivo*. Itajaí: UNIVALI; Blumenau: EDIFURB, 2000.

GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JACQUÉ, Jean-Paul. Parlement européen. *Répertoire Communautaire Dalloz*, p. 1-21, jan. 2002.

JUDGE, David; EARNSHAW, David. *The European Parliament*. New York: Palgrave Mcmillan, 2003.

L'ABÉCÉDAIRE Parlementaire: Le Parlement européen après le renouvellement du 13 juin 1999. 12. ed. Paris: UNICOMM, 2000. p. 42-43.

LATEK, Marta. *L'Impact de l'Intégration européenne sur l'Evolution du Parlementarisme en Europe: le cas de la coopération interparlementaire*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculté des Sciences sociales, politiques et économiques, Section des sciences politiques, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003.

MAGNETTE, Paul. *Contrôler l'Europe: pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*. Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles, 2003.

_____. L'Union européenne: un régime semi-parlementaire. In: DELWIT, Pascal; DE WAELE, Jean-Michel; MAGNETTE, Paul (Orgs.). *À quoi Sert le Parlement européen? Stratégies et pouvoirs d'une assemblée transnationale*. Bruxelles: Complexe, 1999. p. 25-54.

_____. *Le Régime Politique de l'Union européenne*. Paris: Presses de Sciences Po, 2003.

_____. *What is the European Union? Nature and Prospects*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

MALAMUD, Andrés; SOUZA, Luis de. Paramentos Supranacionais na Europa e na América latina: entre o fortalecimento e a irrelevância. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 395, 2005.

MASTROPAOLO, Alfio; VERZICHELLI, Luca. *Il Parlamento: le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*. Roma: Laterza, 2006.

MONNET, Jean. *Memórias: a construção da unidade europeia*. Brasília : UnB, 1986. p. 9.

NOUVEAU Parlement européen. *7 Jours d'Europe*, Paris, n. 358, p. 4-5, 14 juin 1999.

OLIVI, Bino. *L'Europe Difficile: histoire politique de l'integration européenne*. Paris: Gallimard, 2001.

PARLAMENTO ANDINO. *Organismos del Sistema Andino de Integración: estructura normativa*. Bogotá: Parlamento Andino, 1999.

PENAHERRERA, Germânico Salgado. The Andean Pact: problems and perspectives. In: ANGARITA, Ciro; COFFEY, Peter (Eds.). *Europe and the Andean Countries: a comparison of economic policies and institutions*. London: Pinter Publishers, 1988. p. 173.

PORTELLI, Hugues. *Les Régimes Politiques Européens*. Paris: Librairie Général Française, 1994.

QUERMONE, Jean-Louis. *Le Système Politique de l'Union européenne*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2002.

RITTBERGER, Berthold. *Building Europe's Parliament: democratic representation beyond the Nation State*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *The Creation and Empowerment of the European Parliament*. *Journal of Common Market Studies*, v. 41, p. 203-225, apr. 2003.

ROCHA, Mariana Machado. *O Parlamento da Comunidade Andina*. 2006. Mimeografado. p. 10.

ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2006. Mimeografado.

SAURUGGER, Sabine (Org.). *Les Modes de Représentation dans l'Union européenne*. Paris: L'Harmattan, 2003.

SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens: principes et systématique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

SCHMITTER, Philippe. *Come Democratizzare l'Unione Europea e Perché*. Bologna: Il Mulino, 2000.

SPENCER, Tom. Up close and personal. *The Parliament Magazine*, Enfield, issue 177, p. 50, feb. 2004.

TERRORROIRE, Alain. *Le Parlement européen, cet Inconnu*. Paris: Le cherhce midi, 1994.

IUS GENTIUM

REVISTA VIRTUAL

TEORIA E COMÉRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL

UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Europeia. *Uma Idéia Nova para a Europa: a declaração Schuman 1950-2000*. Por Pascal Fontaine. 2. ed. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E SOCIEDADE CIVIL: O CASO *AMICUS CURIAE*

Mariana Machado Rocha*

Resumo:

A Organização Mundial do Comércio (OMC) tem desempenhado um papel de destaque na regulamentação do comércio internacional, confirmando a crescente influência das organizações internacionais na vida cotidiana de pessoas do mundo todo. Este artigo analisa a possibilidade de participação da sociedade civil na OMC, em especial no Órgão de Solução de Controvérsias da organização, a partir do contexto das recentes mudanças na forma como se estabelecem as relações em nível internacional e a produção do Direito Internacional. Com base na análise das disputas, nas quais o Órgão de Apelação do OSC se manifestou sobre a matéria, o artigo coloca condições para o aprimoramento da participação da sociedade civil na OMC no futuro.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio, Órgão de Solução de Controvérsias, Sociedade Civil, *Amicus Curiae*.

Abstract:

The World Trade Organization (WTO) has played a significant role in the regulation of world trade, reaffirming the growing influence of international organizations in the ordinary life of people from all over the world. This article analyses the possibility of participation of the civil society in the WTO, specifically in regard of the Dispute Settlement Mechanism of the organization, from the perspective of the recent changes in the way international levelled relations and the production of International Law are established. Based on the analysis of the disputes in which the Appellate Body of the DSM has pronounced over the matter, the article traces conditions for improvement of civil society participation in the WTO in the future.

Keywords: *World Trade Organization, Dispute Settlement Mechanism, Civil Society, Amicus Curiae.*

Riassunto:

L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) ha avuto un ruolo di rilievo nella regolamentazione del commercio mondiale, riaffermando la crescente influenza delle organizzazioni internazionali nella vita quotidiana di persone di tutto il mondo. Questo articolo analizza la possibilità di partecipazione della società civile nella OMC, riguardo ai cambi recenti della forma nella quale le relazioni a livello internazionale e la produzione del Diritto Internazionale si sono sviluppate. Basandosi sull'analisi delle dispute riguardo a tale materia in cui l'Organo d'Appello del DSM si è pronunciato, la relazione traccia le condizioni future per lo sviluppo della partecipazione della società civile nell'OMC.

Parole chiave: *Organizzazione Mondiale del Commercio, Dispute Settlement Mechanism, Società Civile, Amicus Curiae.*

* Aluna do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Esta pesquisa foi realizada com auxílio do programa PIBIC/CNPq 2006-2007. E-mail: mariana_mrocha@hotmail.com

Introdução

Atualmente se pode dizer que pessoas e governos de todo o mundo dependem de alguma forma de instituições internacionais para a resolução de problemas coletivos que só podem ser abordados em escala global²⁶⁶. Tanto os defensores quanto os críticos do sistema moderno democrático reconhecem não ser mais possível solucionar os problemas fundamentais da democracia com os instrumentos disponíveis em âmbito nacional, em razão das redes de inter-relações regionais e globais existentes²⁶⁷, que ensejam cooperação e coordenação internacionais mais efetivas.

Nesse contexto de interdependência e redistribuição das esferas de poder, verifica-se uma mudança na postura dos cidadãos, que passam a se organizar em comunidades de interesse e redes de solidariedade em detrimento de comunidades fundamentadas em laços territoriais²⁶⁸.

Um complexo multi-cêntrico mundo de atores diversos e relativamente autônomos emerge, repleto com estruturas, processos, e regras de decisão próprias. Os atores desprovidos de soberania do mundo multi-cêntrico consistem em corporações multinacionais, minorias étnicas, movimentos subnacionais, partidos políticos, organizações transnacionais e semelhantes. Individualmente, e às vezes conjuntamente, eles competem, entram em conflitos, cooperam ou interagem de alguma forma com os atores com soberania do mundo estatocêntrico²⁶⁹.

As relações estabelecidas entre esses atores, concebidos como sociedade civil global²⁷⁰, demandam uma articulação entre redes em detrimento de estruturas

²⁶⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 8.

²⁶⁷ HELD, David. *Democrazia e Ordine Globale: dallo Stato moderno al governo cosmopolitico*. Trieste: Asterios Editore, 1999. p. 23. Embora acredite em uma recente reorganização das esferas de poder, o qual não se concentra mais exclusivamente nas mãos dos Estados, este artigo não defende de forma alguma o desaparecimento do Estado. Ao contrário, reconhece-o como principal ator nas relações de caráter internacional, mas que se vê obrigado a interagir com novos atores para a consecução de seus objetivos.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Miguel Darcy. Nações Unidas, novos atores e governança global: mensagens e propostas do Painel sobre sociedade civil. *Política Externa*. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 55-64, set./out./dez. 2005.

²⁶⁹ ROSENAU, James N. *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring Governance in a turbulent world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 64-65.

²⁷⁰ Como são diversas as definições sobre a expressão sociedade civil, cabe esclarecer que neste artigo é usada a definição constante “*Panel of Eminent Persons on United Nations-Civil Society Relations*” no qual o termo sociedade civil foi usado com referimento “a associações de cidadãos (para além das suas famílias, amigos e outras relações sociais) criadas voluntariamente para promover os seus interesses, idéias e ideologias. O termo não inclui atividades lucrativas (o setor privado) ou de governo (o setor público). [...] Com o termo ONG entende-se todas as organizações de importância para as Nações Unidas que não são governos centrais e não são Estados criados por organizações intergovernativas, ou de associações diplomáticas ou de autoridades locais. [...] Essas incluem organizações dedicadas ao meio ambiente, ao desenvolvimento, aos direitos humanos e à paz e às suas redes”. [Tradução livre do original] *We the Peoples: Civil Society, the UN and Global Governance, Panel of Eminent People on*

hierárquicas, na qual o foco deixa de ser os *inputs* (processos de eleição e representação) e torna-se para a qualidade dos debates e *outputs* (resultados) do sistema de cooperação²⁷¹. Desta forma, o *modus operandi* das organizações internacionais deve ser repensado de forma a possibilitar a efetiva realização de seus objetivos como reguladores da ordem global.

1. Apresentação da Organização Mundial do Comércio

A Organização Mundial do Comércio (OMC) se destaca de forma significativa no plano internacional e nas transformações geradas pelo processo de globalização, tanto pela sua capacidade de regulamentação do comércio internacional, quando pelo seu rápido crescimento²⁷². Além de ter ampliado o rol de matérias sobre as quais sua normativa regula, partindo do comércio de manufaturas para áreas como comércio de serviços e propriedade intelectual, a OMC apresenta uma autonomia relativa em relação aos Estados que a compõem²⁷³.

Para Jackson, uma grande mudança ocorrida com a criação da OMC foi a elaboração de um sistema com uma abordagem orientada para a norma, ou “*rule orientated approach*”, na qual as partes se voltam para a norma e sua aplicação

UN-Civil Society Relationships. Relatório. Nova York, 2004. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 16 julho 2007. p. 13. A opção por adotar uma definição que não inclui associações lucrativas é justificada pelo entendimento de que, no caso da OMC, estas organizações já possuem ampla representação, embora participem indiretamente no sistema da OMC. Sobre a participação de empresas no Órgão de Solução de Controvérsias na OMC: DUNOFF, Jeffrey L. The Misguided Debate over NGO Participation at the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p. 433-456, sep. 1998.

²⁷¹ WOODS, Ngaire. Global Governance and the Role of Institutions. In: HELD, David. MCGREW, Anthony (Org.). *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Politi, 2002. p. 36.

²⁷² “The World Trade Organization is ostensibly the most equal of the agencies discussed so far [IMF, World Bank]. All member states enjoy an equal vote in the organization. Furthermore, unlike the more technical economic agencies, decision-making at all levels is member-driven rather than undertaken by expert staffs. Voting power, however, means much less than it seems in the WTO for decisions are adopted by consensus and that consensus tends to be thrashed out in informal negotiations meetings (often called the ‘Green Room’ process) which are dominated by the United States, European Union, Japan and Canada (‘the Quad’).” Ibid., p. 31.

²⁷³ SCHOLTE, J. A. (et. al). The WTO and Civil Society. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 1, p. 107-123, feb. 1999. p. 108.

realizada por um tribunal imparcial²⁷⁴ em contraposição ao sistema baseado na negociação, ou “*power oriented*”, predominante até 1995²⁷⁵. Outra grande alteração foi a disposição de “*single undertaking*” dos acordos da Rodada Uruguai para os Estados que ingressarem na organização, como reação à idéia de “GATT *à la carte*” existente no sistema anterior, gerando a obrigação de adesão a todas as normas negociadas no âmbito da organização²⁷⁶.

A Organização Mundial do Comércio iniciou seus trabalhos em 1995, como resultado das negociações multilaterais realizadas no âmbito Rodada do Uruguai, entre 1986 e 1984, a partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT em inglês). Entre os seus objetivos está garantir a redução de tarifas e barreiras que impedem o livre comércio de bens e produtos, assim como eliminar o tratamento discriminatório nas relações de comércio internacional²⁷⁷. Desta forma, fornece estrutura institucional para a administração e implementação dos acordos relativos ao comércio, resolução dos conflitos advindos dessas normas, e realização de novas negociações, destinadas a promover a crescente eliminação de tarifas e barreiras alfandegárias para bens e serviços.

²⁷⁴ “The phrase ‘rule orientation’ is used here to contrast with phrases such as ‘rule of law’ and ‘rule-based system’. Rule orientation implies a less rigid adherence to ‘rule’ and connotes some fluidity in rule approaches which seems to accord with reality (especially since it accommodates some bargaining or negotiation). Phrases that emphasize too strongly the strict application of rules sometimes scare policy-makers, although in reality they may amount to the same thing. Any legal system must accommodate the inherent ambiguities of rules and the constant changes in the practical application, which often center on a dispute settlement procedure, should be designed so as to promote as much as possible the stability and predictability of the rules of the system. For this purpose the procedure must be creditable, ‘legitimate’, and reasonably efficient (not easy criteria)” JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on treaty law and economic relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 8-9.

²⁷⁵ Jackson esclarece que as limitações do sistema GATT para a resolução de controvérsias era resultado da impossibilidade de criação da Organização Internacional do Comércio (OIC) uma vez que, embora o acordo GATT tivesse apenas alguns parágrafos voltados ao assunto, o projeto da OIC previa um procedimento rigoroso para a solução de controvérsias, inclusive com previsão de recurso à Corte Internacional de Justiça. *Ibid.*, p. 170.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 401. Exceção ao “*single undertaking*” são as normas do Anexo 4 dos acordos da Rodada Uruguai, chamados Acordos Plurilaterais, relacionados a temas específicos sobre os quais se interessam apenas alguns Estados, como Comércio na aviação civil, produtos laticínios e carne bovina. *Ibid.*, p. 403

²⁷⁷ Conforme esses objetivos visam promover nas economias dos países-membros melhoria nos padrões de vida, pleno emprego e expansão da produção e comércio de bens e serviços, mantendo como referencial o desenvolvimento sustentável e cuidados com o meio-ambiente. O preâmbulo do Tratado de Marrakesh, instituidor da organização, ressalta também que os objetivos devem ser buscados tendo como referencial a participação dos países em desenvolvimentos nas vantagens adquiridas pelo livre comércio, especialmente dos menos desenvolvidos.

A OMC possui uma estrutura organizacional hierarquizada, que segundo Adinolfi teria uma tipicamente ternária, representada por: a) um órgão de assembléia, onde participam representantes de todos os membros, que estabelecem os fins da cooperação realizada no âmbito da organização; b) um órgão executivo, responsável pela execução das competências delegadas pelo órgão deliberativo; c) um órgão administrativo, cujas ações possibilitam o funcionamento da organização e dos outros órgãos que exercem as competências que lhe foram delegadas²⁷⁸.

Entre os órgãos da OMC se destacam o Órgão de Revisão de Políticas Comerciais e o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), pois desempenham o controle das políticas adotadas pelos membros da organização e do impacto por elas causadas no sistema multilateral de comércio²⁷⁹. São considerados fundamentais porque asseguram o compromisso com a liberalização do comércio internacional. A eficácia dos acordos, e conseqüentemente da OMC, depende dos procedimentos de controle realizados nesses órgãos que buscam sempre a aplicação plena das normas. Como conseqüência do poder de controle sobre as políticas comerciais dos Estados, a OMC é periodicamente informada através de relatórios apresentados pelos seus membros, a partir dos quais pode realizar sugestões ou indicar o não cumprimento dos acordos da organização. “São estas competências que principalmente condicionam a soberania dos membros, interferindo de maneira relevante nas matérias que em certo tempo os Estados defendiam possessivamente, considerando-as pertencentes à competência reservada”²⁸⁰.

À medida que a organização adquire maior influência nas políticas comerciais dos seus membros, e interfere nos sistemas de produção de cada país, buscando o crescimento econômico através da promoção da divisão internacional do trabalho, percebe-se maior interesse por parte de diversos grupos de interesses afetados pelos acordos celebrados no âmbito da OMC. Reconhece-se, desta forma, a necessidade

²⁷⁸ ADINOLFI, Giovanna. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio: profili stituzionali e normativi*. Padova: CEDAM, 2001. p. 123-124.

²⁷⁹ O Órgão de Revisão de Políticas Comerciais não possui o poder de sancionar os países que infringem a normativa da OMC, pois este poder é exercido pelo Órgão de Solução de Controvérsias. No entanto, o primeiro é de grande importância porque garante maior transparência ao se dirigir a as políticas comerciais. *Idib.*, p. 336.

²⁸⁰ VENTURINI, GABRIELLA. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2004. p. 7-8. Tradução livre do original: “Sono queste competenze che maggiormente condizionano la sovranità dei Membri, interferendo in maniera rilevante in materie che un tempo gli Stati difendevano gelosamente considerandole appartenenti alla competenza riservata (domestic jurisdiction)”.

de maior democratização e transparência da organização, aliada à demanda por participação de atores sociais interessados, sejam eles estatais ou não estatais²⁸¹.

Ocorre que, como o caráter intergovernamental da organização seria ameaçado à medida que se dá atenção às demandas não-estatais, e os Estados não querem abrir mão dos seus poderes que seriam polarizados com a participação de novos centros de interesse²⁸², a participação de entes não-estatais, embora crescente, ainda é bastante deficiente. Durante a vigência exclusiva do GATT, a influência das Organizações Não-Governamentais na OMC podia ser observada em consultas informais, considerando a crescente presença de ONGs com escritório em Genebra, e estudos sobre os efeitos da liberalização do comércio veiculados na internet por instituições não-estatais. Embora alguns autores ressaltem a influência destas ações na elaboração da agenda e no processo de decisão do GATT²⁸³, não é possível mensurar

²⁸¹ ADOLFINI, op. cit., p. 161. Com relação à falta de transparência da organização, Matsushita, Shoenbaum e Mavroidis mencionam o fato de a OMC ser objeto de grandes controvérsias ao ser considerada por como o maior inimigo público da agenda anti-globalização. Entre as acusações feitas à organização estariam a de beneficiar as corporações transnacionais, violação das soberanias nacionais, falta de democracia, prevalência de proteção de interesses de propriedade em detrimento de interesses de direitos humanos e saúde, e a falta de proteção do meio ambiente e de direitos trabalhistas. Os autores discordam deste posicionamento por defenderem que a influência da organização nas áreas relacionadas ocorrem apenas de forma indireta. Além disso, a OMC restringir-se-ia à aplicação dos acordos celebrados por seus membros uma vez que não é dotada de um poder executivo independente. Ver, a propósito: MATSUSHITA, M. SHOENBAUM, T. J. MAVROIDIS, P. C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. ci-cii. Sobre os protestos contra a OMC pode-se mencionar o episódio ocorrido na III Conferência Ministerial da OMC, em Seattle no ano de 1999, onde não foi possível a realização da reunião em razão das manifestações que juntaram dez milhões de pessoas na cidade e outros milhares ao redor do mundo sob o slogan “O mundo não está à venda”. A respeito, ver: SFORZA, Michelle. WALLACH, Lori. *WTO: tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*. Tradução de Ester Dornetti. Milano, Fretinelli, 2000. p. 208. Ainda sobre o episódio ocorrido em Seattle, entendido como forma de manifestação contra a globalização: TABB, William K. *L'Elefante Amoral: La lotta per la giustizia sociale nell'era della globalizzazione*. Trad. Serena Borgo. Milao: Baldini & Cstoldi, 2001. p. 7-17.

²⁸² Esty ressalta as desvantagens de um sistema eminentemente intergovernamental. Segundo o autor, quando a elaboração das normas comerciais se restringe aos governos, ocorre uma deficiência técnica ao se tratar de temas específicos, como por exemplo, questões ambientais. Além disso, os governos estatais normalmente possuem mandatos curtos, o que os impediriam de pensar em longo prazo. ESTY, Daniel C. Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition, or Exclusion. *Journal of International Economic Law*, v.1, n. 1, p. 123-143. mar. 1998. p. 137.

²⁸³ Ver, a respeito, OSTRY, Sylvia. “Civil Society: consultation in negotiations and implementation of trade liberalization and integrated agreements: an overview of the issue”. Material preparado para o seminário *Good practices and social inclusion: a dialogue between Europe and Latin America and the Caribbean*. Milan, mar. 21-22. Disponível em: <www.iadb.org>. Consultado em jan. 2007.

como e até que ponto isto ocorra, pois muitas dessas reuniões foram realizadas sem registro formal²⁸⁴.

Algumas incitativas realizadas após a criação da OMC demonstraram maior receptividade e abertura da organização para interação com a sociedade civil, como por exemplo, a promoção de encontros entre ONGs e o Secretariado²⁸⁵, a criação do *website* da organização²⁸⁶, onde são disponibilizados documentos e informações sobre a OMC, e uma decisão adotada pelo Conselho Geral acerca do relacionamento da instituição com as ONGs. Nesta última, intitulada Guia para o Estabelecimento de Relações com ONGs, a OMC reconhece o crescente papel das ONGs para a informação do público em torno das atividades da instituição, predispõe-se a disponibilizar em maior número e com maior agilidade documentos da organização, e admite a possibilidade de encontros entre os presidentes de conselho e comitês com ONGs. O documento reitera, contudo, o caráter intergovernamental da organização e a impossibilidade das ONGs participarem diretamente nos trabalhos ou decisões da OMC.

Sugestões para promover maior transparência na instituição são constantemente citadas, e se referem a diversas possibilidades, como transmissão das conferências através da internet, aumento do acesso aos documentos da organização e criação de comitês *ad hoc*s com especialistas em determinadas áreas para consulta em assuntos como o desenvolvimento sustentável e comércio eletrônico. Optamos por aprofundar a possibilidade de participação de sujeitos não estatais na OMC por meio do Mecanismo de Solução de Controvérsias em razão da mencionada importância do órgão

²⁸⁴ SANCHEZ, Michelle Ratton. *Demandas por um novo arcabouço sociojurídico na Organização Mundial do Comércio e o caso Brasil*. 2004. 453 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 140.

²⁸⁵ O Secretariado iniciou um processo paulatino de participação das ONGs nas Conferências Ministeriais a partir do encontro em Singapura, onde as ONGs tiveram acesso às Sessões plenárias e um centro com estrutura para organização de encontros e *workshops*. Para tanto, as ONGs tiveram de elaborar requerimentos com informações sobre as atividades da organização e os objetivos a serem alcançados com a participação na Conferência, submetidos aos Membros da OMC para revisão e comentários. Das 159 ONGs que se submeteram ao processo de seleção, 108 foram a Singapura. In: MARCEAU, Gabrielle. PEDERSEN, Peter N. Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organizations and Civil Society's Claims for more Transparent and Public Participation. *Journal of World Trade*, v. 33, n.1, p. 5-49, feb. 1999. p. 11 e 15.

²⁸⁶ O site da OMC pode ser acessado no endereço eletrônico: www.wto.org. O lançamento do site em setembro de 1995 foi um passo importante para a promoção de transparência por parte da OMC, já que permite maior divulgação sobre a organização, através da disponibilização de documentos, notícias sobre o desenvolvimento das negociações e solicitação de informações. O site reserva ainda uma parte especial para as ONGs, onde disponibiliza informações sobre documentos e participação das ONGs nas Conferências Ministeriais, além de divulgar para as organizações, divulga encontros como fóruns de discussão e simpósios.

para a efetividade da OMC²⁸⁷, principalmente em função do poder vinculativo das suas decisões.

2. Órgão de Solução de Controvérsias

O Órgão de Solução de Controvérsias começou a operar em 1995, mas já pode ser considerado, segundo alguns autores, o mais importante tribunal internacional devido à sua jurisdição compulsória, resolução dos conflitos pela aplicação do direito, e possibilidade de aplicação de sanções²⁸⁸. Criado para administrar os conflitos existentes entre os membros da OMC na aplicação dos seus acordos, o OSC tem como principal função assegurar o cumprimento dos acordos de modo a preservar os direitos e obrigações dos membros da organização, conferindo segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de Comércio. É responsável também pelo esclarecimento das normas dos acordos, interpretando-as em conformidade com as regras consuetudinárias de interpretação do Direito Internacional²⁸⁹.

Considerado um sucessor dos instrumentos de solução de controvérsias do GATT, o mecanismo de solução controvérsias criado no âmbito da OMC veio corrigir diversas dificuldades existentes no primeiro, nominados por Jackson como “defeitos de nascença”, derivados das disposições originais do GATT. Entre estas dificuldades destacavam-se a falta de metas e procedimentos, o fácil bloqueio das

²⁸⁷ Utilizamos como referencial a para reconhecer a importância do OSC no ordenamento jurídico da OMC a interpretação de Trachtman sobre a função do órgão: “*To understand the role of dispute resolution, one must recognize that dispute resolution is not simply a mechanism for a neutral application of legislative rules but is itself a mechanism of legislation and governance. We must also recognize that today dispute resolution often works in tandem with legislation in that dispute resolution tribunals function in part as agents of legislatures*”. TRACHTMAN, Joel, P. The Domain of the WTO Dispute Resolution. *Harvard International Law Journal*, v. 40, n. 2, spring 1999. p. 336.

²⁸⁸ MATSUSHITA, SHOENBAUM, MAVROIDIS, op. cit., p. 18. Sobre a aplicação de sanções por parte do OSC: RUBIO, Mariano G. Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions. FORLATI, L. P. SICILIANOS L.-A. *Economic Sanctions in International Law*. The Hague: Hague Academy of International Law Research Center, 2000.

²⁸⁹ Artigo 3.2 Dispute Settlement Understanding (DSU). Sobre o poder do OSC para interpretar as normas existentes, Trachtman afirma que muitas vezes o Órgão deve ir além dos dispositivos quando as disposições contêm conceitos implícitos ou não articulados claramente, realizando um trabalho de construção das normas da OMC. Esta prática é bastante comum nos casos em que não ocorre uma violação expressa dos acordos, mas algum membro sente-se prejudicado pelo comportamento de outro da mesma forma. Em qualquer caso, contudo, esse trabalho deve ser pautado pelo artigo 31 da Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969. Sobre o assunto, consultar: TRACHTMAN, op. cit.

recomendações dos painéis pelas partes perdedoras, a fragmentação dos procedimentos e a intervenção de governos para influenciar os painelistas²⁹⁰.

Embora nem todos os problemas do GATT tenham sido resolvidos, o DSU implementou um sistema de solução de controvérsias unificado, com regras claras sobre procedimento, normas a serem aplicadas nas disputas, e impedimento de veto na adoção das decisões dos painéis e do Órgão de Apelação, de modo a garantir maior efetividade às decisões adotadas pelo órgão²⁹¹. Além de fornecer a possibilidade de resolução de controvérsias por via judicial, o *Dispute Settlement Understanding* prevê também consultas entre as partes²⁹², bons ofícios, conciliação e mediação²⁹³, assim como consulta a grupos de expertos²⁹⁴ e arbitragem²⁹⁵.

Uma grande inovação resultante da Rodada do Uruguaí foi a alteração da regra do consenso para adoção de uma recomendação pelo OSC: enquanto no sistema GATT as recomendações eram adotadas desde que todos os membros concordassem neste sentido, e a mera oposição da parte perdedora poderia bloquear todo o processo, com o novo DSU foi inserido o mecanismo do consenso negativo, pelo qual uma recomendação não é adotada, somente se todos os membros concordarem sobre a sua rejeição. Na prática o consenso negativo confere automaticidade ao OSC e permite que todas as recomendações sejam adotadas pelo *Dispute Settlement Body* (DSB), pois pelo menos uma parte, aquela vencedora da disputa, sempre terá interesse na adoção da medida²⁹⁶.

²⁹⁰ “*Despite the success of the GATT panel dispute resolution process, serious shortcomings inhibited its effectiveness. Such shortcomings included delays in the formation of panel reports in the GATT Council and delays in the implementation of Council recommendations*”. MATSUSHITA, SHOENBAUM, MAVROIDIS, op. cit., p. 21. Os autores ressaltam que como o artigo XXIII do GATT, única disposição referente a conflito entre as partes, evitava o termo disputa e previa a possibilidade de resolução de controvérsias através de consolação, com possibilidade de contra-misuras somente em circunstâncias extremas. A prática dos Estados foi de fundamental importância para o desenvolvimento dos procedimentos de solução de controvérsias até 1995. À medida que os conflitos foram surgindo, os membros da OMC passaram a denominar grupos de trabalho *ad hoc* investigação dos casos e resolução dos conflitos, que somente em um segundo momento passaram a ser chamados de painéis.

²⁹¹ JACKSON, op. cit., p. 177-178.

²⁹² DSU, Art. 4.

²⁹³ Idem, Art. 5.

²⁹⁴ Idem, Art. 13:2.

²⁹⁵ Idem, Art. 25.

²⁹⁶ VELLANO, Michelle. *L'Organo d'Appello dell'OMC*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2001. p. 43.

O OSC possui competência para julgar sobre todas as matérias presentes nos acordos realizados no âmbito da OMC²⁹⁷, enumeradas no Anexo 1 do DSU, inclusive aquelas para as quais existem regras ou procedimentos especiais²⁹⁸. Quanto às matérias não diretamente relacionadas aos acordos, mas relevantes à resolução das disputas, o artigo 11 do DSU confere poder ao OSC para fazer outras descobertas de forma autônoma, desde que auxiliem na elaboração das recomendações. Interpretado de forma ampla, este dispositivo permite aos painéis e ao Órgão de Apelação o poder de decisão sobre todos os aspectos juridicamente relevantes para a resolução de uma disputa, confirmando a inserção do sistema OMC no corpo de normas do Direito Internacional Público²⁹⁹. Com o poder conferido aos painelistas para analisar diversos aspectos de uma disputa e considerar qualquer informação que lhe possa parecer relevante para o caso – inclusive àquelas levantadas pelo próprio painel – novas possibilidades na resolução de uma disputa emergem, já que informações não fornecidas pelas partes e advindas de outra fonte passam a produzir consequências jurídicas para o caso e são, portanto, capazes de alterar o resultado da disputa³⁰⁰.

A reivindicação pela possibilidade de fornecer novas informações para a resolução de disputas iniciou antes mesmo do início dos trabalhos da OMC. No caso

²⁹⁷ DSU, Art. 2

²⁹⁸ Idem, Art. 1:2

²⁹⁹ SHOWNBAUM, Thomas J. Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 47, p. 647-658, jul. 1998. p. 652-653. Embora juridicamente as normas do Direito Internacional tenham sido recebidas no ordenamento da OMC, Trachtman aponta como geralmente a organização isola-se deste contexto no qual esta inserida, visto que os painéis e o Órgão de Apelação não estão autorizados a aplicar diretamente Direito Internacional consuetudinário ou pactício. TRACHTMAN, Joel, P. The Domain of the WTO Dispute Resolution, op. cit., p. 347-348. Exceção neste sentido é a aplicação dos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre os Tratados para a interpretação das normas da organização, donde se deduz o duplice caráter do trabalho interpretativo do OSC, que por um lado analisa os dispositivos segundo a lógica da práxis internacional, e de outro procura preservar a vontade dos Estados do momento de conclusão dos acordos. Para Howse, “*the very decision to follow these general public international law interpretative norms enhances the legitimacy of the dispute settlement organs in adjudicating competing values – because these norms are common to international law generally, including regimes that give priority to very different values, and are not specific to a regime that has traditionally privileged a single value, that of free trade*”. HOWSE, Robert. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence. In: WEILER, J. H. H. (org.). *The EU, The WTO and the NAFTA*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 54. Sobre o direito aplicável no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, ver: DISTEFANO, Marcella. *Soluzione delle Controversie nell’OMC e Diritto Internazionale*. Padova: CEDAM, 2001. p. 75-121.

³⁰⁰ MARCEAU, Gabrielle. STILWELL, op. cit., p. 158. Durante a vigência do acordo GATT tanto os memorandos não solicitados enviados à OMC quanto às considerações feitas por membros da organização externos à causa só eram considerados pelo painel à medida que eram formalmente adotados pelas partes.

Atum/Golfinho as organizações não-governamentais questionavam a legitimidade do sistema de controvérsias da OMC para decidir questões com grandes conseqüências em áreas não-comerciais, neste episódio ambientais, e pela restrição do procedimento à participação de representantes dos membros da organização, aos quais normalmente falta conhecimento científico para tratar devidamente sobre o tema³⁰¹. Durante a Rodada do Uruguai, da mesma forma, já havia a demanda por um canal de acesso direto às ONGs, mas que só foi atendida em 1998 com a admissão de memorandos *amicus curiae* no caso Camarões/Tartarugas³⁰².

2.1. Presença do Instituto Amicus Curiae no Órgão de Solução de Controvérsias

Umbrich esclarece que o termo *amici curiae*³⁰³, expressão em latin para “amigos da corte” remonta ao direito romano, em um período onde não se tinha acesso fácil às informações e a “história oral” era a principal forma de transmissão do conhecimento e da jurisprudência. A contribuição de *amici* era, portanto, de grande importância para auxiliar a corte nos casos em que houvesse dúvidas ou poderia cometer algum erro com base na informação que já dispunha³⁰⁴. O instituto foi adotado posteriormente pelo sistema *common law*, e tem sido usado com crescente freqüência em cortes internacionais. Enquanto no período romano a contribuição dos *amici* era

³⁰¹ De acordo com Marceau e Stilwell as decisões da OMC não refletem o interesse dos cidadãos e da sociedade civil, e a falta de transparência nos procedimentos do OSC aumentam a especulação sobre o funcionamento do Órgão. *Ibid.*, p. 156.

³⁰² BARONCINI, Elisa. Società Civile e Sistema OMC di Risoluzione delle Controversie.: gli *amici curiae*. FRANCIONI, Francesco (et. al.). *Organizzazione Mondiale del Commercio e Diritto della Comunità Europea nella Prospettiva della Risoluzione di Controversie*. Milano: Giufrè, 2005. p. 76.

³⁰³ De acordo com o Jowitt's Dictionary of Law, “*amicus curiae*, a friend of the court, that is to say, a person, whether a member of the Bar not engaged in the case or any other bystander, who calls the attention of the court to some decision, whether reported or unreported, or some point of law which appear to have been overlooked”. BURKE, John. *Jowitt's Dictionary of Law*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1977. 2 v. p. 98.

³⁰⁴ In: UMBRICHT, Georg C. An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 773-794, 2001. p. 778. Sobre an origem do instituto Shelton complementa: “*The development of amicus participation may be seen in large part as a result of the common law procedures that made third-party intervention difficult, if not impossible. (...) In contrast to the common law view that 'parties to a controversy shall have the right to litigate the same, free from the interference of strangers', the position of France and other civil law countries is to grant broad rights of intervention. Associations and organizations concerned with the environment or human rights participate in cases as intervenors, serving the same purpose as amici in common law countries*”. Ver, a respeito: SHELTON, Dinah. The Participation of Nongovernmental Organizations in Intergovernmental Judicial Proceedings. *The American Journal of International Law*, v. 88, n.4, p. 611-644, oct. 1994. p. 616.

principalmente mostrar à corte aspectos inobservados, atualmente o instituto é utilizado com a finalidade e defender interesses daquele que o utiliza. Segundo Shelton, a opção por *amicus curiae* ocorre em razão de ser mais rápido e econômico que a elaboração de um novo caso, o ao seu caráter não vinculativo com relação às alegações das partes³⁰⁵. Se bem administrado, o *amicus curiae* enriquece a dialética processual sem sobrecarregar as partes ou aumentar o tempo do procedimento de resolução da disputa³⁰⁶.

Na OMC, o instituto foi abordado pela primeira vez no caso Camarões/Tartarugas iniciado em 1997, quando Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia denunciaram os Estados Unidos perante o OSC devido às políticas de importação do último para certos tipos de camarões e produtos relacionados. Os Estados Unidos exigiam uma certificação especial conferida ao país exportador, pela qual se atestava a utilização de redes de pesca específicas para a proteção de tartarugas marinhas. Embora essas exigências infringissem a regra de não-discriminação do GATT, os Estados Unidos justificaram a medida a partir do artigo XX do GATT, que autoriza a existência de discriminação e criação de restrições, desde que tenham o escopo de proteção de vida humana, animal ou vegetal³⁰⁷.

O caso gerou interesse de ONGs ambientalistas que apresentaram memorandos *amicus curiae*, rejeitados pelo painel com base na alegação de que o recebimento de informações por parte de organizações não-governamentais é incompatível com as disposições do DSU³⁰⁸, e os painéis seriam obrigados a aceitarem somente as informações fornecidas pelas partes do painel ou por terceiros interessados. A decisão reconheceu, contudo, a possibilidade de as partes incluírem nas suas

³⁰⁵ Por outro lado, a autora indica como desvantagens do instituto os impedimentos para controlar o andamento do processo, apresentar provas ou documentos, examinar testemunhas ou manifestar-se sem a permissão da corte. SHELTON, Dinah. The Participation of Nongovernmental Organizations in Intergovernmental Judicial Proceedings. *The American Journal of International Law*, v. 88, n.4, p. 611-644, oct. 1994. p. 611-612.

³⁰⁶ BARONCINI, op. cit. p. 79.

³⁰⁷ O texto do artigo XX sobre exceções gerais dispõe: “*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (...) (b) necessary to protect human, animal or plant life or health*”.

³⁰⁸ WT/DS58/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* – Relatório do Órgão de Apelação, 12 out. 1998, parágrafo 99.

alegações o conteúdo dos memorandos³⁰⁹. Diante da possibilidade das informações prestadas pelas ONGs não serem analisadas na disputa, os Estados Unidos anexaram os textos na sua defesa e contestaram no Órgão de Apelação a decisão de não-recebimento do painel com base no artigo 13:2 do DSU³¹⁰. A alegação se referiu à liberdade dos painéis para buscar informações sobre a disputa em qualquer fonte relevante conferida pelo dispositivo, e para consultar expertos sobre questões específicas. O artigo 13 permitiria, no entendimento apresentado pela parte, discricionariedade por parte do painel na obtenção de informações, o que não impede o recebimento de organizações não-governamentais com conhecimento sobre o tema da disputa³¹¹.

No Órgão de Apelação os memorandos submetidos em primeira instância foram analisados sob dois aspectos: quanto à admissibilidade de *amicus curiae* por parte dos painéis e quanto à admissibilidade dos apresentados no caso. De acordo com o primeiro aspecto, o Órgão de Apelação refutou a interpretação do painel sobre a impossibilidade de admissão dos memorandos sob a justificativa da inexistência de disposições no DSU relativas à matéria. Com base no artigo 13 do DSU, o Órgão de Apelação reconheceu a autoridade dos painéis para buscar informação de qualquer fonte e forma que julgar pertinente, mas também para decidir se aceita ou rejeita a informação prestada, a partir da análise da aceitabilidade e relevância da mesma³¹². A palavra

³⁰⁹ Ibid., parágrafo 109.

³¹⁰ O artigo 13:2 do DSU dispõe: “*Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate. However, before a panel seeks such information or advice from any individual or body within the jurisdiction of a Member it shall inform the authorities of that Member. A Member should respond promptly and fully to any request by a panel for such information as the panel considers necessary and appropriate. Confidential information which is provided shall not be revealed without formal authorization from the individual, body, or authorities of the Member providing the information*”.

³¹¹ WT/DS58/AB/R, 1998, *supra*, parágrafo 9.

³¹² O Órgão de Apelação realizou uma distinção entre o que o painel é obrigado a aceitar e o que é autorizado a aceitar ao admitir a possibilidade de impetração de *amicus curiae*: “*It may be well to stress at the outset that access to the dispute settlement process of the WTO is limited to Members of the WTO. This access is not available, under the WTO Agreement and the covered agreements as they currently exist, to individuals or international organizations, whether governmental or non-governmental. Only Members may become parties to a dispute of which a panel may be seized, and only Members "having a substantial interest in a matter before a panel" may become third parties in the proceedings before that panel.70 Thus, under the DSU, only Members who are parties to a dispute, or who have notified their interest in becoming third parties in such a dispute to the DSB, have a legal right to make submissions to, and have a legal right to have those submissions considered by, a panel.71 Correlatively, a panel is obliged in law to accept and give due consideration only to submissions made by the parties and the third parties in a panel proceeding. These are basic legal propositions; they do not, however, dispose of the issue here presented by the appellant's first claim of error. We believe this interpretative issue is most appropriately addressed by examining what a panel is authorized to do under the DSU*”. [grifo nosso]. Ibid., parágrafo 101. A esta interpretação contrapõe-

buscar, em inglês “*seek*”, segundo o entendimento do Órgão de Apelação, não deveria ser interpretada literalmente neste caso, mas de modo a abarcar as situações em que um indivíduo ou organização requer a permissão para submeter um parecer³¹³.

Sobre a incorporação dos memorandos das ONGs por parte dos Estados Unidos, o Órgão de Apelação questionou o membro sobre em que medida adotava as alegações das organizações. Como resposta, os EUA afirmaram a independência das concepções presentes nos memorandos *amicus curiae* em relação às suas alegações e que não as adotava. Admitiram, contudo, a concordância com os argumentos legais apresentados, à medida que convergissem com as alegações feitas na defesa principal do membro³¹⁴. Dessa forma o Órgão de Apelação considerou que a partir do momento em que um memorando ou outro material foi anexado nas alegações do apelante ou do apelado, as informações nele contidas passam a integrar o corpo das alegações independentemente de sua fonte, ao menos *a priori*. Foi observado também que a liberdade das partes de uma disputa para escolher o conteúdo de suas alegações não exclui a responsabilidade do não-membro pelo conteúdo das informações prestadas, inclusive com relação aos anexos apresentados³¹⁵.

Apesar de ter aberto o importante precedente de competência do Órgão de Solução de Controvérsias para a admissão de memorandos *amicus curiae*³¹⁶, no caso

se a baseada no princípio *expression unius est exclusio alterius*, pelo qual quando um texto explicitamente permite uma ou mais formas de atividade, implicitamente proíbe todas as formas similares não mencionadas. A partir deste raciocínio Robbins argumenta a inadmissibilidade de atores não-estatais no OSC da OMC, a qual estaria em conformidade com a interpretação positivista prevalente na prática do órgão. Para o autor a riqueza de detalhes das disposições sobre a participação de membros terceiros às disputas evidencia que se os membros tivessem a intenção de permitir *amicus curiae*, seguramente existiriam regras a respeito no DSU. Ver, a respeito: ROBBINS, Josh. False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals Under the Hot-Rolled Lead/Asbestos Doctrine. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 317-329, winter 2003. p. 320.

³¹³ WT/DS58/AB/R, 1998, *supra*, parágrafos 104-109. O parágrafo 108 sintetiza de forma clara a posição adotada pelo Órgão de Apelação: “*In the present context, authority to seek information is not properly equated with a prohibition on accepting information which has been submitted without having been requested by a panel. A panel has the discretionary authority either to accept and consider or to reject information and advice submitted to it, whether requested by a panel or not. The fact that a panel may motu proprio have initiated the request for information does not, by itself, bind the panel to accept and consider the information which is actually submitted. The amplitude of the authority vested in panels to shape the processes of fact-finding and legal interpretation makes clear that a panel will not be deluged, as it were, with non-requested material, unless that panel allows itself to be so deluged*”.

³¹⁴ *Ibid.*, parágrafos 86-87.

³¹⁵ *Ibid.*, parágrafos 88-91.

³¹⁶ O caso Camarões/Tartarugas também contribuiu para a interpretação do artigo XX do GATT, no que diz respeito às possibilidades de medidas unilaterais para a imposição de barreiras, com a justificativa de proteção ambiental. Embora tenha reconhecido a possibilidade de medidas unilaterais com base no

Camarões/Tartarugas essa prerrogativa não foi aplicada, em função da adoção dos memorandos na sua defesa por parte dos Estados Unidos. Além disso, não ficaram claros na decisão os critérios utilizados para o recebimento e análise das informações, como por exemplo, qual tipo de organização pode participar ou se o painel recebe informações de fato ou de direito das ONGs, gerando dúvidas por parte dos membros sobre o que esperar nos próximos casos³¹⁷.

A decisão do Órgão de Apelação sobre a competência do OSC para receber memorandos *amicus curiae* foi bastante controversa entre os membros da OMC e objeto de varias críticas. Entre elas, o entendimento de que ao decidir as disputas se utilizando de uma abordagem mais legislativa que adjudicativa, o Órgão de Apelação estaria excedendo a jurisdição e o mandato conferido pelo DSU. Embora essas iniciativas do OSC possam contribuir para o preenchimento de lacunas nas normas da OMC, geram a perda de confiança dos membros da organização no órgão, em razão do sentimento de insegurança jurídica que podem criar³¹⁸.

Com o caso Carbono/Aço a controvérsia acerca da participação de *amicus curiae* no OSC foi retomada³¹⁹, a partir da interposição de *amicus curiae* perante o Órgão de Apelação por parte da *American Iron and Steel Institute* e *Specialty Steel Industry of North América*. As Comunidades Européias manifestaram-se imediatamente contrárias ao recebimento do *amicus curiae*, declarando o documento inadmissível em sede de segundo grau já que o artigo 13 do DSU se refere somente aos painéis, e desprovido de base em qualquer outro dispositivo do DSU ou dos Procedimentos de

artigo XX, o Órgão de Apelação abordou a questão de forma equilibrada, considerando os direitos e obrigações dos membros e o seu exercício com boa-fé e razoabilidade. Desta forma o Órgão de Apelação reconheceu a aplicação do artigo XX na questão da certificação das importações, com a finalidade de proteger o meio ambiente mas, por outro lado, afirmou que a certificação dos países e não dos fornecedores indicava uma tentativa de imposição das regras de proteção ambiental por parte dos EUA, constitui uma discriminação arbitrária, não legítima no ordenamento da OMC. Ver, a respeito: APPLETON, Arthur, E. Shrimp/Turtle: Untangling the Nets. *Journal of International Economic Law*, v. 2, p. 477-496, 1999. p. 491-493.

³¹⁷ MARCEAU, Gabrielle. STILWELL, op. cit., p. 163.

³¹⁸ APPLETON, op. cit., p. 494-496.

³¹⁹ WT/DS138/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products originated in the United Kingdom (US – Lead Bismuth II)* – Relatório do Órgão de Apelação, 7 jun. 2000. Na controvérsia a União Européia dos acusava os Estados Unidos pela imposição de medidas excessivamente onerosas na importação de barras de chumbo, utilizadas para a produção de aço.

Trabalho do órgão³²⁰. Os Estados Unidos, por outro lado, manifestaram-se novamente favoráveis à admissão de *amicus curiae*, argumentando a legitimidade do Órgão de Apelação: a) na ampla e extensiva autoridade para o recebimento de *amicus curiae* afirmada na decisão Camarões/Tartarugas; b) no artigo 17.9 do DSU que autoriza o Órgão de Apelação a criar os seus procedimentos de trabalho; c) na regra 16 (1) dos Procedimentos de Trabalho do OSC pela qual é permitida a criação de um procedimento novo quando a questão relevante não é abarcada pelas normas já previstas³²¹.

Ao se manifestar sobre a questão, o Órgão de Apelação, confirmou a inexistência de dispositivos no DSU ou nos Procedimentos de Trabalho do OSC autorizando o recebimento de informações fornecidas por sujeitos externos à organização, e ressaltando da mesma forma a ausência de proibições expressas para a realização do ato. De acordo com o entendimento do Órgão de Apelação, o artigo 17.9 confere ampla autoridade para a criação de regras sobre procedimento, desde que estas não entrem em conflito com as normas do DSU e com os acordos da organização. O Órgão de Apelação haveria, desta forma, poder discricionário para aceitar ou não a informação prestada pelo *amicus curiae*³²². Apesar disso, novamente o *amicus curiae* não foi recebido, desta vez em sob o fundamento de não ser necessário para a apreciação da disputa³²³.

A decisão relativa ao *amicus curiae* tomada pelo Órgão de Apelação no caso Carbono/Aço confirmou a posição assumida pelo órgão em favor do instituto, assim como o seu aumento de poder através da interpretação ativista das normas da organização³²⁴. A fundamentação jurídica utilizada no caso, contudo, foi objeto de críticas, pois o artigo 17.9 menciona a elaboração de novos procedimentos em consulta com o presidente do OSC e o Diretor-Geral da organização, acompanhada de posterior

³²⁰ Ibid., parágrafos 36-37. O parecer contrário à admissibilidade dos *amicus curiae* apresentados foi reforçada por Brasil e México, como terceiros interessados na disputa.

³²¹ Ibid., parágrafo 38.

³²² “*This provision [17.9] makes clear that the Appellate Body has broad authority to adopt procedural rules which do not conflict with any rules and procedures in the DSU or the covered agreements. Therefore, we are of the opinion that as long as we act consistently with the provisions of the DSU and the covered agreements, we have the legal authority to decide whether or not to accept and consider any information that we believe is pertinent and useful in an appeal*”. Ibid., parágrafo 39.

³²³ Ibid. parágrafo 42.

³²⁴ APPLETON, Arthur E. *Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat?* *Journal of International Economic Law*. v. 3, n. 4, p. 691-699, dec. 2000. p. 699.

notificação dos membros, pré-requisitos não respeitados no caso em questão, e que limitam a “ampla autoridade” alegada pelo Órgão de Apelação³²⁵.

Poucos meses depois, o debate ressurgiu com o caso Amianto³²⁶, quando o Órgão de Apelação criou um procedimento adicional especial para o recebimento de *amicus curiae* específico para o caso, pelo qual qualquer pessoa natural ou jurídica poderia apresentar um pedido para participar na disputa, desde que respeitasse os requisitos de forma, conteúdo e prazo estipulados. Uma vez aceitos, os *amicus curiae* deveriam respeitar um limite de vinte páginas e cingir-se a alegações de direito, sustentadas nas normas ou interpretações do painel do qual recebeu a autorização para participar³²⁷. Neste caso o fundamento jurídico utilizado pelo Órgão de Controvérsias foi o artigo 16(1) dos Procedimentos de Trabalho do Órgão de Apelação, que autoriza a criação de novos procedimentos para um caso específico, desde que não seja incompatível com o texto do DSU³²⁸.

Embora restritas ao caso Amianto, as regras de procedimento fixadas pelo Órgão de Controvérsias auxiliam a aceitação do instituto *amicus curiae* por parte dos membros da OMC, enquanto estabeleceu critérios de admissibilidade mais precisos, fornecendo maior grau de previsibilidade para novos casos e, conseqüentemente maior segurança jurídica. Em suma, o Procedimento Adicional foi uma boa iniciativa no âmbito legal e de resolução da controvérsia, mas a sua aplicação restrita fez o resultado final da iniciativa insignificante³²⁹, pois mesmo após o estabelecimento de todos os critérios e apresentação de onze pedidos o Órgão de Apelação não recebeu nenhum

³²⁵ Ibid., p. 696.

³²⁶ WT/DS135/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC- Asbestos)* – Relatório do Órgão de Apelação, 5 apr. 2001.

³²⁷ WT/DS135/9, Órgão de Solução de Controvérsias – *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* – Procedimento Adicional adotado com base na regra 16(1) dos Procedimentos de Trabalho para o Órgão de Apelação AB-2000-11, 8 nov. 2000.

³²⁸ Procedimentos de Trabalho do Órgão de Apelação, artigo 16(1): “*In the interest of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these rules. Where such a procedure is adopted, the other Division shall immediately notify the participants and third participants in the appeal as well as the other Members of the Appellate Body*”. WT/AB/WP/3, Órgão de Apelação – *Working Procedures for Appellate Review*, 28 fev. 1997. O texto dos Procedimentos de Trabalho foi alterado mas o artigo 16(1) permanece o mesmo na versão mais recente, de 2005. WT/AB/WP/7, *Working Procedures for Appellate Review*, 1 may. 2003.

³²⁹ ZONNEKEYN, Geert A. The Appellate Body’s Communication on *Amicus Curiae* Briefs in the *Asbestos Case: An Echternach Procession?*. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 3, p. 553-563, jun. 2001. p. 562.

memorando. Como consequência as críticas permaneceram tanto da parte dos atores que desejam submeter os *amicus curiae*³³⁰, que reclamam da existência criação de uma oportunidade de participação sem efeitos práticos, quanto da parte dos Estados membros da organização, para os quais a legitimidade do OSC para regular a matéria é ainda duvidosa.

Apesar das críticas, a prática do *amicus curiae* não foi rejeitada por todos os membros, como se pode observar no caso Sardinha³³¹, em que o Marrocos fez uso do instituto para fornecer informações de fato sobre as diferenças entre as espécies de sardinha e informações econômicas sobre a indústria de pesca do país³³². Neste caso o Órgão de Apelação entendeu pela admissibilidade de *amicus curiae* por partes de membros da organização, considerando a inexistência de dispositivos no DSU que a proíba esta forma de participação. Contudo, o órgão ressaltou a ausência de privilégios de um Estado membro ao apresentar o *amicus curiae* em razão de sua posição jurídica na organização, mantendo a discricionariedade para aceitá-lo conforme sustentado nos casos anteriores³³³.

³³⁰ Center for International Environmental Law, Foundation for International Environmental Law and Development, Greenpeace international, International Ban Asbestos Secretariat e WWF International manifestaram a desilusão a respeito do convite e rápida rejeição do Órgão de Apelação dos pedidos de participação: “By failing to give adequate consideration to directly affected groups, the WTO runs the risk of increasing widespread distrust in its dispute settlement procedures which are already heavily criticised for giving free trade precedence over other values such health, the environment and sustainable development. The WTO’s Appellate body has instructed its Members to observe principles of “basic fairness” but has proven itself incapable of honouring its own preachings. Its decision to deny the group’s request was swift but, without reasoning, appears arbitrary. Failing to provide adequate reasons for its refusal demonstrates a lack of procedural fairness that is not tolerated in democratic legal systems”. In: A Court Without Friends? One year after Seattle, the WTO slams the door on NGOs. *Center for International Environmental Law*. Nov. 2000. Disponível em: <<http://www.ciel.org/Announce/asbstospr.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³³¹ WT/DS231/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *European Communities – trade description of sardines*– Relatório do Órgão de Apelação, 26 sep. 2002.

³³² Ibid., parágrafo 169.

³³³ Ibid. Os parágrafos 164, 166-167 esclarecem a posição do Órgão de Apelação: “As we have already determined that we have the authority to receive an *amicus curiae* brief from a private individual or an organization, a fortiori we are entitled to accept such a brief from a WTO Member, provided there is no prohibition on doing so in the DSU. We find no such prohibition. (...)The fact that Morocco, as a sovereign State, has chosen not to exercise its right to participate in this dispute by availing itself of its third-party rights at the panel stage does not, in our opinion, undermine our legal authority under the DSU and our Working Procedures to accept and consider the *amicus curiae* brief submitted by Morocco. Therefore, we find that we are entitled to accept the *amicus curiae* brief submitted by Morocco, and to consider it. We wish to emphasize, however, that, in accepting the brief filed by Morocco in this appeal, we are not suggesting that each time a Member files such a brief we are required to accept and consider it. To the contrary, acceptance of any *amicus curiae* brief is a matter of discretion, which we must on a case-by-case basis”.

Sob o aspecto jurídico, algumas dúvidas permanecem acerca da legitimidade do *amicus curiae*, especialmente em sede de segundo grau. Primeiramente porque o artigo 13 se refere ao poder do *panel* para buscar informações, e não existe nenhum dispositivo no DSU ou nos Procedimentos de Trabalho que assegurem expressamente este direito ao Órgão de Apelação. Segundo Robbins, mesmo se fosse admitido ao Órgão de Apelação consultar expertos – possibilidade admitida no artigo 13.2 do DSU – as informações prestadas através de *amicus curiae* não poderiam ser recebidas com esse *status* devido ao dever de imparcialidade e independência dos expertos³³⁴. O uso dos Procedimentos de Trabalho para regular a participação de atores privados seria também, segundo este entendimento, inadequado considerando que o DSU foi criado para resolver disputas entre os Estados, restritos ao estabelecimento de atos e trâmites da resolução de conflitos e não criação de direitos substanciais³³⁵.

Outro ponto que suscita polêmica é a insegurança jurídica resultante da admissibilidade de *amicus curiae* no Órgão de Apelação. Além de garantir direitos a não-membros que são proibidos a membros da OMC, considerando que membros terceiros interessados na disputa não podem participar da fase de apelação a menos que se tenham manifestado durante os procedimentos do *panel*, esta possibilidade limitaria a previsibilidade dos procedimentos do órgão, em descumprimento com o artigo 3.2 do DSU. Torna-se restrita também a possibilidade de a decisão do *panel* ser analisada por uma segunda instância, o que permite a revisão das interpretações legais realizadas em um primeiro grau³³⁶.

As restrições juridicamente apresentadas revelam-se, na sua maior parte, um problema derivado das possibilidades de interpretação das normas do OSC, o que depende da posição política assumida pelo OSC. Fica claro, portanto, que a partir de uma abordagem legalista das normas do DSU e dos Procedimentos de Trabalho a abertura do OSC para sujeitos sem a qualidade de parte ou de terceiros é

³³⁴ ROBBINS, op. cit., p. 325.

³³⁵ Ibid., p. 326.

³³⁶ UMBRICHT, Georg C. An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 773-794, 2001. p. 788-789. O autor explica como na maioria dos procedimentos judiciais é possível reabrir um caso somente se novos fatos, que não podiam se conhecidos até então surgem. Como a resolução de controvérsias do OSC não prevê nem mesmo essa possibilidade de novos fatos e argumentos na disputa, seria injusto permitir novos argumentos uma vez que privaria a parte oposta a de um segundo grau de jurisdição.

necessariamente excluída³³⁷. No entanto pelas interpretações realizadas até o momento, o Órgão de Apelação é ao menos formalmente favorável ao instituto³³⁸. Considerando a notória eficiência do Órgão de Solução de Controvérsias para dar continuidade às normas e políticas da organização – em contraposição às dificuldades enfrentadas pelos Estados membros na negociação de novos acordos³³⁹ – é possível afirmar que dificilmente o Conselho de Ministros exercitará o seu poder para dar uma interpretação definitiva e manifestar-se sobre a matéria num futuro próximo, alterando as tendências atuais.

3. Participação da Sociedade Civil na OMC: vantagens, limites e novas possibilidades

Apresentadas as circunstâncias jurídicas na qual resta a participação de sujeitos não-membros da OMC no Órgão de Solução de Controvérsias, e pressupondo uma crescente demanda pela consolidação do instituto em razão das conjunturas

³³⁷ BARATTA, Roberto. La Leggitimità dell' *Amicus Curiae* Dinanzi agli Organi Giudiziali della Organizzazione Mondiale del Comercio. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. LXXXV, n. 3, p. 549-572, 2002. p. 552. Para o autor “*un approccio strettamente formalistico dei poteri processuali spettanti al giudice internazionale (...) non sembra quello più idoneo ad affrontare problematiche di questo tipo, se non altro perchè suscetibile, in talune circostanze di produrre impedimenti insormontabili all'esercizio della funzione giudiziale. Si pensi all'ipotesi in cui l'accordo istitutivo non abbia esplicitamente attribuito all'organo giudiziale il potere di pronunciarsi sulla sua competenza. Una concezione strettamente formalistica dei poteri attribuiti all'organo condurrebbe a paralizzare l'attività semplicemente qualora ne fosse contestata la competenza*”. Ibid. p. 553. O autor defende a possibilidade de o problema de interpretação do DSU ser sanado pelo princípio dos poderes implícitos, em consonância com a interpretação teleológica enunciada no artigo 38 da Convenção de Viena sobre os Tratados.

³³⁸ Apesar de toda a controvérsia sobre o tema, o Órgão de Apelação nunca considerou qualquer dos memorandos apresentados pertinentes ou úteis e, portanto, na prática a admissibilidade de *amicus curiae* não produziu nenhuma consequência para a resolução de disputas no órgão. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Dispute Settlement System Training Module*: Chapter 9. Genebra, 2003. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/intro1_e.htm>. Acesso em: 20 novembro 2007.

³³⁹ EHLERMANN, Claus-Dieter. Reflections on the Process of Clarification and Improvement of the DSU. Op. In: ORTINO, Federico. PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Org.). *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*. Hague: Kluwer Law International, 2004. v. 18, p. 106. O autor reforça esta posição ao discorrer sobre sua experiência como juiz do Órgão de Apelação: “*The WTO is characterized by the imbalance between the strong (quasi-) judicial structure set up by the DSU and the weak political decision-making process which is all too often blocked, between major trade rounds, by the traditional consensus rule*”. _____. Six years on the Bench of the 'World Trade Court': Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization. In: ORTINO, Federico. PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Org.). *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*. Hague: Kluwer Law International, 2004. v. 18, p. 500.

expostas até o momento, cabe analisar quais as possíveis conseqüências da participação da sociedade civil na OMC e qual a melhor forma para a organização administrá-las.

No que concerne às contribuições positivas, o recebimento de *amicus curiae* na OMC pode auxiliar a organização em diversos sentidos. Em um primeiro momento os memorandos contribuem diretamente com o fornecimento de informações, ao colocarem em evidência argumentos, fatos ou informações de caráter técnico desconhecidos pelos membros ou pelo OSC. Como as disputas são cada vez mais abrangentes e complexas, nem sempre os representantes dos Estados membros da organização possuem conhecimento especializado suficiente para apresentar todos os aspectos de uma disputa, portanto a colaboração de organizações ou indivíduos especializados em determinadas áreas ligadas ao comércio podem contribuir substancialmente para uma análise mais completa da situação em relevo³⁴⁰.

Uma maior abertura do OSC para a sociedade civil pode conferir maior legitimidade às decisões tomadas no OSC e à organização como um todo, pela criação de novos canais de acesso a demandas ignoradas até então e aceitação de grupos que se sentiam à margem do processo de liberalização do comércio. Devido ao caráter intergovernamental da organização, muitas vezes não se consegue tratar das questões não limitadas por fronteiras, e estes grupos que poderiam contribuir para os debates permanecem excluídos do processo, como resultado de déficits democráticos presentes nos membros da organização, e falta de representação de demandas minoritárias³⁴¹ por Estados que formalmente deveriam fazê-lo.

O maior diálogo com a sociedade civil pode aumentar a legitimidade da OMC também através de uma maior difusão de informações sobre os trabalhos da organização por estes canais de diálogo com o público. Algumas ONGs se comunicam com grupos e indivíduos com os quais muitas vezes os governos não têm um método

³⁴⁰ ESTY, Daniel C. op. cit., p. 133. Conforme Marceau e Petersen mencionam, de alguma forma os governos reconhecem a capacidade de ONGs para fornecer informações de qualidade tanto dentro da OMC quanto fora, principalmente nas áreas de meio ambiente e desenvolvimento. Tanto que representantes de ONGs são convidados para participar das delegações nacionais em Conferências Ministeriais e em outros encontros da OMC. Ver, a respeito: MARCEAU, Gabrielle. PEDERSEN, op. cit., p. 7.

³⁴¹ Esty sintetiza de maneira bastante clara esta realidade: “*Whenever political choices derive from higher (more centralized) levels of government, which are inescapably more distant from the localized citizenry, issues of representation and fears of a ‘democratic deficit’ emerge. The trading system historically had been quite vulnerable on this point, facing regular attacks because of the perception that a secretive cabal of ‘faceless international bureaucrats’ in Geneva makes decisions without fully appreciating their impacts at the local level in countries around the world*”. In: ESTY, op. cit., p. 128.

direto de contato³⁴². A propagação de informações sobre a OMC e o debate sobre suas políticas, perspectivas e metodologias diminuem a distância entre a organização e o público, uma vez que podem suscitar maior apoio à liberalização do comércio³⁴³.

São diversos os argumentos contrários à participação da sociedade civil na OMC, utilizados pelos membros e analistas da organização. Frequentemente assinalado pelos países em desenvolvimento, é o fato de a maior parte das organizações não-governamentais estarem concentradas no hemisfério norte, e normalmente representarem interesses dos Estados industrializados e das multinacionais. A abertura da OMC para estes organismos viria a prejudicar ainda mais a posição de inferioridade dos países menos desenvolvidos, cuja disponibilidade de recursos financeiros e humanos para participar em um sistema sofisticado como o da OMC é já limitada³⁴⁴. A alteração da natureza intergovernamental da organização tampouco é bem recebida pelos seus membros, que consideram a abertura no OSC apenas o primeiro passo em um processo de futuras intromissões no processo de negociação dos acordos. Para quem sustenta esta tese, a demanda por *amici curiae* seria apenas uma porta de entrada para a plena participação e reconhecimento de maior *status* de não-membros na organização³⁴⁵.

Historicamente, o fato dos acordos da Rodada do Uruguai não ter previsto abertura para as ONGs reflete a vontade dos Estados membros da organização em não admitirem esta possibilidade. Esta pré-indisposição pode ser percebida no fato de o DSU não fazer nenhuma referência ao instituto *amicus curiae*³⁴⁶ enquanto, por outro lado, discorre detalhadamente sobre a possibilidade de Estados terceiros à disputa participarem do procedimento. A ausência de dispositivos específicos para o assunto teria justamente a finalidade de manter o caráter intergovernamental da OMC. Outro argumento mencionado é que a possibilidade de *amicus* seria o que Esty chama de ganhar “dois pedaços da maçã” (*two bites of the apple* em inglês), ou seja, as ONGs privilegiarem-se do *lobby* feito no âmbito nacional no momento de estabelecimento das políticas de comércio pelos governos, e depois novamente no interior da OMC³⁴⁷.

³⁴² . ESTY, op. cit., p. 135.

³⁴³ . SCHOLTE, op. cit., p. 111.

³⁴⁴ BARONCINI, op. cit., p. 87.

³⁴⁵ UMBRICH, op. cit., p. 786.

³⁴⁶ Ibid., p. 787.

³⁴⁷ ESTY, op. cit., p. 140.

Por último, outra crítica relevante à participação da sociedade civil é a questão da legitimidade destas organizações representativas, devido à dificuldade de precisar quem e quantos são os indivíduos representados por estes grupos³⁴⁸. Argumenta-se que,

se fosse para atribuir um papel de valor às ONGs no sistema multilateral, contudo, elas devem aceitar responsabilidades adicionais. Em particular, ONGs devem tornar-se mais responsáveis perante o público e os governos. Frequentemente em anos recentes, ONGs envolvidas nos debates sobre comércio fizeram declarações duvidosas sobre a finalidade do apoio público para as suas reivindicações. Ironicamente, participantes corporativos tendem a ser mais transparentes em debates sobre comércio em ambos aspectos, geralmente porque as leis das suas nações lhe requerem³⁴⁹.

Deve-se observar que se não for regulado devidamente o *amicus curiae* pode ser usado de forma abusiva e originar repercussões prevalentemente negativas para o sistema da OMC e para aqueles direta ou indiretamente afetados por ele. Quando mal administrada, a participação da sociedade civil pode gerar ainda: a) a reprodução de privilégios arbitrários ligados à nacionalidade, raça, classe etc.; b) o tratamento da participação de não-membros por parte da organização como meras relações públicas; c) prestação de informações de baixa qualidade ou não verídicas; d) o privilégio de grupos que suportam a instituição em detrimento daqueles que a desafiam³⁵⁰.

Considerando que o instituto já foi admitido no Órgão de Solução de Controvérsias, e a tendência ao crescimento destas relações entre sociedade civil e organizações internacionais é mais marcante em relação àquela que indica o seu desaparecimento, cabe ao OSC e à OMC, criar mecanismos para administrar a associação com a sociedade civil, de modo a reduzir as desvantagens e maximizar as vantagens³⁵¹.

³⁴⁸ Ibid., p. 142.

³⁴⁹ Tradução livre do original: "(...) if NGOs were to be given an enhanced advisory role in the multilateral system, though, they must accept additional responsibilities. In particular, NGOs must become more accountable to the public and to governments. Too often in recent years, NGOs involved in trade debates have made questionable claims about the scope of public support for their positions. Information on the sources of their financial support has also often been hard to come by. Ironically, corporate participants in trade debates tend to be more transparent in both respects, often because the laws of their home nations require them to be". SUTHERLAND, Peter. SWELL, John. WEIMER, David. Challenges facing the WTO and policies to address global governance. In: SAMPSON, Gary (Org.). *The Role of the World Trade Organization in Global Governance*. New York: United Nations University, 2001. p. 94

³⁵⁰ SCHOLTE, op. cit., p. 111-112.

³⁵¹ Ibid., p. 112. Apesar de as relações com a sociedade civil terem crescido significativamente na década de 90, os autores relatam como esta se deu de forma precária e insuficiente em diversas ocasiões. Em

A possibilidade de aceitação do *amicus curiae* não implica em uma obrigação por parte do OSC em aceitar toda e qualquer tentativa de intervenção na disputa, já que os entes judicantes da OMC possuem o poder discricionário para não receber a comunicação, com base na falta de objetividade e qualidade das intervenções apresentadas³⁵². O poder do OSC sobre a medida que o *amicus curiae* afetará a disputa mantém o controle da organização sobre a participação e não permite a criação de novos direitos³⁵³.

Além do controle sobre a admissibilidade da participação, realizado diretamente pelo OSC, e indiretamente pelo Conselho de Ministros através da interpretação definitiva dos acordos, existem possibilidades de controle que podem ser adotadas pela organização. Entre elas destaca-se o controle realizado no âmbito do ECOSOC, em que as ONGs têm acesso ao órgão mediante registro e aprovação prévia, para os quais é necessária a identificação entre as atividades da ONG e com as matérias das quais se ocupa o ECOSOC³⁵⁴. A esses requisitos para o registro de organizações não-governamentais podem ser somados critérios sobre a existência de uma estrutura organizativa democrática e representativa no seio da ONG, e apresentação da proveniência dos recursos financeiros da organização. Critérios deste tipo permitiriam à OMC a realização de um controle maior tanto sobre as origens e relevância das informações propostas, quanto sobre os interesses que representam.

Considerações Finais

Apesar da resistência de muitos Estados, não é mais admissível a criação de consensos exclusivamente intergovernamentais no plano internacional, o que se

geral reproduziram as disparidades entre norte e sul, foram bastante incipientes em comparação com outras organizações internacionais do sistema das Nações Unidas, como o Banco Mundial e privilegiaram excessivamente grupos com interesses convergentes aos da organização. Ibid., p. 119-120.

³⁵² Baroncini esclarece como o recebimento de *amicus curiae* deve respeitar o princípio do devido processo legal, assim como a agilidade e eficiência do procedimento. BARONCINI, op. cit., p. 97-98.

³⁵³ UMBRICH, Georg C. An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 4, n. 4, p. 773-794, 2001. p. 785.

³⁵⁴ Sobre o funcionamento do ECOSOC e dos critérios e formas de participação de ONGs no órgão, consultar: SHARP, Walter R. *The United Nations Economic and Social Council*. New York: Columbia University Press, 1969.

aplica à Organização Mundial do Comércio. Além de ser uma tendência entre as organizações intergovernamentais, a demanda por maior abertura e transparência é especialmente pertinente para a OMC, devido ao seu papel de destaque na elaboração e aplicação de normas cujos reflexos atingem grande parte da população mundial. Deste modo, a representação de interesses não-estatais na elaboração e interpretação das normas da OMC revela-se não somente importante, como imprescindível para a legitimação e continuidade de sua contribuição para a construção do Direito Internacional.

A participação da sociedade civil na OMC é um fenômeno em crescimento, como se pode observar na prática da organização nos últimos dez anos, em que foram criados espaços para diálogo com a sociedade civil por canais diversos. Neste período também foram realizadas novas iniciativas destinadas a promover maior publicidade, transparência e abertura na condução dos trabalhos da OMC, o que pode ser observado na realização de reuniões com a sociedade civil, criação do site da organização, e autorização conferida a algumas ONGs para acompanhar negociações nas Conferências Ministeriais.

No plano do Órgão de Solução de Controvérsias, essa tendência revelou-se da mesma forma, a partir da ampla interpretação do artigo 13 do DSU realizada pelo Órgão de Apelação no caso Camarões/Tartarugas em 1999 – que permitiu a admissão de *amicus curiae* a partir do poder dos painéis para buscar informações para a resolução das disputas – e reforçada sobre outras perspectivas nos casos Carbono/Aço e Amianto de 2000. Percebe-se nos relatórios do Órgão de Apelação a determinação em reconhecer a possibilidade de recebimento de informação não solicitada, ainda que para tanto deva fundamentar-se em poderes implicitamente presentes nas normas sobre procedimento do órgão.

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC é reconhecido amplamente como um órgão de grande relevo tanto no seio da organização quanto no Direito Internacional, em virtude da sua efetividade que assegura às normas da instituição. A interpretação extensiva utilizada pelo Órgão de Apelação não nos parece, portanto, incoerente com o seu desempenho de vanguarda na construção de um ordenamento internacional mais tangível e efetivo perante os sujeitos não-estatais. A participação da sociedade civil através do instituto do *amicus curiae* é fundamental para

que a OMC seja um espaço pluralista na criação de consensos em âmbito comercial, sensível às áreas conexas ao tema e à complexa realidade em que está inserida. Acreditamos, portanto, na necessidade de uma regulação aprofundada do instituto, de modo a otimizar os resultados positivos e controlar as potenciais desvantagens que a má administração deste recurso possa vir a acarretar, possibilitando a efetiva aplicação do instituto e maior democratização da instituição.

Referências

A Court Without Friends? One year after Seattle, the WTO slams the door on NGOs. *Center for International Environmental Law*. Nov. 2000. Disponível em: <<http://www.ciel.org/Announce/asbstospr.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

ADINOLFI, Giovanna. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio: profili stituzionali e normativi*. Padova: CEDAM, 2001. p. 123-124.

APPLETON, Arthur E. *Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat?* *Journal of International Economic Law*. v. 3, n. 4, p. 691-699, dec. 2000.

_____. *Shrimp/Turtle: Untangling the Nets*. *Journal of International Economic Law*, v. 2, p. 477-496, 1999.

BARATTA, Roberto. La Leggitimità dell' *Amicus Curiae* Dinanzi agli Organi Giudiziali della Organizzazione Mondiale del Comercio. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. LXXXV, n. 3, p. 549-572, 2002.

BARONCINI, Elisa. Società Civile e Sistema OMC di Risoluzione delle Controversie.: gli *amici curiae*. FRANCIONI, Francesco (et. al.). *Organizzazione Mondiale del Commercio e Diritto della Comunità Europea nella Prospettiva della Risoluzione di Controversie*. Milano: Giufrè, 2005.

BURKE, John. *Jowitt's Dictionary of Law*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1977. 2 v.

DISTEFANO, Marcella. *Soluzione delle Conroversie nell'OMC e Diritto Internazionale*. Padova: CEDAM, 2001.

DUNOFF, Jeffrey L. The Misguided Debate over NGO Participation at the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p. 433-456, sep. 1998.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Reflections on the Process of Clarification and Improvement of the DSU. In: ORTINO, Federico. PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Org.). *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*. Hague: Kluwer Law International, 2004. v. 18, p. 106.

_____. Six years on the Bench of the 'World Trade Court': Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization. In: ORTINO, Federico. PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Org.). *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*. Hague: Kluwer Law International, 2004.

ESTY, Daniel C. Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition, or Exclusion. *Journal of International Economic Law*, v.1, n.1, p. 123-143. mar. 1998.

HELD, David. *Democrazia e Ordine Globale: dallo Stato moderno al governo cosmopolitico*. Trieste: Asterios Editore, 1999.

HOWSE, Robert. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence. In: WEILER, J. H. H. (org.). *The EU, The WTO and the NAFTA*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on treaty law and economic relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MARCEAU, Gabrielle. PEDERSEN, Peter N. Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organizations and Civil Society's Claims for more Transparent and Public Participation. *Journal of World Trade*, v. 33, n.1, p. 5-49, feb. 1999.

MATSUSHITA, M. SHOENBAUM, T. J. MAVROIDIS, P. C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

OLIVEIRA, Miguel Darcy. Nações Unidas, novos atores e governança global: mensagens e propostas do Painel sobre sociedade civil. *Política Externa*. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 55-64, set./out./dez. 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Dispute Settlement System Training Module: Chapter 9*. Genebra, 2003. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/intro1_e.htm>. Acesso em: 20 novembro 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Guidelines for Arrangements with Non-governmental Organizations. Decisão adotada pelo Conselho Geral, Genebra, WT/L/62, 18 de julho de 1996. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 20 jul. 2007.

OSTRY, Sylvia. "Civil Society: consultation in negotiations and implementation of trade liberalization and integrated agreements: na overview of the issue". Material preparado para o seminário *Good practices and social inclusion: a dialogue between Europe and Latin America and the Caribbean*. Milan, March 21-22. Disponível em: <www.iadb.org>. Consultado em jan. 2007.

ROBBINS, Josh. False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals Under the Hot-Rolled Lead/Asbestos Doctrine. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 317-329, winter 2003.

ROSENAU, James N. *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring Governance in a turbulent world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 64-65.

RUBIO, Mariano G. Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions. FORLATI, L. P. SICILIANOS L.-A. *Economic Sanctions in International Law*. The Hague: Hague Academy of International Law Research Center, 2000.

SANCHEZ, Michelle Ratton. *Demandas por um novo arcabouço sociojurídico na Organização Mundial do Comércio e o caso Brasil*. 2004. 453 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SHARP, Walter R. *The United Nations Economic and Social Council*. New York: Columbia University Press, 1969.

SCHOLTE, J. A. (et. al). The WTO and Civil Society. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 1, p. 107-123, feb. 1999.

SHELTON, Dinah. The Participation of Nongovernmental Organizations in Intergovernmental Judicial Proceedings. *The American Journal of International Law*, v. 88, n.4, p. 611-644, nov. 1994.

SHOWNBAUM, Thomas J. Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 47, p. 647-658, jul. 1998.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TABB, William K. *L'Elefante Amorale: La lotta per la giustizia sociale nell'era della globalizzazione*. Trad. Serena Borgo. Milao: Baldini & Cstoldi, 2001.

TRACHTMAN, Joel, P. The Domain of the WTO Dispute Resolution. *Harvard International Law Journal*, v. 40, n. 2, spring 1999. p. 336.

UMBRICHT, Georg C. An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 4, n. 4, p. 773-794, oct. 2001.

VELLANO, Michelle. *L'Organo d'Apello dell'OMC*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 2001. p. 43.

VENTURINI, GABRIELLA. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2004.

WALLACH, Lori. *WTO: tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*. Tradução de Ester Dornetti. Milano, Fretinelli, 2000.

We the Peoples: Civil Society, the UN and Global Governance, Panel of Eminent People on UN-Civil Society Relationships. Relatório. Nova York:, 2004. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 16 julho 2007.

WOODS, Ngaire. Global Governance and the Role of Institutions. In: HELD, David. MCGREW, Anthony (Org.). *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Politi, 2002.

WT/DS58/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* – Relatório do Órgão de Apelação, 12 out. 1998.

WT/DS135/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC- Asbestos)* – Relatório do Órgão de Apelação, 5 apr. 2001.

WT/DS135/9, Órgão de Solução de Controvérsias – *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* – Procedimento Adicional

adotado com base na regra 16(1) dos Procedimentos de Trabalho para o Órgão de Apelação AB-2000-11,8 nov. 2000.

WT/DS138/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products originated in the United Kingdom (US – Lead Bismuth II)* – Relatório do Órgão de Apelação, 7 jun. 2000.

WT/DS231/AB/R, Órgão de Solução de Controvérsias – *European Communities – trade description of sardines* – Relatório do Órgão de Apelação, 26 sep. 2002.

ZONNEKEYN, Geert A. The Appellate Body's Communication on *Amicus Curiae* Briefs in the *Asbestos Case*: An Echnach Procession?. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 3, p. 553-563, jun. 2001. p. 562.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU: LEGISLADOR INTERNACIONAL?

*Isabela Piacentini de Andrade**

Resumo

Este artigo aborda a recente atividade normativa do Conselho de Segurança das Nações Unidas, passando da análise das resoluções “tradicionais” às resoluções “legislativas” deste órgão. À luz da Carta das Nações Unidas, questiona-se a amplitude dos poderes conferidos ao Conselho de Segurança e sua competência para editar resoluções com caráter legislativo. O advento destas últimas em nome da guerra contra o terrorismo coloca em risco as formas tradicionais de formação do direito internacional.

Palavras-chave: Conselho de Segurança, resoluções, terrorismo, atos unilaterais, fontes do direito internacional, poder legislativo, legislador

Abstract

The subject of this paper is the recent legislative activity of the United Nations' Security Council. The paper compares the “traditional” to the “legislative” resolutions of the Security Council, and questions its power and competence to act as an international “legislator”. The “legislative” resolutions, which were adopted to fight terrorism, may represent a threat to the traditional sources of international law.

Key words: Security Council, Resolutions, terrorism, unilateral acts, international law sources, legislative power, legislator

Résumé

Cet article porte sur la récente activité normative du Conseil de sécurité, dont le produit est l'adoption de résolutions “légiférantes” en opposition aux résolutions “traditionnelles” du Conseil. L'étendue des pouvoirs du Conseil et sa compétence pour adopter des résolutions à vocation normative sont analysés à la lumière de la Charte des Nations Unies. Ces résolutions “légiférantes”, adoptées pour faire face au terrorisme, mettent en jeu le processus traditionnel de formation du droit international.

Mots-clé: Conseil de sécurité, résolutions, terrorisme, actes unilatéraux, sources du droit international, pouvoir normatif, législateur

* Advogada, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre e doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de Paris II. E-mail: isabelapiacentini@gmail.com.

Introdução

Os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 em Nova York tiveram repercussões de diversas ordens no cenário internacional. A reação do Conselho de Segurança (CS) da Organização das Nações Unidas (ONU) é digna de análise pois implica em uma utilização inédita e questionável do direito internacional. Visando ao combate do terrorismo em escala global, o CS editou resoluções de caráter legislativo, dado seu caráter geral e obrigatório. Tal atitude suscitou o debate sobre os reais poderes de que é dotado o Conselho segundo a Carta das Nações Unidas, que não lhe confere a princípio a competência legislativa. Em nome da guerra contra o terrorismo, o Conselho parece ter desnaturado a função que lhe foi originalmente conferida pela Carta da ONU.

Essa maneira de agir do CS ameaça o processo tradicional de formação do direito internacional e as suas fontes por excelência – o tratado e o costume internacional. Mas ao mesmo tempo é sintomática de uma crise das fontes clássicas, que talvez não respondam mais à rapidez das mutações no cenário internacional.

Para melhor estudar essas questões, procederemos inicialmente a uma análise comparativa das Resoluções do Conselho de Segurança. Numa primeira parte, trataremos das resoluções “tradicionais” do Conselho, ou seja, aquelas que este adota regularmente no exercício ordinário de suas funções. A segunda parte desse artigo abordará as polêmicas resoluções “legislativas” do Conselho, produtos da atitude de “legislador” que o Conselho assumiu em duas ocasiões depois do 11 de setembro. Concomitantemente, estudaremos os importantes questionamentos que essas resoluções trazem em relação às fontes tradicionais do direito internacional.

1. As resoluções « tradicionais » do conselho de segurança : expressão de um poder de obrigar restrito a situações particulares

O Conselho de Segurança é o órgão da Organização das Nações Unidas criado para velar pela paz e segurança internacionais. Ele normalmente age através de resoluções dirigidas aos Estados membros da ONU as quais, de acordo com a situação tratada e o objetivo, podem variar de simples recomendações até decisões obrigatórias.

A. A Carta da ONU: fundamento do poder de obrigar do Conselho de Segurança

As Resoluções do CS, a exemplo dos atos unilaterais em geral, obtêm sua base jurídica no tratado constitutivo da organização, ou seja, a Carta das Nações Unidas. Conseqüentemente, é preciso analisar o conteúdo desta para averiguar os poderes que esta outorgou ao Conselho.

O Capítulo VI da Carta, que trata da “Solução Pacífica de Controvérsias”, confere ao Conselho de Segurança um poder geral de recomendar aos Estados a tomada de medidas com o fim de resolver disputas pacificamente, de forma preventiva. Em princípio, pois, quando o Conselho age segundo o Capítulo VI, ele adota resoluções que não visam a obrigar, mas simplesmente a convidar os Estados a agir de uma certa maneira. Poderíamos falar nesse caso de resoluções-recomendações, dada a ausência de força obrigatória e sua natureza de mero aconselhamento.

Por outro lado, quando se está diante de uma ameaça ou ruptura da paz mundial ou de um ato de agressão, situações tratadas pelo Capítulo VII, a Carta dota o Conselho de Segurança de um poder de decisão, segundo o qual ele pode obrigar os Estados a tomar medidas a fim de reestabelecer ou manter a paz e segurança internacionais. Nessa hipótese estar-se-ia diante de resoluções-decisões, que vinculam os Estados e cujo desrespeito é suscetível de sanções.

Já se levantou a dúvida sobre a possibilidade de o Conselho emitir resoluções obrigatórias em hipóteses que não envolvem a aplicação do Capítulo VII. A doutrina não é unânime sobre a questão, mas com base num parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça (CIJ) proferido em 21 de junho de 1971 intitulado *Conseqüências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na*

Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança, a maioria dos autores entende que sim, que o Conselho pode adotar resoluções obrigatórias para situações diferentes das previstas pelo Capítulo VII. Esse ponto de vista se baseia numa interpretação extensiva do artigo 25 da Carta, que dispõe que “os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta”.

No parecer supracitado, a CIJ opinou que “o artigo 25 não se limita a decisões referentes a medidas coercitivas, mas se aplica às ‘decisões do Conselho de Segurança’ adotadas conforme a Carta”.³⁵⁵ Nessa linha, se o Conselho emite resoluções não baseadas no Capítulo VII, elas podem ainda assim ser obrigatórias com fundamento no artigo 25.³⁵⁶ O valor exato de cada resolução, ou seja, se seu objetivo é o de obrigar ou o de recomendar, deve ser deduzido da análise de seus termos, afirmam a doutrina³⁵⁷ e o Parecer da CIJ.³⁵⁸

É certo, portanto, que a Carta dotou o Conselho do poder de obrigar através de suas resoluções, mas é preciso analisar em que condições ele pode obrigar. Para tanto, será necessário ir além da letra, e buscar o espírito da Carta.

³⁵⁵ CIJ, *Avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Recueil, 1971, n° 45, p. 51-53, § 113. Segundo a Corte, uma interpretação que restrinja o campo de aplicação do artigo 25 torná-lo-ia supérfluo e privaria de sentido os artigos 48 e 49 da Carta, os quais sozinhos seriam suficientes para conferir força obrigatória às medidas previstas pelos artigos 41 e 42. DUPUY lembra que “*toutefois, cette interprétation de la Cour fut loin d’être acquise à l’unanimité et plusieurs des juges la critiquèrent très nettement. Par la suite, l’attitude adoptée par les Etats au sein même du Conseil, notamment encore en 1984 à propos de la résolution 558 (13 décembre 1984) relative à l’importation du matériel militaire fabriqué en Afrique du Sud, tend à prouver que la portée réelle de l’article 25 offre encore lieu à discussions (...)*” (DUPUY, P-M. *Droit international public*, 7ª ed. Paris: Dalloz, 2004, p 192-193)

³⁵⁶ Como lembra o professor Joe VERHOEVEN, “*les contours exacts de ce domaine excédentaire demeurent incertains*”. VERHOEVEN (J.), *Les activités normatives et quasi normatives des organisations internationales*. In: DUPUY (R-J.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2ª. ed. Dordrecht/ Boston/ London: Martinus Nijhof Publishers, 1998, p. 423.

³⁵⁷ Ver WOOD, M. *The Interpretation of Security Council Resolutions*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, vol. 2, p. 73-95. Exemplos práticos de avaliação dos efeitos de certas resoluções do CS segundo seus termos podem ser encontrados na obra: DENIS, C. *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations Unies: portée et limites*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

³⁵⁸ Segundo a CIJ, “*Il faut soigneusement analyser le libellé d’une résolution du Conseil de sécurité avant de pouvoir conclure à son effet obligatoire. Etant donné le caractère des pouvoirs découlant de l’article 25, il convient de déterminer, dans chaque cas, si ces pouvoirs ont été en fait exercés compte-tenu des termes de la résolution interprétée, des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquée et, en général, de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité*”. (CIJ, *cit.*, p. 53.)

B. O espírito da Carta : um poder de obrigar restrito a situações particulares

A força obrigatória dos atos unilaterais das organizações internacionais é uma hipótese excepcional. Isso porque o fato de conferir a uma organização internacional o poder de obrigar os Estados representa uma espécie de atentado a sua soberania. É preciso portanto tentar compreender por que, na ocasião da criação da ONU, os Estados presentes na Conferência de São Francisco julgaram que uma atribuição de um tal poder a um órgão das Nações Unidas era justificável. A motivação veio do fim supremo que estava em jogo, ou seja, preservar a paz e a segurança internacionais.³⁵⁹ O poder excepcional outorgado ao Conselho, pois, explica-se em razão da importância do objetivo perseguido.

É essa lógica que deve nortear o intérprete da Carta. Deve-se compreender que, devido ao caráter excepcional do poder de obrigar, ele só pode ser utilizado dentro de certos limites. Nesse sentido, a tomada de medidas obrigatórias pelo Conselho deve ser feita somente em situações particulares.

O Conselho é encarregado de resolver situações concretas e determinadas que ameaçam a paz e a segurança internacionais. Seu papel seria o de um órgão de urgência que age diante de ameaças reais. Sustenta-se portanto que o seu poder de impôr condutas aos Estados pode ser exercido pelo CS somente num contexto limitado materialmente (para uma situação fática, única) e temporalmente (enquanto o problema perdure).³⁶⁰ Segundo Serge SUR,

³⁵⁹ “Although it was clear to the planning staffs that granting the world organization a binding decision-making power would constitute a grave intrusion into the sovereignty of the member States, such a revolutionary and innovative step in the development of international law was in principle held to be indispensable with regard to the effective functioning of the planned organization in the field of maintaining international peace.” (SIMMA, B. *The Charter of the United Nations : a Commentary*, 2nd ed. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2002, p. 453).

³⁶⁰ CORTEN, por exemplo, sustenta que: “*En cas de menace contre la paix, l'article 39 de la Charte des Nations Unies prévoit en son chapitre VII que le Conseil de sécurité 'fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir la paix et la sécurité internationales'*. Lue dans son contexte et à la lumière des travaux préparatoires, cette disposition semble confier au Conseil ce que la doctrine a désigné comme des pouvoirs de police : il s'agit de gérer et de résoudre des crises particulières et limitées dans le temps et non, comme un législateur est amené à le faire, à élaborer des normes applicables de manière abstraite et générale”. In : CORTEN, O. *Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de sécurité dans la lutte contre le terrorisme?* In : *Le droit international face au terrorisme*. Paris: Pedone, 2002, p. 270.

O verdadeiro limite dos poderes do Conselho se situa no plano do alcance das medidas que ele adota. Este limite é duplo. Por um lado ele só pode tomar *medidas particulares*, ligadas a uma situação determinada e não poderia agir pela via normativa. (...) Por outro, o Conselho só pode adotar *medidas provisórias*, ligadas à situação que se busca mudar e fadadas a desaparecer com elas. Em suma, ele não pode modificar o estado do direito, realizar sua transformação permanente, mas simplesmente suspender ou modificar sua aplicação de maneira temporária.”³⁶¹

De modo geral, o Conselho age dentro desses parâmetros. Tradicionalmente, suas resoluções adotadas segundo o Capítulo VII prevêm medidas com um objetivo particular, visando normalmente uma situação específica e um Estado determinado, e possuem um caráter provisório. Tomando de medidas particulares, o Conselho age como uma “polícia” internacional: quando surge um perigo, ele age de forma específica para resolver o problema. Assim, as resoluções “tradicionais” do Conselho de Segurança obrigavam os Estados a adotar este ou aquele comportamento, tomar esta ou aquela medida, sempre em relação a uma situação concreta, e de maneira temporária.

2. As resoluções “legislativas”³⁶² do Conselho: expressão de uma atividade normativa que ameaça as fontes tradicionais do Direito Internacional

A. A atividade legislativa do Conselho de Segurança

Há poucos anos atrás, sobretudo após o final da Guerra Fria, o Conselho tende a imiscuir-se num setor estranho às suas competências, começando a praticar uma certa atividade “legislativa”. Tal tendência revela-se pelo aparecimento de resoluções ditas

³⁶¹ Tradução livre. Trecho original: “*La véritable limite des pouvoirs du Conseil se situe sur le plan de la portée des mesures qu’il adopte. Cette limite est double. D’un côté il ne peut prendre que des mesures particulières, liées à une situation déterminée et ne saurait agir par voie normative. (...) De l’autre, le Conseil ne peut adopter que des mesures provisoires, liées à la situation qu’il s’agit de changer et appelées à disparaître avec elles. Il en résulte qu’il ne peut modifier l’état du droit, réaliser sa transformation permanente mais simplement suspendre ou modifier son application de façon temporaire.*” (COMBACAU e SUR, *op. cit.*, p. 643).

³⁶² Qualificativo que “emprestamos” do VERHOEVEN. Ele utiliza o termo “légiférante” para qualificar certas resoluções da Assembleia Geral da ONU com vocação normativa. (VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, Larquier, 2000, p. 355.)

“temáticas”³⁶³, ou seja, resoluções propensas a criar normas gerais, devido ao seu caráter abstrato, impessoal e permanente. Diferentemente das resoluções “tradicionais”, tais resoluções possuem um conteúdo vasto e desvinculado de uma situação concreta. Nesse sentido, o CS adotou, por exemplo, resoluções tratando da proteção de crianças e civis em conflitos armados, do papel das mulheres em relação à paz, de questões humanitárias, etc.

Essas resoluções “temáticas”, no entanto, não impunham medidas obrigatórias aos Estados. O objetivo era simplesmente de solicitar, convidar, recomendar a adoção de medidas, censurar certas práticas, lembrar aos Estados obrigações internacionais preexistentes, etc., mas não de obrigar. Poder-se-ia portanto dizer que o Conselho exercia uma atividade “quase legislativa”, na medida em que ele conferia orientações gerais, mas destituídas de força obrigatória.

Se a atividade “quase legislativa” do Conselho não suscitava muitas reações desfavoráveis, devido à ausência de força obrigatória das resoluções, a situação mudou radicalmente quando o CS adotou, alguns dias após o 11 de setembro, a Resolução 1373, relativa à “Ameaça à paz e segurança internacionais causada por atos de terrorismo”. Atuando sob o fundamento do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, esta Resolução contém normas gerais e abstratas e possui um caráter obrigatório, impondo aos Estados membros a adoção de certas medidas permanentes para o combate e prevenção do terrorismo. A Resolução 1373 visa ao terrorismo internacional em geral, e não à situação concreta dos atentados do 11 de setembro. O cunho abstrato, impessoal e permanente da Resolução, somado a sua força obrigatória, fazem deste texto um verdadeiro “tratado internacional” segundo alguns, já que ele contém disposições que estabelecem verdadeiras normas de direito internacional. Essa nova empreitada normativa do Conselho lhe valeu o qualificativo de “legislador internacional”³⁶⁴.

³⁶³ Terminologia empregada por DENIS, *op. cit.*, v. p. 93 et ss.

³⁶⁴ Qualificativo já utilizado por vários autores, por exemplo CORTEN, *op. cit.*, p. 275 et CONDORELLI, (CONDORELLI, L. Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international? *R.G.D.I.P.*, 2001/4, p. 835). A maioria da doutrina entende que houve uma prática legislativa do Conselho com a adoção das Resoluções 1373 (2001) e 1540 (2004). Serge SUR, entretanto, entende que: “*Sans doute le Conseil a t-il récemment tendance à prendre des mesures de portée générale et indéfinie, par exemple en matière de lutte contre le terrorisme (Résolution 1373 du 28 septembre 2001) ou contre la prolifération des armes de destruction massive (Résolution 1540 du 28 avril 2004). Il ne s’agit cependant pas d’un véritable pouvoir normatif, car le Conseil demande simplement aux États d’adapter leur législation interne et de coopérer, entre eux comme avec lui-même.*” (COMBACAU e SUR, *op. cit.*, p. 643).

Tal rompante de “normativismo” foi repetido alguns meses depois, demonstrando que a Resolução 1373 não foi um caso isolado. Em 28 de abril de 2004, o CS adotou a Resolução 1540 sobre a “Não proliferação de armas de destruição massiva”, a qual previa igualmente obrigações estatais visando a impedir a aquisição de armas químicas, biológicas e nucleares por terroristas.

Contrastando com a prática anterior do Conselho, essas duas Resoluções inovaram, na medida em que reúnem duas características que antes só existiam em separado nas resoluções do CS: a natureza obrigatória e a normatividade. Na prática anterior, o Conselho adotava ora resoluções obrigatórias ligadas a situações concretas e provisórias – as resoluções “tradicionais”, ora resoluções “temáticas”, com cunho geral e abstrato, mas que não eram obrigatórias. As Resoluções 1373 e 1540, ao contrário, reúnem ambos os elementos, criando verdadeiras regras gerais de direito internacional, dirigidas a todos os Estados da comunidade internacional. Como sublinha PELLET, trata-se de um alargamento das competências do Conselho “numa direção inesperada”³⁶⁵.

A adoção destas resoluções “sem precedente na história do direito internacional”,³⁶⁶ abriu um debate sobre a amplitude do poder do Conselho de Segurança, em particular sobre a possibilidade de este adotar resoluções de caráter legislativo.

A reação dos Estados demonstra que há resistências a essa nova prática do Conselho. Durante as negociações relativas à elaboração da Resolução 1540, muitos países – sobretudo aqueles não-membros do CS – reclamavam do caráter legislativo da Resolução e afirmavam que uma atividade legislativa do Conselho era contrária à Carta da ONU.³⁶⁷

No tocante à doutrina, existem vozes isoladas que, fazendo uma leitura bastante liberal da Carta, entendem que o Conselho tem o poder de legislar. Segundo esse ponto de vista, a Carta não proíbe expressamente que o Conselho de Segurança

³⁶⁵ PELLET, A. Malaise dans la guerre: à quoi sert l’ONU?, *Le Monde*, 15 nov 2001, p. 16.

³⁶⁶ CORTEN, *op. cit.*, p. 273.

³⁶⁷ Para vários trechos de tais manifestações de não-membros do Conselho opondo-se ao seu “poder legislativo”, ver voir LAVALLE, R. A novel, if awkward, exercise in international law-making: Security Council Resolution 1540 (2004), *Netherlands International Law Review*, 2004, p. 426-427. Ver também a prática posterior dos Estados em DENIS, *op. cit.*, p. 322 e ss.

tenha um poder legislativo, e a sua tarefa de guardião supremo da paz e da segurança internacionais o autorizariam a legislar.³⁶⁸

A doutrina majoritária, entretanto, considera que o Conselho não pode legislar. Isto se deduz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, apoiada pelas intenções manifestadas pelos Estados durante a sua elaboração, na Conferência de São Francisco.³⁶⁹ A proibição de legislar decorreria de uma certa divisão de competências³⁷⁰ entre os órgãos da ONU, segundo a qual a Assembléia Geral seria o órgão legislativo³⁷¹. Comparando-se a ONU com os ordenamentos nacionais, segundo o sistema de divisão de poderes a Assembléia Geral seria o poder legislativo, o Conselho de Segurança seria o poder executivo e a Corte Internacional de Justiça o poder judiciário. Ao legislar o Conselho estaria invadindo a esfera de competência da Assembléia. Sustenta-se também

³⁶⁸ Defendendo o poder de legislar do CS, ver: ROSAND, E. The Security Council as “Global Legislator”: *ultra vires* or *ultra innovative*?, *Fordham International Law Journal*, 2005, vol. 28, n. 3, p. 542-590. V. também TERCINET, J. Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité: le Conseil de sécurité peut-t-il légiférer?, *Revue belge de droit international*, 2004/2, p. 528-550.

³⁶⁹ “(...) *comme la Conférence de San Francisco l’a montré, inquiets des pouvoirs du Conseil de sécurité, les Etats, s’ils lui ont reconnu un pouvoir de police, n’entendaient pas lui conférer un pouvoir de législateur*” (COT, J-P., PELLET, A. e FORTEAU, M. *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, 3^a. ed. Paris: Economica, 2005, p. 37); “*There must, to be sure, be limits to how far one can go in applying provisions of the Charter that invest the organization with supranational powers in a manner that, in addition to being at odds with what seems to be the purport of those provisions, augments those powers very substantially. It would thus appear that a strong case is possible for the view that empowering the Council to legislate for the world exceeds the limits allowed by a teleological interpretation of the Charter, even if that interpretation can be justified by the need to respond to a fundamental change of circumstances gravely affecting the international community as a whole.*” (LAVALLE, *op. cit.*, p. 422); “*Le Conseil de sécurité s’est engagé dans une voie qui n’a vraisemblablement pas été envisagée par les auteurs de la Charte, celle de l’élaboration normative générale qui, au nom de l’urgence et de la gravité de la situation, serait amenée à remplacer la voie conventionnelle ou la voie coutumière.*” (CORTEN, *op. cit.*, p. 276)

³⁷⁰ “*Le Conseil de sécurité peut être perçu comme un Exécutif. Il est investi, non d’une compétence générale d’exécution des lois qui n’existent pas, mais d’une compétence fonctionnelle générale de maintien de la paix et de la sécurité internationales. (...) Mais cette fonction exécutive est en principe une fonction purement opérationnelle, dans la mesure où elle peut se traduire, certes, en l’édition de normes générales mais non impersonnelles. Quand le Conseil de sécurité agit dans le cadre du maintien de la paix, il peut être conduit à imposer des mesures générales obligatoires pour tous les Etats membres, mais celles-ci ne se rapportent qu’à l’Etat ou aux Etats auxquels est imputée la menace contre la paix, qu’elle soit d’ordre militaire ou qu’elle résulte de graves désordres humanitaires. On peut donc voir une ligne de séparation des pouvoirs au sein de la Charte, si on accepte qu’elle ne peut, par nature, être identique à celle qui est applicable dans l’ordre interne : l’organe normatif ne peut exercer la fonction exécutive et l’organe exécutif n’a pas de compétences normatives.*” (COT, *op. cit.*, p. 53)

³⁷¹ “(...) *such action could disrupt the balance of power between the Council and the General Assembly as set forth in the Charter.*” (ROSAND, *op. cit.*, p. 544); “ (...) *one could consider that by adopting them [les Résolutions] the Council, to a certain extent, encroached on the domain of the General Assembly (which, to be sure, lacks the Council’s powers under the provisions of Chapter VII investing the Council with supranational powers but, by reason of the universality of its composition, is better suited than the Council to legislate for the international community).*” (LAVALLE, *op. cit.*, p. 418).

que a força obrigatória conferida pelo artigo 25 da Carta não poderia constituir um fundamento para um poder normativo, pois o poder de obrigar e o poder de legislar pertencem a esferas diversas.³⁷²

A atividade legislativa do Conselho desafia a própria limitação de poderes institucionais característica de uma organização internacional. Em regra, os Estados só outorgam uma função normativa marginal às organizações internacionais³⁷³. Se há uma atividade normativa, ela é normalmente destituída de força obrigatória, a qual é condicionada ao consentimento estatal. Quando a força obrigatória é concedida, a produção normativa não deve exceder o âmbito do particularismo, não podendo se aventurar no campo da produção de normas.³⁷⁴ A conjugação dos dois elementos (força obrigatória e normatividade) constatada nas resoluções “legislativas” do Conselho é portanto inédita.³⁷⁵ Com exceção do direito comunitário, um poder de legislar propriamente dito nunca foi atribuído aos órgãos de organizações internacionais.³⁷⁶

B. As Resoluções “legislativas” e as fontes clássicas do direito internacional

A adoção de resoluções “legislativas” é a expressão de um procedimento de criação de normas de direito internacional inédito e revolucionário em relação às vias tradicionais, ou seja, o costume e os tratados.³⁷⁷ De fato, “os modos tradicionais de criação de obrigações jurídicas, sejam estas convencionais ou costumeiras, parecem

³⁷² “Nul n’a cependant jamais sérieusement soutenu qu’il [l’article 25] permettrait au Conseil de sécurité d’exercer par voie de décision des activités proprement normatives, complémentaires à celles que l’Assemblée générale exerce par voie de recommandations.” (VERHOEVEN, *Les Activités... op. cit.*, p. 423)

³⁷³ VERHOEVEN, *idem*, p. 416.

³⁷⁴ *Idem*, p. 415-416.

³⁷⁵ Um real poder normativo existe no âmbito do direito comunitário, mas ele é plena e expressamente conferido pelo tratado constitutivo, o que não parece ser o caso da Carta da ONU para o Conselho de Segurança.

³⁷⁶ SZASZ sublinha que: “It has long been accepted that intergovernmental organizations cannot legislate international law. “Hard”, or binding, international law could be created only by States (...)”. (SZASZ, P. The Security Council starts legislating, *AJIL*, 2002, vol. 96, n. 4, p. 901).

³⁷⁷ “What we have here is thus a process for the creation of general international law that, since it does not fit any of the two relevant (and classic) categories, i.e., customary and treaty law, can be regarded as revolutionary.” (LAVALLE, *op. cit.*, p. 436)

contornados em nome da necessidade de lutar contra o terrorismo, objetivo em si apresentado como indispensável à manutenção da paz e da segurança internacionais”.³⁷⁸

Deve-se então questionar, a exemplo de CONDORELLI, sobre o espaço do direito convencional futuramente, dada “a expropriação vil desse espaço em prol de um Conselho de Segurança que se transforma num verdadeiro legislador internacional todopoderoso”.³⁷⁹

Agindo como legislador, o Conselho certamente evitou todos os inconvenientes que a adoção de normas pela via convencional traria. De fato, as resoluções “legislativas” apresentam muitas vantagens. Primeiramente, elas têm o poder de obrigar os Estados sem a necessidade de obter seu consentimento específico. Em segundo lugar, não se enfrentam os procedimentos lentos e complicados de adesão, ratificação e entrada em vigor dos tratados. E em terceiro lugar, evita-se o desenrolar de longas e controvertidas negociações multilaterais, que muitas vezes não culminam num resultado satisfatório. É o que bem sublinha CONDORELLI, comentando a Resolução 1373 (2001):

Esta resolução representa uma novidade impressionante. É portanto desejável que se lhe consagre daqui em diante análises muito cautelosas. De fato, o conjunto de medidas musculosas previstas como obrigatórias, referentes aos aspectos mais importantes da luta contra o terrorismo internacional, faz dela um texto notável, equivalente em substância ao texto de uma convenção internacional bem sucedida (que notoriamente não se conseguiu realizar até agora) sobre a prevenção e a repressão do terrorismo: uma convenção universal, que ademais é de alcance geral, não sofrendo as limitações *ratione materiae* que possuem os instrumentos convencionais universais já existentes sobre o terrorismo (bem limitados e parciais, é preciso dizer), e cuja entrada em vigor para cada Estado não é sujeita às incertezas da aceitação *ad hoc* por este. Eis que hoje, graças à uma decisão unânime do Conselho de Segurança adotada sob a pressão irresistível dos acontecimentos, um tal texto entra em vigor a uma velocidade fulminante e obriga *ipso facto* todos os Estados sem necessitar de negociações prolongadas no âmbito de uma conferência diplomática, nem de ratificação ou adesão da parte deles.³⁸⁰

³⁷⁸ CORTEN, *op. cit.*, p. 275.

³⁷⁹ CONDORELLI, *op. cit.*, p. 835.

³⁸⁰ Tradução livre. Versão original: “*Cette résolution représente une nouveauté impressionnante. Il est donc à souhaiter qu'on lui consacre prochainement des analyses très attentives. En effet, la panoplie de mesures musclées prévues comme obligatoires, touchant aux aspects les plus importants de la lutte contre le terrorisme international, en fait un texte remarquable, équivalent en substance à celui d'une convention universelle très réussie (qu'on n'avait notoirement pas réussi à mettre au point jusqu'ici) sur la prévention et la répression du terrorisme : une convention universelle, qui plus est, de portée générale, ne souffrant pas de limitations ratione materiae qui entachent les instruments conventionnels universels déjà existants en matière de terrorisme (bien étriqués et partiels, il faut le dire), et dont l'entrée en vigueur pour chaque Etat n'est pas soumise aux aléas de l'acceptation ad hoc par celui-ci. Voilà qu'aujourd'hui, grâce à une décision unanime du Conseil de sécurité adoptée sous la pression*”

Assim, a via da resolução revela-se muito mais flexível e rápida se comparada ao tratado, fonte por excelência do direito internacional. Conseqüentemente, inquietações sobre o futuro do direito convencional são justificáveis.

A prerrogativa dos Estados de celebrar tratados segundo sua própria vontade ficaria ainda mais fragilizada devido à primazia que o artigo 103 da Carta confere às decisões do CS em relação aos tratados.

Segundo este artigo,

No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.

As obrigações criadas pelas resoluções do CS, portanto, prevalecem em caso de conflito com uma norma de um tratado. A aplicação deste artigo é admissível na medida em que o Conselho trata de situações individuais e excepcionais referentes à paz e à segurança internacionais, as quais poderiam justificar a imposição, temporariamente, de uma obrigação contrária ao direito internacional convencional. Imaginar que tal hipótese ocorra ilimitadamente, entretanto, é absurdo. É por isso que a existência de resoluções “legislativas”, de caráter geral, permanente e obrigatório, e que ademais primam sobre os tratados, representa uma ameaça à segurança das relações interestatais. Logo, se a atividade legislativa do Conselho persistir, o direito das gentes pode deparar-se com situações aberrantes, que podem desestabilizar não somente o direito convencional mas também a ordem jurídica internacional.

Os debates sobre a legalidade da prática do Conselho e sobre o futuro do direito convencional não devem nos impedir de ver na ação do CS um sintoma de crise das fontes formais do direito internacional. As transformações rápidas do cenário mundial, a multiplicação de demandas cuja variedade é crescente, e a urgência de respostas a problemas como o terrorismo pedem soluções eficazes que o processo

irrésistible des événements, un tel texte est mis en vigueur à une vitesse fulgurante et engage ipso facto tous les Etats sans avoir besoin ni de négociations prolongées dans le cadre d'une conférence diplomatique, ni de ratification ou d'adhésion de leur part.” (CONDORELLI, *op. cit.*, p. 834-835.)

tradicional de formação do direito internacional, lento e burocrático, não é mais capaz de trazer.³⁸¹

A insatisfação com as formas clássicas de criação do direito internacional já havia sido assinalada quando da pressão feita nos anos 70 visando a conferir um poder legislativo à Assembléia Geral da ONU³⁸², e se manifesta atualmente pela proliferação do *soft law* e de novas formas de criação do direito. Nesse contexto, a adoção de resoluções “legislativas” pelo Conselho, uma atitude inédita e extrema, parece mostrar que essa crise de fontes tradicionais exige respostas sem demora.

É difícil entretanto visualizar uma agilização normativa no contexto internacional, onde o direito é o da cooperação e a soberania ainda governa. Diferentemente das ordens internas, não há um poder centralizado que submete os indivíduos sob sua jurisdição. A realidade internacional é outra, são 192 Estados de culturas e ideologias diferentes concorrendo em pé de igualdade para a construção do direito internacional. O processo é necessariamente lento pois envolve complexas negociações em que cada país é independente e soberano, podendo propor, aceitar ou discordar. Quanto ao costume, a fonte do direito internacional que se caracteriza por uma prática geral reiterada aceita como sendo o direito, seu processo de formação é ainda mais complicado; sua constatação depende de uma análise a longo prazo das práticas estatais e as incertezas que disso decorrem são frequentes.

Considerações finais

Ao editar resoluções “tradicionais”, referindo-se a situações pontuais e concretas, o Conselho de Segurança exerce adequadamente o papel que lhe foi

³⁸¹ O professor VERHOEVEN assinala que “*les Etats paraissent de plus en plus impuissants à satisfaire les besoins normatifs de la “communauté” internationale à l’aide des procédés classiques de formation du droit, qu’ils maîtrisent totalement.*” (VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 416); o professor DUPUY também afirma que “*(...) les modes de création du droit évoluent, il est vrai au risque évident de dysfonctions graves, pour tenter de répondre à une demande nouvelle de normes internationales, dont la diversité des domaines d’intervention couvre aujourd’hui un champ en constante progression. C’est ainsi dans une large mesure pour faire face à un problème très concret de productivité normative que le système international se transforme, afin d’essayer de répondre à une augmentation de la demande de droit que le rythme des procédures classiques de sécrétion de la norme ne permettait plus de satisfaire.*” (DUPUY, *op. cit.*, p. 361)

³⁸² Para maiores precisões ver DUPUY, *op. cit.*, p. 379 e ss.

conferido pela Carta das Nações Unidas. Após o 11 de setembro, as resoluções 1373 (2001) e 1540 (2004), ditas “legislativas”, chamaram a atenção da comunidade internacional pois seu ineditismo desafiou as formas tradicionais de formação do direito internacional.

Tal reviravolta ameaça a estabilidade e a segurança jurídica internacionais. Auto outorgando-se poderes que não possui, o Conselho avança perigosamente por uma via antidemocrática e que pode ser fonte de abusos. Ademais, não existe no sistema da ONU um verdadeiro controle institucional sobre as ações do Conselho; caberia à comunidade internacional lhe impor limites.

Tal cenário revela-se mais grave quando se examina a composição do Conselho de Segurança, que já é objeto de tantas críticas. De fato, seus cinco membros permanentes – Estados Unidos, Reino Unido, França, China e Rússia – por deterem poder de veto e por serem irremovíveis, exercem um poderio inaceitável sobre os demais Estados. Estes devem contentar-se a obedecer as resoluções obrigatórias do CS sob pena de sanções das mais variadas ordens. Embora haja um rodízio de membros não-permanentes que permite uma melhor representação da comunidade internacional, é inegável que o poder dos cinco grandes é bem maior, a despeito da teórica igualdade soberana que deve reinar entre todos os países.

Logo, é preciso que o Conselho respeite os limites de competência que se lhe impõem segundo uma leitura sistêmica e teleológica da Carta, pois se em seus arroubos de poder o Conselho continuar a legislar, em breve estar-se-á diante de uma ditadura em âmbito internacional.

Referências

CARREAU, D. *Droit international*. 7^a. ed. Paris: Pedone, 2001.

CIJ, Avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*. Recueil, 1971, n° 45.

COMBACAU, J. e SUR S. *Droit international public*. 6^a ed. Paris: Montchrestein, 2004.

CONDORELLI, L. Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international? *Révue Générale de Droit International Public*, 2001/4, p. 829-848.

CORTEN, O. Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de sécurité dans la lutte contre le terrorisme ? In : *Le droit international face au terrorisme*. Paris: Pedone, 2002, p. 259-277.

COT, J-P., PELLET, A. e FORTEAU, M. *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*. 3^a. ed. Paris: Economica, 2005.

DENIS, C. *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations Unies: portée et limites*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

DUPUY, P-M. *Droit international public*. 7^a ed. Paris: Dalloz, 2004.

HIGGINS, R. General Course on Public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1991-V, vol. 230, p. 9-342.

LANFRANCHINI, M-P. La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité. *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p. 31-57.

LAVALLE, R. A novel, if awkward, exercise in international law-making: Security Council Resolution 1540 (2004). *Netherlands International Law Review*, 2004, p. 411-437.

PELLET, A. Malaise dans la guerre: à quoi sert l'ONU? *Le Monde*, 15 nov 2001, p. 16.

ROSAND, E. The Security Council as "Global Legislator": *ultra vires* or ultra innovative? *Fordham International Law Journal*, 2005, vol. 28, n. 3, p. 542-590.

SZASZ, P. The Security Council starts legislating. *American Journal of International Law*, 2002, vol. 96, n. 4, p. 901-905.

SIMMA, B. *The Charter of the United Nations : a Commentary*. 2^a ed. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2002.

SKUBISZEWSKI. A new source of the law of nations: resolutions of international organisations. In: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de Droit de Genève, 1968, p. 508-520.

TERCINET, J. Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité: le Conseil de sécurité peut-il légiférer? *Revue belge de droit international*, 2004/2, p. 528-550.

VERHOEVEN, J. Les activités normatives et quasi normatives des organisations internationales. In: DUPUY, R-J. *Manuel sur les organisations internationales*, 2^a. ed. Dordrecht/ Boston/ London: Martinus Nijhof Publishers, 1998, p. 413-441.

VERHOEVEN, J. *Droit international public*. Bruxelles, Larcier, 2000.

VISSCHER, P. Cours général de droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1970-I, vol. 129, p. 1-202.

WOOD, M. The Interpretation of Security Council Resolutions. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, vol. 2, p. 73-95.

ANÁLISE DO SURGIMENTO E APLICAÇÃO INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO À LUZ DA DOCTRINA ANTIFORMALISTA DE GEORGES SCELLE

*Ernesto Roessing Neto**

Resumo

O Direito Ambiental Internacional, desde as últimas três décadas do século XX, tem registrado uma evolução notável, refletida na multiplicação de instrumentos jurídicos internacionais sobre o tema e na criação de novas noções. Entre as maiores inovações decorrentes desse processo evolutivo, encontra-se o princípio da precaução. Surgido com base em novas preocupações ambientais, e ainda com um *status* incerto na ordem jurídica internacional, o princípio da precaução propicia uma excelente oportunidade para a análise do fenômeno do surgimento e da aplicação de normas jurídicas internacionais. Este trabalho realiza uma análise desses aspectos do princípio da precaução com base na teoria antiformalista de Georges Scelle. Para tanto, inicia-se com uma exposição sucinta do pensamento do autor francês; posteriormente, discorre-se sobre o surgimento do princípio da precaução, seu conteúdo e sua aplicação, levando em conta o pensamento de Georges Scelle; por fim, discorre-se sobre a adequação dos postulados de Scelle para a descrição do fenômeno do princípio da precaução.

Palavras-chave: precaução – antiformalismo – meio ambiente – direito internacional

Abstract

The International Environmental Law, since the last three decades of the 20th Century, has registered a notable evolution, which is reflected in the multiplication of international legal instruments in this field and in the creation of new notions. The precautionary principle can be found amongst the greatest innovations derived from this evolutionary process. Originated from new environmental concerns, and still with an unclear status in the international legal order, the precautionary principle provides an excellent opportunity to the analysis of the creation and application of international juridical norms. This article performs an analysis of these aspects from the precautionary principle according to Georges Scelle's antiformalist theory. The analysis begins with a brief exposition of this French author's thought; subsequently, the rise, the contents and the application of the precautionary principle are discussed in relation with Scelle's doctrine; at last, the adequacy of the Scellian postulates to the description of the precautionary principle phenomenon is discussed.

Keywords: precaution – antiformalism – environment – international law

Résumé

Le Droit International de l'Environnement, dès les trois dernières décennies du XX^{ème} siècle, a enregistré une notable évolution, qui est reflété dans la multiplication des instruments juridiques internationaux dans ce domaine et dans la création de nouvelles notions. Parmi les plus grande innovations dérivés de ce procès évolutif, on trouve le principe de la précaution. Né en raison des nouvelles préoccupations environnementales, et encore avec un status incertain dans l'ordre juridique internationale, le principe de la précaution fournisse une excellente opportunité pour l'analyse du phénomène de la naissance et de l'application des normes juridiques internationales. Cet essai conduit

* Mestrando em Direito, área Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Comércio Exterior pela Universidade Federal do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas. Endereço de e-mail: ernestoroessing@yahoo.com.br

une analyse de ces aspect du principe de la précaution basée sur la théorie antiformaliste de Georges Scelle. Pour accomplir cette analyse, on commence avec une brève exposition de la pensée de cet auteur français; ensuite, on traite de la naissance du principe de la précaution, son contenu et son application, en prenant compte de la pensée de Georges Scelle; à la fin, on traite de l'adéquation des postulats de Scelle pour la description du phénomène du principe de la précaution.

Mots-clé: *précaution – antiformalisme – environnement – droit international*

Introdução

O Direito Ambiental Internacional³⁸³ passa por um desenvolvimento significativo a partir das últimas três décadas do século XX. Ocorre uma proliferação de instrumentos jurídicos internacionais (tanto bilaterais como multilaterais), tais como declarações, convenções e tratados. Desde Estocolmo³⁸⁴ até os dias atuais, verifica-se uma multiplicação de instrumentos jurídicos bilaterais, regionais e multilaterais (tanto *soft law* como *hard law*³⁸⁵) como parte do esforço de tutela jurídica internacional do meio ambiente nas mais diversas áreas, tais como poluição atmosférica (nisto incluídos poluição transfronteiriça, chuva ácida, controle de emissões de CFC e de carbono etc), uso dos recursos hídricos compartilhados, proteção da biodiversidade, controle das atividades nucleares civis e militares, poluição dos mares e combate à desertificação.

Essa proliferação não é um mero resultado da atividade legislativa dos Estados, ou de uma mudança espontânea e autônoma de postura por parte de seus dirigentes, tampouco é resultado da atividade única e exclusiva de organizações internacionais. Na realidade, o avanço da tutela jurídica do meio ambiente liga-se, fundamentalmente, a uma realidade complexa que envolve os sujeitos tradicionais de Direito Internacional, isto é, os Estados e as organizações internacionais, mas que também envolve outros atores, em especial ONGs e mesmo “massas” de indivíduos sem um corpo definido, tais

³⁸³ Neste trabalho, faz-se o uso da expressão Direito Ambiental Internacional por mera preferência do autor, que julga ser a expressão uma tradução mais fiel do termo “International Environmental Law”, utilizado por doutrinadores de todo o mundo ao escreverem em língua inglesa.

³⁸⁴ A cidade de Estocolmo, em 1972, é palco de uma conferência das Nações Unidas que traz uma maior visibilidade dos problemas ambientais globais e constitui o marco inicial desse processo de construção e aperfeiçoamento do Direito Ambiental Internacional, representado pela Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, oriunda dessa conferência.

³⁸⁵ O termo *soft law* (“lei suave”) é utilizado para descrever instrumentos de caráter genérico, que não possuem aplicabilidade imediata e não são exigíveis juridicamente, tais como códigos de conduta, declarações de princípios e convenções-quadro. *Hard law* (“lei dura”), por sua vez, descreve, essencialmente, tratados com força normativa sobre os signatários, ou seja, instrumentos que contenham dispositivos exigíveis juridicamente.

como grupos de cientistas, grupos de consumidores, grupos de jornalistas, grupos de advogados etc. Na citada Conferência de Estocolmo, de 1972, já foi possível constatar que o Direito Ambiental Internacional (assim como os sistemas internos de Direito Ambiental) seria marcado pela presença constante de atores não-estatais em etapas diversas dos processos de elaboração de normas³⁸⁶.

Com essa proliferação de instrumentos de tutela jurídica internacional do meio ambiente, observa-se a consolidação de princípios de direito ambiental internacional³⁸⁷, tais como os princípios da prevenção do dano ambiental transfronteiriço, da cooperação, da participação cidadã e, principalmente, da precaução. O princípio da precaução é, talvez, a maior inovação registrada ao longo deste desenvolvimento do direito ambiental internacional. Seu *status* ainda é incerto, a história de seu surgimento é um tanto peculiar, mas suas repercussões no Direito Internacional não são desprezíveis, tendo em vista que a aplicação desse princípio engendra uma mudança da maneira pela qual, tradicionalmente, as sociedades modernas têm lidado com o meio ambiente.

O aparecimento da precaução como princípio de direito ambiental internacional, em razão de sua contemporaneidade e do seu *status* ainda um tanto confuso, propicia um campo fértil para a análise do fenômeno do surgimento das normas jurídicas internacionais. Tal análise pode ser elaborada a partir de diversos modelos teóricos clássicos, tais como o modelo de Kelsen, o modelo de Santi Romano, o modelo de Alf Ross, o modelo de Georges Scelle entre outros. Em razão de a realidade do mundo ser de uma complexidade que ultrapassa a capacidade humana de compreensão, nenhuma teoria, por mais elaborada que seja, é capaz de descrever fielmente a realidade e é imune a falhas e contestações. Neste trabalho, opta-se pelo uso da doutrina antiformalista de Georges Scelle para tentar compreender o fenômeno do surgimento do princípio da precaução bem como de sua aplicação no Direito Ambiental Internacional; esta escolha deriva do fato de que essa teoria, centrada no indivíduo e na solidariedade social, parece, apesar de eventuais falhas, adequada para explicar o fenômeno do princípio da precaução.

³⁸⁶ Nas palavras de Soares (2003, p. 46), “Em Estocolmo, as ONGs ganharam espaço extraordinário na mídia mundial e passaram, desde então, a impor-se com pujança e destemor, por vezes opondo-se aos representantes oficiais dos Estados, já que elas, as ONGs, são importantes fatores de formação e conscientização da opinião pública mundial sobre as questões ambientais internacionais”.

³⁸⁷ Para melhor informação sobre os princípios norteadores do Direito Ambiental Internacional, cf JUSTE RUIZ, 2000.

Deste modo, este trabalho tem o objetivo de analisar o surgimento e a aplicação internacional do princípio da precaução à luz do antiformalismo de Georges Scelle. Para tanto, inicia-se com uma exposição sucinta do pensamento do autor francês; posteriormente, discorre-se sobre o surgimento do princípio da precaução, seu conteúdo e sua aplicação, levando em conta o pensamento de Georges Scelle; por fim, discorre-se sobre a adequação dos postulados de Scelle para a descrição do fenômeno do princípio da precaução.

1. A doutrina antiformalista de Georges Scelle

A doutrina de Scelle³⁸⁸ choca-se com as doutrinas de base contratualista e com as doutrinas legalistas de base kelseniana. Deste modo, Scelle nega a origem das normas com base num contrato social, bem como a origem das normas com base em desdobramentos derivados duma norma fundamental. Scelle era um positivista no sentido comtista³⁸⁹ do termo, de modo que, auto-intitulando-se realista, tratava a ciência jurídica como um ramo autônomo da ciência e buscava utilizar os métodos desenvolvidos pela sociologia para observar a realidade jurídica e, desta forma, depreender as leis gerais que regeriam as relações jurídicas.

Para Scelle, todo o sistema jurídico alicerça-se na solidariedade social. A realidade internacional, denominada por Scelle (1934, p. 1) meio intersocial (*milieu intersocial*), é composta por diversas coletividades políticas, classificadas em estatais (*étatiques*), interestatais (*interétatiques*), superestatais (*superétatiques*) e extra-estatais

³⁸⁸ Georges Scelle (1878-1961) foi um dos maiores expoentes da escola antiformalista francesa. Lecionou em Sófia (1908-1910), Dijon (1910-1911; 1912-1932), Lille (1911-1912), Genebra (1929-1932) e Paris (1933-1948). Envolveu-se, também, nos trabalhos da Liga das Nações e, principalmente, nos trabalhos da Organização Internacional do Trabalho, na qual foi vice-presidente, por 20 anos, do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho. Foi também membro do Instituto de Direito Internacional (Genebra), membro da Corte Permanente de Arbitragem, advogado perante a Corte Internacional de Justiça e membro fundador da Comissão de Direito Internacional da ONU. Ainda, foi secretário geral da Academia de Direito Internacional de Haia. Para mais informações bibliográficas sobre Georges Scelle, cf TANCA, 1990.

³⁸⁹ Cf DUPUY, 1990, p. 237. Auguste Comte (1798-1857) foi um filósofo francês que, de modo geral, é considerado o pai da sociologia. Criou o modo de pensar positivista, segundo o qual os fatos seriam regidos por leis abstratas e constantes, as quais deveriam ser estudadas por meio de métodos como a observação, a comparação, a experimentação etc. Para ele, os fenômenos sociais também obedeceriam a leis gerais, assim como os fenômenos naturais. Outra característica do positivismo é a crença no progresso humano.

(*extra-étatiques*). Cada coletividade, para o autor, baseia-se em fenômenos de solidariedade, e cada uma delas pressupõe o nascimento, desenvolvimento e organização espontâneos de ordens jurídicas normativas e construtivas (1934, p. 1). A solidariedade, para Scelle (1934, p. 1), pode surgir de vínculos espaciais³⁹⁰, de vínculos de consangüinidade, de relações econômicas, de identidade de interesses, de identidade de crenças, de identidade de aspirações entre outros.

Com base no pressuposto de que cada coletividade possui sua própria ordem jurídica, o Direito não pode ser centrado, unicamente, na figura do Estado. Uma coletividade não se encontra, necessariamente, dentro de um único Estado, de modo que esta ordem jurídica desta coletividade pode valer em mais de um Estado ao mesmo tempo, embora cada Estado possua uma ordem jurídica distinta³⁹¹.

Diante do conflito de diversas ordens jurídicas, e diante da possibilidade de que um indivíduo sujeite-se a mais de uma ordem jurídica³⁹², como é possível determinar-se qual a ordem jurídica prevalente no caso de conflitos? Por incrível que pareça, a concepção pluralista de Georges Scelle é, também, monista, de modo que se reconhece a existência de uma hierarquia entre as normas de diferentes coletividades. Porém, a hierarquia defendida por Scelle não é rígida como a de Kelsen, estruturada sob a forma de uma pirâmide e derivada de uma norma fundamental, mas uma hierarquia baseada na sobreposição de diferentes ordens jurídicas. Essa sobreposição dá-se com base na vastidão da coletividade, no número de pessoas pertencentes a cada coletividade, de modo que a coletividade universal³⁹³ sobrepõe-se à coletividade estatal, que se sobrepõe à coletividade municipal etc, formando um conjunto harmonioso³⁹⁴, fenômeno a que Scelle nomeia “monismo jurídico intersocial” (1934, p. 5).

³⁹⁰ Como o Estado.

³⁹¹ Como exemplo, pode-se citar a coletividade composta por todos os cristãos católicos praticantes, ou por todos os membros do Rotary Club, que não se encontram somente dentro de um único Estado.

³⁹² Por exemplo, um cristão católico praticante, no Brasil, submete-se ao Direito Canônico da Igreja Católica e ao Direito do Estado brasileiro

³⁹³ Ecumênica, na linguagem de Scelle.

³⁹⁴ “Toda ordem jurídica sobreposta, de fato, *condiciona* necessariamente as ordens jurídicas subjacentes. As normas jurídicas das coletividades componentes não podem contradizer as ordens jurídicas superiores das sociedades compostas sem que a solidariedade global que está na origem dessas últimas seja imediatamente enfraquecida e ameaçada. *Não há alternativa para um sistema jurídico composto além de reger ou desaparecer*. Isto é dizer que as competências dos sujeitos de direito dos sistemas componentes são imediatamente e *ipso facto* condicionadas pela regra de direito do sistema composto.” (1934, p. 6) (grifos do original). Tradução livre. Na lingual original: “Tout ordre juridique superposé, em effet, *conditionne* nécessairement les ordres juridique sous-jacents. Les normes juridiques des collectivités composantes ne peuvent contredire les ordres juridiques supérieurs des sociétés composées

Deste modo, para Scelle, o Direito é um sistema único e harmônico composto de várias partes que se inter-relacionam. O Direito das Gentes³⁹⁵ é o grande Direito, o Direito universal dentro do qual se encontram todos os demais ramos. Portanto, não há discussão sobre monismo e dualismo, ou sobre a primazia do direito interno ou externo: o Direito é um só, de modo que ele sempre deve ser um conjunto harmônico ou corre o risco de desaparecer. A ordem jurídica dos Estados deve sempre estar em conformidade com essa ordem jurídica universal do Direito das Gentes³⁹⁶. A ordem jurídica intersocial deve estar sempre de acordo com o Direito das Gentes e de acordo com as sociedades na qual ela se insere³⁹⁷.

E como explicar o desrespeito, por um Estado, de uma norma do Direito das Gentes? Scelle não esteve alheio a essa possibilidade, especialmente diante do contexto em que vivia a Europa na época em que escreveu seus dois volumes sobre Direito das Gentes. Para ele, é possível que a violação ao Direito das Gentes permaneça por um tempo, contudo a tendência natural é a consolidação da harmonia com base nos laços de solidariedade³⁹⁸.

Outra característica da teoria de Scelle é o papel central conferido ao indivíduo. Para Georges Scelle, “jamais se deve perder de vista que o elemento essencial para as

sans que la solidarité globale qui est à l'origine de ces dernières em soit immédiatement affaiblie et menacée. *Il n'y a d'autre alternative pour un système juridique composé que régir ou disparaître*. C'est dire que les compétences des sujets de droit des systèmes composants sont immédiatement et *ipso facto* conditionnées par la règle de droit du système composé”.

³⁹⁵ Scelle utiliza a expressão Direito das Gentes de modo diverso do utilizado por outros internacionalistas. Deste modo, ela não pode ser tomada como sinônimo de Direito Internacional. Cf. THIERRY, 1990, p. 200.

³⁹⁶ Do mesmo modo, a ordem jurídica de uma cidade deve estar de acordo com a ordem jurídica do Estado, e assim por diante.

³⁹⁷ Como é o caso das diversas ordens religiosas, que possuem ordens jurídicas próprias e válidas em todos os locais em que se encontram presentes, mas, ao mesmo tempo, respeitam as ordens jurídicas de todos esses locais.

³⁹⁸ “O mundo inteiro sofre um tipo de anarquia medieval feita de tiranias estatais. A ficção da personalidade coletiva reaparece nos dogmas e nos misticismos com uma virulência que poderia bem, por outro lado, ser somente a febre de agonia de formas políticas e jurídicas que se estão transformando para adaptar-se a novas necessidades. Economicamente e politicamente, a sociedade humana, constituída e ligada por fenômenos de solidariedade inelutáveis, busca a ordem e a paz.” (1934, p. 294). Tradução livre. No original: “Le monde entier souffre d'une sorte d'anarchie moyennâgeuse faite de tyrannies étatiques. La fiction de la personnalité collective reparaît dans les dogmes et les mystiques, avec une virulence qui pourrait bien, d'ailleurs, n'être que la fièvre d'agonie de formes politique et juridiques en train de se transformer pour s'adapter à des besoins nouveaux. Économiquement et politiquement, la société humaine, constitue et reliée par des phénomènes de solidarité ineluctables, cherche l'ordre et la paix”.

diversas estruturas sociológicas é o indivíduo”³⁹⁹ (1934, p. 1-2), de modo que, “tomar as estruturas sociológicas ou as instituições sociais por seres coletivos dotados de consciência e vontade é deixar-se levar pela imaginação antropomórfica e não mais se pautar pela constatação científica”⁴⁰⁰ (1934, p. 2). Desta forma, para Scelle, o único sujeito de direito é, efetivamente, o indivíduo, de modo que as pessoas jurídicas, incluindo-se o Estado, são meros elementos de ficção estruturados com base numa competência conferida pelos indivíduos⁴⁰¹.

Ao conferir, ao indivíduo, um papel fundamental na elaboração do Direito, Scelle ataca mesmo a noção de soberania, reputando-a incompatível com a idéia de sistema jurídico intersocial. Para Scelle, o Estado, assim como outras entidades coletivas, só possui uma competência da competência, isto é, cria competências com base em competências conferidas pelos indivíduos, de modo que jamais poderá afetar a solidariedade do todo⁴⁰².

Percebe-se, pois, que o Estado não é, segundo a doutrina de Scelle, a fonte emanadora das normas, como retrata a doutrina tradicional. A norma emana sempre do indivíduo, e o totalitarismo num Estado não é mais do que um ato de um indivíduo tentando impor-se sobre os demais utilizando as competências a ele delegadas pelos membros da coletividade que compõe o Estado. Deste modo, a tendência seria a decadência futura desse Estado totalitário, tendo em vista que os atos do dirigente

³⁹⁹ Tradução livre. No original: “jamais perdre de vue que l’élément essentiel des diverses structures sociologiques c’est l’individu”.

⁴⁰⁰ Tradução livre. No original: “Faire des structures sociologiques ou des institutions sociales des êtres collectifs dotés de conscience et de volonté, c’est se laisser aller à imagination anthropomorphique et non plus se borner à la constatation scientifique”.

⁴⁰¹ THIERRY, ao comentar este traço do pensamento de Scelle, afirma que “Ele veementemente rejeitou o conceito de *personnalité morale*, afirmando que como somente o indivíduo era capaz de desejar alguma coisa, somente ele poderia ser um sujeito de direito (*sujet de droit*). Logo, se o estado não é uma pessoa jurídica, *a fortiori* ele não pode ser uma pessoa soberana”. (1990, p. 202). Tradução livre. Na língua original: “He utterly rejected the concept of “*personnalité morale*”, claiming that as only the individual was capable of willing something, only he could be a legal subject (“*sujet de droit*”). Now, if the state is not a legal person, *a fortiori* it cannot be a sovereign person”.

⁴⁰² Do mesmo modo como Scelle reconhece que é possível um Estado desrespeitar, em certo momento, o Direito das Gentes, ele também reconhece que é possível que o Estado (ou melhor, o dirigente do Estado) tente impor-se sobre a coletividade que o sustenta. Ele chega a afirmar: “O superestatismo edifica-se dolorosamente. Seguindo uma lei universal historicamente estabelecida, ele apela aos elementos primeiros, aos elementos de base da própria sociedade na qual ele se instala, isto é, aos *individuos* contra as formações sociais anteriores, que são um obstáculo ao seu desenvolvimento”. (1934, p. 294). Tradução livre. Na língua original: “Le superétatisme s’édifie douloureusement. Suivant une loi universelle historiquement établie, il fait appel aux élément premiers, aux éléments de base de la société même dans laquelle il s’installe, c’est-à-dire aux *individus* contre les formations sociales antérieures, qui fon obstacle à son développement”.

estatal iriam contra as competências anteriormente delegadas pelos indivíduos e, deste modo, contra a solidariedade social⁴⁰³.

Scelle postula, ainda, que toda ordem jurídica implica a existência de três funções sociais: a função legislativa (ou normativa); a função jurisdicional; a função executiva e sancionadora. Sem essas funções, o fenômeno de solidariedade que serve de base para a ordem jurídica “desaparecerá e a coletividade com ele” (1934, p. 7). A função legislativa, para Scelle, “transforma em direito positivo, às vezes constitucional e ordinário, as *leis causais* que condicionam a existência do agrupamento e cujo conhecimento e observância são indispensáveis para manter o fenômeno de solidariedade que o fez nascer”⁴⁰⁴ (1934, p. 8) (grifo do original), de modo que dela resulta a determinação das competências dos sujeitos de direito, tais como os particulares, os agentes e os governantes⁴⁰⁵. A função jurisdicional, por sua vez, “tem por objetivo *constatar a regularidade das situações jurídicas* criadas pela atividade social dos sujeitos de direito ou, se se prefere, a conformidade do uso das competências com a regra de direito positivo”⁴⁰⁶ (1934, p. 8). A função executiva e sancionadora, por sua vez, “é a função dita executiva ou governamental em sentido estrito”⁴⁰⁷ (1934, p. 9), e seus detentores têm competência para prevenir, reparar ou reprimir a violação da regra de Direito e das situações julgadas⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Contudo, não se pode confundir a doutrina de Scelle com doutrinas voluntaristas baseadas no contratualismo. De acordo com as teorias de viés contratualista, os indivíduos delegariam, voluntariamente, por meio de um contrato social, poderes ao Estado para tutelarem seus interesses e regularem sua vida em sociedade. O Estado, soberano, seria uma entidade acima dos indivíduos, dotada de interesse e vontade próprios. Na doutrina de Scelle, embora os indivíduos concedam competências para o Estado, o Estado é autônomo (e não soberano) apenas como uma forma de garantir os interesses da dos indivíduos membros dessa coletividade, devendo refletir os interesses e necessidades dos indivíduos que a compõem.

⁴⁰⁴ Tradução livre. Na língua original: “transforme em droit positif, à la fois constitutionnel et ordinaire, les *lois causales* qui conditionnent l’existence du groupement et dont la connaissance et l’observation sont indispensables au maintien du phénomène de solidarité qui lui a donné naissance”.

⁴⁰⁵ Vale ressaltar que, para Scelle, há uma pluralidade de ordens jurídicas, de modo que esta função não existe somente nos Estados, mas também nas igrejas, nas associações, nas ONGs, nos clubes etc. Para ele, é possível haver, em razão da diversidade de necessidades a satisfazer, paralelismo entre essas ordens jurídicas distintas, mas nunca contrariedade. Cf. SCELLE, 1934, p. 8.

⁴⁰⁶ Tradução livre. Na língua original: “a pour but essentiel de *constater la régularité des situations juridiques* créées par l’activité sociale des sujets de droit, ou, si l’on préfère, la conformité de l’usage des compétences à la règle de droit positif”. Vale ressaltar, outra vez, que esta função não existe somente dentro do Estado, mas também nas demais ordens jurídicas. Para Scelle, é esta função que provê segurança jurídica.

⁴⁰⁷ Tradução livre. Na língua original: “est la fonction dite exécutive ou gouvernementale au sens étroit”.

⁴⁰⁸ Ou, nas palavras do autor, jurisdicionalmente verificadas, *jurisdictionnellement vérifiées*

Para Scelle, a lei é, inerentemente, uma expressão da realidade social e identifica-se com a solidariedade social ou intersocial. Disto decorre que o legislador vê-se limitado pelo critério da necessidade ao legislar⁴⁰⁹. As necessidades sociais relacionam-se com a solidariedade social, correspondendo às necessidades dos indivíduos de determinada coletividade e às condições necessárias para que o vínculo de solidariedade seja mantido. Desta forma, o legislador deve estar sempre atento à necessidade social, para evitar o risco de legislar contra a sociedade e, em última instância, contra o próprio Direito⁴¹⁰.

A questão da necessidade é fundamental para se compreender o processo legislativo em qualquer coletividade. Sinteticamente, o processo legislativo, numa coletividade já estruturada, funciona nas seguintes etapas: de início, os indivíduos dessa coletividade percebem a necessidade de determinada regra para a manutenção do vínculo de solidariedade que os une; posteriormente, é provável que alguns indivíduos passem a obedecer a esta regra na sua vida cotidiana, inconscientemente e sem qualquer previsão pelo direito positivo; posteriormente, o legislador, percebendo essa necessidade da coletividade, positiva essa regra.

O importante a notar é que o aperfeiçoamento individual (mudança de mentalidade) dos membros de uma coletividade produz efeitos sobre a dinâmica dessa coletividade. Desta maneira, o Direito existente nessa coletividade evolui de acordo com os indivíduos. Uma regra válida para dada coletividade em 1960, por exemplo, pode ser simplesmente revogada, ou substituída por outra, em 1990. Ainda, regras

⁴⁰⁹ “A elaboração do direito positivo é uma função pública e o legislador, mesmo que disponha de um grande poder discricionário no que concerne à *oportunidade* de o exercer, não dispõe, juridicamente, de um poder pessoal e arbitrário no que concerne ao *conteúdo* da regra de Direito. Ele tem por missão traduzir a necessidade ou a utilidade social e regulamentar para este fim a competência dos sujeitos de direito. A coletividade política sendo, essencialmente, um agregado de indivíduos, parecerá natural que uma relação íntima exista entre a vitalidade presente e futura desta coletividade e o aperfeiçoamento individual de cada um de seus membros”. (1934, p. 12) (grifos do original). Tradução livre. Na língua original: “L’élaboration du droit positif est une fonction publique et le législateur, s’il possède un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne *l’opportunité* de l’exercer, ne dispose pas juridiquement d’un pouvoir personnel et arbitraire en ce qui concerne *le contenu* de la règle de Droit. Il a pour mission de traduire la nécessité ou l’utilité sociale et de réglementer à cette fin la compétence des sujets de droit. La collectivité politique étant essentiellement un agrégat d’individus, il semblera naturel qu’un rapport intime existe entre la vitalité présente et à venir de cette collectivité et le perfectionnement individuel de chacun de ses membres”.

⁴¹⁰ Resta implícito que, do mesmo modo que governos totalitários tendem à ruína por estarem contra o Direito, o direito positivo que se encontra deslocado das necessidades sociais tende a ser ignorado e desrespeitado pela coletividade. Sobre esse aspecto, é interessante o fenômeno brasileiro das “leis que não pegam”.

reservadas para determinados domínios da vida dos indivíduos de uma coletividade podem passar a ser utilizadas em outros domínios de suas vidas. Novos valores construídos pelos indivíduos podem ser incorporados ao Direito.

Outro conceito criado por Scelle, que ajuda a explicar como se opera a harmonia entre diversos sistemas jurídicos, é o conceito de desdobramento funcional (*dédoublement fonctionnel*). Como exposto, toda coletividade pressupõe uma ordem jurídica que, por sua vez, necessita cumprir as funções sociais legislativa, jurisdicional e executiva e sancionadora. Contudo, nem todas as ordens jurídicas, incluindo-se o Direito das Gentes, contam com instituições capazes de cumprir essas três funções sociais. Como é possível, deste modo, que estas coletividades as cumpram? Isto ocorre por meio do desdobramento funcional, que é o cumprimento, por agentes de uma ordem jurídica, especialmente do Estado, de funções sociais de outras ordens jurídicas. Assim, por exemplo, os agentes de um Estado agem como órgãos estatais quando operam dentro do sistema legal nacional e agem como agentes internacionais quando operam dentro do sistema legal internacional⁴¹¹. O Direito das Gentes⁴¹², dessa forma, faz o uso tanto de instituições próprias como de instituições dos Estados e/ou de entidades não-estatais para ser cumprido⁴¹³.

⁴¹¹ De acordo com Scelle, isto é um “Fenômeno necessário posto que é preciso que as sociedades ‘inorgânicas’ emprestem das sociedades orgânicas e, notavelmente, do Estado, seu pessoal governante”. (1934, p. 10). Tradução livre. Texto original: “Phénomène nécessaire puisqu’il faut bien que les sociétés ‘inorganiques’ empruntent aux sociétés organiques et notamment aux États, leur personnel gouvernant”. É interessante, ainda, para esclarecer o conceito, conferir a análise feita por Cassesse (1990, p. 212).

⁴¹² Embora o significado da expressão “Direito das Gentes” para Scelle seja distinto, neste caso ele pode ser entendido como, também, sinônimo de Direito Internacional.

⁴¹³ Por meio do desdobramento funcional, uma decisão de um tribunal nacional pode ser uma decisão de Direito Internacional, uma lei nacional pode dar corpo a uma norma costumeira de Direito Internacional e um chefe de Estado pode agir como agente de Direito Internacional. No caso de instituições não-estatais, pode-se ter como exemplo parcerias de instituições internacionais com ONGs para acompanhar o cumprimento de determinada norma ou para executar um programa desenhado por uma organização internacional. Nas palavras de Scelle, “A ordem jurídica internacional empresta, para sua realização, o concurso de sujeitos de direito e de instituições políticas das ordens jurídicas nacionais, mas ela se realiza. Jamais se negou, é impossível negar, que haja uma elaboração do direito positivo, um controle jurisdicional das situações jurídicas, uma sanção executiva que leva ao emprego da força – da guerra – nas relações interestatais. Há, logo, legislação, jurisdição, governo, no sentido amplo e no sentido restrito ou material da palavra, atividade constitucional completa, tanto nas sociedades de Direito das gentes como naquelas de direito interno. São somente os procedimentos de realização que diferem. A eficácia dessas ordens jurídicas acentua-se e regulariza-se à medida que as competências especializam-se e que as instituições internacionais aparecem”. (1934, p. 11). (grifos do original). Tradução livre. Na língua original: “On n’a jamais nié, il est impossible de nier, qu’il y ait une élaboration du droit positif, un contrôle juridictionnel des situations juridiques, une sanction exécutive allant jusqu’à l’emploi de la force – de la guerre, – dans les rapports interétatiques. Il y a donc législation, juridiction, gouvernement,

Como exposto, a doutrina de Georges Scelle rompe com as doutrinas tradicionais baseadas no Estado, e confere um papel proeminente aos indivíduos na construção e reformulação do Direito. Com base na necessidade social dos indivíduos pertencentes à coletividade, o legislador cria novas normas, de modo que o surgimento de novas regras dentro de uma determinada coletividade deve ocorrer de acordo com o surgimento das necessidades sociais. No caso de ordens jurídicas que não são capazes de, plenamente, cumprir com as suas funções por meio de instituições próprias, o papel é coberto por instituições de outras ordens jurídicas, em especial, mas não somente, do Estado.

2. Princípio da precaução

O fenômeno do princípio da precaução, em razão de sua natureza ainda indefinida no Direito Internacional e da maneira pela qual ele alcançou a ordem jurídica internacional, fornece uma chance excepcional para se observar o Direito em movimento com base na doutrina de Georges Scelle, levando em conta a primazia dos indivíduos, a necessidade social e o desdobramento funcional. Desta forma, nesta seção, analisa-se o surgimento e a aplicação do princípio com base na doutrina de Scelle.

2.1. O que é o princípio da precaução?

O princípio da precaução representa um novo paradigma na relação do ser humano com o meio ambiente. Trata-se de um princípio voltado para o futuro, para o que poderá vir a ocorrer com o meio ambiente caso não se aja no presente para evitar possíveis danos. Deixa-se, pois, de se tutelar somente os problemas atuais e passa-se à tutela dos eventuais problemas futuros.

Embora o princípio da prevenção também se volte para os danos futuros, não se pode afirmar que prevenção e precaução são sinônimos. Tanto é verdade que o princípio

au sens large et au sens restreint ou materiel du mot, activité constitutionnelle complete, aussi bien dans les sociétés du Droit des gens que dans celles du droit interne. *Ce ne sont que les procedes de réalisation qui diffèrent*. L'efficacité de ces ordres juridiques s'accroît et se régularise à mesure que les compétences se spécialisent et que les institutions internationales apparaissent".

da prevenção, no que tange aos danos ambientais transfronteiriços, é reconhecido, indiscutivelmente, como uma regra costumeira de Direito Internacional, ao passo que ainda há certa dúvida sobre o *status* do princípio da precaução na ordem jurídica internacional. A grande diferença existente entre a prevenção e a precaução reside na certeza da ocorrência de um dano: o princípio da prevenção pressupõe certeza sobre a ocorrência de um dano ambiental caso determinada ação (ou omissão) ocorra; por sua vez, o princípio da precaução lida com incertezas, com danos ambientais que podem vir a ocorrer caso determinada ação (ou omissão) aconteça. De acordo com Cordonier-Segger e Khalfan:

De forma simplificada, precaução significa que o proponente de atividades que podem levar para danos significativos, sérios ou irreversíveis está obrigado a tomar medidas (ou permitir que medidas sejam tomadas) para prevenir este dano (o que inclui suspender as atividades propostas), mesmo se há uma falta de certeza científica em relação à existência ou à severidade do risco. Em essência, a precaução muda o ônus da prova necessário para desencadear respostas políticas [...]. Não é uma panacéia, tampouco é dirigido para uso em todas as situações. Mas é, no entanto, uma ferramenta útil para uma resposta mais sistemática ao problema da incerteza científica no processo de decisão relativo ao meio ambiente e à saúde⁴¹⁴. (2004, p. 144).

O princípio da precaução não é aplicável a todas as situações. Se assim o fosse, toda a estrutura social deveria ser revista, tendo em vista que mesmo atos do dia a dia, tais como conduzir um automóvel movido a gasolina, voar num avião a jato, despejar a água usada para lavar roupas no esgoto comum, entre outros, podem, possivelmente, acarretar danos ambientais, embora não haja certeza com relação à ocorrência efetiva do dano e/ou com relação à magnitude desse dano. Desta forma, o princípio da precaução vincula-se, principalmente, à tolerância da sociedade em relação aos riscos ambientais decorrentes de determinada atividade, isto é, ao tamanho da necessidade de proteção ambiental percebida pela coletividade⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Tradução livre. Na língua original: “Simply put, precaution means the proponent of activities which might lead to either significant, serious or irreversible harm is obliged to take measures (or permit measures to be taken) to prevent this damage (including halting the proposed activities), even if there is a lack of full scientific certainty as to the existence and severity of the risk. In essence, precaution switches the burden of proof necessary for triggering policy responses [...]. It is not a panacea, nor it is intended for use in all situations. It is, however, a useful tool for a more systematic response to the problem of scientific uncertainty in environment and health decision-making.

⁴¹⁵ De acordo com Cordonier-Segger e Khalfan, “Elementos essenciais incluem a magnitude, distribuição e probabilidade de dano necessários para desencadear o princípio, assim como um aspecto de proporcionalidade entre a magnitude do dano potencial e a probabilidade de sua ocorrência. A distribuição do risco é também importante, posto que danos raramente recaem igualmente sobre todos

A relação entre precaução e tolerância aos riscos já permite entrever a importância do conceito de “necessidade social” de Scelle para a análise do princípio da precaução. A inclusão desse princípio no conjunto normativo do Direito Internacional (bem como dos direitos internos das coletividades estatais), ainda que com *status* indefinido, guarda relação direta com a necessidade social percebida pelos indivíduos da coletividade internacional⁴¹⁶ e por esses mesmos indivíduos dentro de cada coletividade estatal. As próximas seções tratarão do surgimento do princípio da precaução na ordem jurídica internacional, do *status* do princípio da precaução nessa ordem jurídica e da aplicação do princípio pela ordem jurídica internacional e por algumas ordens jurídicas nacionais.

2.2. Surgimento do princípio da precaução

Apointa-se, de modo geral, a positivação do princípio da precaução na ordem jurídica alemã como o ponto de partida para a inserção do princípio na ordem jurídica internacional. Seguindo os pressupostos de Georges Scelle, esta positivação no direito alemão somente pode ter ocorrido e, em seguida, desencadeado um esforço de positivação na ordem jurídica internacional e naquela de outras coletividades estatais porque havia, já, na consciência dos indivíduos da coletividade ecumênica, internacional, a necessidade de uma nova postura diante da crise ambiental produzida pelas sociedades modernas. Uma análise mais profunda do surgimento, ou melhor, da positivação do princípio da precaução na ordem jurídica internacional demonstra que o pressuposto teórico de Georges Scelle é válido.

A idéia de precaução já existia anteriormente à positivação do princípio na ordem jurídica alemã, que ocorreu na década de 1970. MacGarvin traz alguns exemplos de medidas precaucionais adotadas muito antes de sua positivação. Segundo o autor, algumas tribos indígenas da América do Norte, por meio de concessões de direitos e tabus, controlavam o volume da exploração de seus recursos pesqueiros, de modo que

os afetados”. (2004, 144). Tradução livre. Na língua original: “Essential elements include the magnitude, distribution and probability of damage needed to trigger the principle, as well as an aspect of proportionality between the magnitude of potential harm, and its likelihood of occurring. The distribution of risk is also important, as harms rarely fall equally on those affected”.

⁴¹⁶ Ecumênica, para Scelle.

puderam manter, por séculos, pescas substanciais de peixes como salmão⁴¹⁷ (2002, p. 10). O autor relata, ainda, o envio de uma petição ao parlamento inglês, por volta dos anos de 1376-1377, que pedia a proibição de pesca com as redes com buracos demasiadamente pequenos que estavam sendo empregadas pelos pescadores, o que, segundo essa petição, acarretava a pesca de um excessivo volume de peixes pequenos que somente serviam para alimentar os porcos, implicando “um grande dano para todos os recursos comuns do reino e a destruição de áreas de pesca” (2002, p. 10-11).

Outro indício da presença da idéia de precaução na consciência dos indivíduos da coletividade ecumênica é a presença de ditos populares em diversas línguas pregando, de alguma forma, a prevenção e a precaução, tais como “é melhor prevenir do que remediar”, “*mejor prevenir que curar*”, “*better safe than sorry*”⁴¹⁸, “*Vorsicht ist besser als Nachsicht*”⁴¹⁹, “*souris qui n'a qu'un trou est bientôt prise*”⁴²⁰, “*Доверья, но проверья* (*Doveray, no proveryay*)”⁴²¹ e “*Korkulu rüya görmektense uyanik yatmak yeğdir*”⁴²².

Ainda, é possível apontar a presença da idéia de precaução na consciência individual por meio da observação de pequenas ações quotidianas. É comum, por exemplo, que pessoas, quando podem, poupem dinheiro e constituam uma reserva para o futuro como uma forma de se precaverem, mesmo que não saibam, exatamente, o que virá a ocorrer. É comum, também, que se use preservativo em relações sexuais eventuais para evitar o contágio de doenças venéreas, ainda que não se tenha certeza de que o parceiro (ou parceira) seja portador(a) de alguma doença venérea. A precaução pode adquirir mesmo uma dimensão religiosa, como no fato de uma pessoa fazer uma prece antes de iniciar uma viagem diante da incerteza dos riscos que a viagem pode conter. Percebe-se, pois, que a idéia de precaução encontra-se na consciência dos

⁴¹⁷ O autor ainda continua, afirmando que após o início da pesca comercial, o salmão foi deslocado e extinto dessas águas. Deste modo, fica implícito que os pescadores comerciais, ao não aplicarem as mesmas medidas precaucionais aplicadas pelos povos nativos, produziram um dano ambiental de graves proporções. Cf MacGarvin, 2002, p. 10.

⁴¹⁸ Algo como “melhor seguro do que arrependido” em inglês.

⁴¹⁹ Algo como “cautela é melhor que complacência” em alemão.

⁴²⁰ Algo como “rato que só tem um buraco é logo pego” em francês.

⁴²¹ Algo como “confie, mas verifique” em russo.

⁴²² Algo como “é melhor ficar acordado do que ter um pesadelo” em turco.

indivíduos. Em todos os exemplos citados, nota-se que o uso da precaução ocorre quando a necessidade de utilizá-la é sentida pelos indivíduos⁴²³:

No que concerne ao meio ambiente, pode-se dizer que, com a evolução da consciência dos indivíduos e com o agravamento da crise ambiental provocada pelas sociedades modernas, foi-se sentindo, ao longo do tempo, a necessidade de se tomarem medidas de precaução diante da ameaça, ainda que incerta, de danos ambientais nefastos no futuro. Essa idéia passou a ser cada vez mais externada pelos indivíduos da coletividade ecumênica e, em especial, da coletividade alemã, especialmente por meio de associações e organizações não-governamentais, de modo que, percebida pelo legislador, acabou inserida no Direito positivo alemão em 1971. Talvez sob inspiração das idéias de Georges Scelle (embora não o afirme expressamente), Godard elabora um modelo teórico para o processo de elaboração intelectual do princípio da precaução que permite ilustrar como a consciência dos indivíduos e a percepção de uma nova necessidade social, diante dos riscos ambientais, levou à inserção do princípio da precaução no Direito Ambiental Internacional:

Com o intuito de compreender o processo de elaboração intelectual do princípio da precaução é, pois, útil distinguir três momentos lógicos que, juntos, desenham o que se pode chamar de triângulo da precaução: (a) o surgimento de expectativas, no seio da coletividade frente à gestão pública dos riscos; essas expectativas expressam-se, então, sob forma de idéias básicas, em estado bruto; eu as chamarei de “idéias brutas”; (b) aquilo em que se torna o princípio da precaução após a intervenção da reflexão crítica, da lapidação das idéias e da elaboração doutrinária em textos oficiais, como um relatório para o Primeiro Ministro francês, um Comunicado da Comissão Européia ou uma Resolução do Conselho Europeu; (c) os modos de tradução na ordem jurídica que são propostos, provenientes de diferentes lados, indo ao encontro de implicações variadas e de uma mobilização dos recursos da doutrina ou dos costumes jurídicos. (2004, p. 158-159).

Deste modo, a gênese do princípio da precaução pode ser encontrada no surgimento de expectativas, nos indivíduos, em relação aos rumos da coletividade diante da ameaça crescente de desastres ambientais. Em face desse risco ambiental,

⁴²³ No caso dos peixes na América do Norte, os índios passaram a sentir necessidade de agir para evitar que o alimento faltasse. Na questão dos peixes na Inglaterra, os autores da petição sentiram necessidade de agir precaucionalmente de modo a evitar que aqueles recursos pesqueiros se exaurissem. No caso da poupança, os indivíduos sentem necessidade de guardar dinheiro para se precaverem contra possíveis adversidades futuras. Com relação ao uso do preservativo, sente-se a necessidade de precaução diante do perigo de contágio de enfermidades. Por fim, no caso da prece anterior a uma viagem, sente-se a necessidade de fazer algo, ainda que seja o recurso ao sobrenatural, para se precaver ante perigos que se possam encontrar durante a viagem.

percebeu-se a necessidade de se tomarem medidas de precaução. Por meio de um processo de reflexão intelectual, efetuado pelos mais diversos atores, esse anseio dos indivíduos foi trabalhado de modo a dar forma a algum tipo concreto de atitude que pudesse fazer frente a esses riscos ambientais. Por fim, passou-se a adotar juridicamente o princípio da precaução. É provável que a elaboração intelectual do princípio da precaução não tenha ocorrido de maneira tão linear, mas o modelo fornece um quadro geral que se aproxima da realidade.

Em 1971, o governo federal da Alemanha (na época, Alemanha Ocidental), elaborou seu primeiro programa ambiental (*Umweltprogramm der Bundesregierung*⁴²⁴), que listava três princípios como os princípios da política alemã para o meio ambiente: princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*), princípio do poluidor-pagador (*Verursacherprinzip*), princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*). Com o passar do tempo, diante do surgimento de novas necessidades sociais, foram incluídos, na política alemã, mais dois princípios: princípio da sustentabilidade (*Nachhaltigkeitsprinzip*), princípio da proteção integrada do meio ambiente (*Integrierter Umweltschutz*).

A elaboração da política alemã do meio ambiente, nela incluída a positivação do princípio da precaução, fornece evidências do papel dos indivíduos, reunidos em coletividades como ONGs, ou em outros tipos de grupos, na confecção do Direito. Wittkämper, ao descrever os atores que participam da elaboração da política alemã para o meio ambiente, expõe:

Esses atores do espaço de deliberação formam uma rede complexa, eles dão forma ao espaço de deliberação, enquanto eles interpretam situações, encontram organizações e conflitos de objetivos, moldam e praticam modelos de interpretação, transformam conflitos e, acima de tudo, em situações críticas, remodelam as estruturas e processos do espaço de deliberação⁴²⁵. (2000, p. 305).

⁴²⁴ Infelizmente, não foi possível, neste trabalho, ter acesso ao programa propriamente dito, de modo que o exposto sobre o documento se dá com base em fontes secundárias. Para ter acesso à referência do programa, de modo a tentar obter acesso ao seu texto original, consultar a base documental do Departamento Federal de Proteção da Natureza (*Bundesamt für Naturschutz*) em <<http://www.dnl-online.de/1905.html?id=87372>> (referência específica do documento) ou <<http://www.dnl-online.de/dnl-online.html>>. (página inicial de pesquisa da base documental).

⁴²⁵ Tradução livre. Na língua original: “Diese Akteure des Handlungsraums bilden ein jeweils komplexes Netzwerk, sie formen den Handlungsraum, indem sie Situationen deuten, Organisations- und Zielwahlentscheidungen treffen, Interaktionsmuster prägen und praktizieren, Konflikte transformieren und, vor allem in kritischen Situationen, die Strukturen und Prozesse des Handlungsraums neu gestalten“.

Ainda reforçando o papel dos indivíduos na elaboração intelectual do princípio da precaução na Alemanha, Raffensperger afirma que:

As palavras “princípio da precaução” vêm da Alemanha. Ambientalistas alemães tentavam encontrar uma maneira de lidar com o declínio da Floresta Negra e tiveram essa idéia que, literalmente, traduz-se do alemão como *präcauidar* – cuidar do que pode ser um futuro difícil⁴²⁶. (2004, p. 27)

Entretanto, não se pode dizer que somente os indivíduos da coletividade alemã percebiam essa necessidade social de toda a coletividade internacional. Raffensperger afirma que, nos Estados Unidos, também houve movimentações em direção ao uso do princípio:

Nos Estados Unidos, o Princípio da Precaução resulta de lutas em comunidades que foram envenenadas por produtos químicos e toxinas. A eles foi dita, repetidamente, que eles não podiam provar que suas lesões, seus defeitos congênitos, seus cânceres estavam, de alguma forma, relacionados com aterros tóxicos ou com atividades industriais. A eles foi dito que os estudos de risco das empresas haviam demonstrado que tudo era seguro; quando havia focos de doenças estranhas e problemas, às comunidades era dito que eles não eram, estatisticamente, significantes. Em vez de buscar as possíveis causas e uma estratégia de prevenção, eles descobriram que a indústria e as agências governamentais estavam esperando até que uma pilha de corpos se formasse e estavam evitando agir. A profunda frustração com essa abordagem levou os ambientalistas nos Estados Unidos a buscar um modo diferente de agir⁴²⁷. (2004, p. 27).

A positivação do princípio da precaução, posteriormente, atingiu os instrumentos jurídicos internacionais. Em 1982, embora não utilizasse o termo “precaução”, a Carta Mundial para a Natureza trouxe, sem dúvida, um dispositivo precaucional em seu texto:

11. Atividades que possam ter impacto na natureza devem ser controladas, e as melhores tecnologias disponíveis que minimizem os riscos significativos

⁴²⁶ Tradução livre. Texto original: “The words ‘Precautionary Principle’ come from Germany. German environmentalists had been trying to find a way to address the decline of the Black Forest, and came up with this idea, which literally translates from German as *forecaring* – caring for what might be a difficult future”.

⁴²⁷ Tradução livre. Texto original: “In the United States, the Precautionary Principle comes out of struggles in communities that were poisoned by chemicals and toxins. They were told repeatedly that they couldn’t prove that their injuries, their birth defects, their cancers were in any way related to nearby toxic landfills or manufacturing activities. They were told that company risk assessments had demonstrated that everything was safe; when there were clusters of weird diseases and problems, the communities were told that they weren’t statistically significant. Rather than pursuing possible causes and a strategy of prevention, they found industry and government agencies waiting until the dead bodies stacked up, and avoiding action. The deep frustration with that approach led the environmentalists in the United States do search for a different way of doing business.

para a natureza ou outros efeitos adversos devem ser usadas;[...]”⁴²⁸ (ONU, 1982)

Entretanto, considera-se que a positivação internacional, por excelência, do princípio da precaução, ocorreu, em 1992, na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento:

Princípio 15. Com o fim de proteger o meio ambiente, a *abordagem precaucional* deve ser amplamente aplicada pelos Estados de acordo com suas capacidades. Onde houver ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de certeza científica não deve ser usada como razão para adiar medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental⁴²⁹. (ONU, 1992) (grifo do autor)

Antes de se prosseguir no trabalho de análise da questão à luz da doutrina de Georges Scelle, cabe tecer um breve comentário acerca do termo utilizado na Declaração do Rio. A maior parte das traduções realizadas no Brasil, incluindo a tradução efetuada pelo Ministério do Meio Ambiente⁴³⁰ e a tradução utilizada em obras acadêmicas de referência sobre o assunto⁴³¹, utiliza o termo “princípio da precaução” como tradução do termo “*precautionary approach*”, que é, efetivamente, o termo utilizado no documento original, redigido em inglês. Numa tradução literal, o mais correto seriam os termos “abordagem precaucional” ou “abordagem de precaução”, tendo em vista que o termo “*precautionary principle*”, equivalente literal ao termo “princípio da precaução” foi propositalmente evitado na redação da Declaração do Rio, conforme o exposto por Birnie e Boyle:

Sob insistência dos EUA, esta redação [da Declaração do Rio] favorece o termo ‘abordagem precaucional’ em vez de ‘princípio da precaução’. Durante a negociação da Convenção sobre Populações de Peixes Transzonais e de Peixes altamente Migratórios, o termo ‘abordagem precaucional’ foi, novamente, preferido, acreditando-se que ‘abordagem’ oferece maior flexibilidade e será menos potencialmente restritivo que ‘princípio’. Poucos comentadores tomam a diferença terminológica por significante, embora, segundo um ponto de vista, o *princípio* da precaução aplica-se a situações de grande incerteza com risco de dano irreversível implicando grandes custos,

⁴²⁸ Tradução livre. Texto original: “11. Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used;[...]”.

⁴²⁹ Tradução livre. Texto original: “Principle 15. In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation”.

⁴³⁰ Para verificar a afirmação, Cf <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>.

⁴³¹ Consultar, por exemplo, Machado (2007, p. 65) e Varella & Platiau (2004, *passim*).

enquanto a *abordagem* precaucional é mais apropriada, é dito, quando o nível de incerteza e de custos potenciais for meramente significativo, e o dano menos provável de ser irreversível. No entanto, o uso dado aos termos nos tratados contradiz qualquer distinção do tipo, e revela que, em vez disso, os tratados europeus e o direito da Comunidade Européia geralmente fazem uso do termo princípio da precaução, enquanto acordos globais mais freqüentemente usam o termo abordagem precaucional ou medidas precaucionais⁴³². (2002, p. 116) (grifos do original).

Essa digressão, embora longa, é considerada necessária para reparar um erro cometido por grande parte, talvez a maior parte, dos estudiosos do princípio da precaução no Brasil. Embora, na prática, as diferenças terminológicas possam não representar, exatamente, uma diferença de conteúdo, como foi exposto por Birnie e Boyle, elas existem e podem ser passíveis de discussão no futuro. Deste modo, embora seja corrente traduzir-se “*precautionary approach*” como princípio da precaução, o mais correto é traduzir o termo como abordagem precaucional ou abordagem de precaução. Contudo, tendo em vista não se apontarem diferenças significativas nos conteúdos dos termos, podem ser eles adotados, neste trabalho, como sinônimos de um mesmo conteúdo: um dever de precaução ante a incerteza científica sobre a possibilidade de um dano ambiental decorrente de um ato ou omissão.

Por meio do emprego da doutrina de Georges Scelle para a observação do surgimento do princípio da precaução como norma jurídica, é possível constatar a importância do papel dos indivíduos para o processo de elaboração legislativa e para o processo de evolução do Direito. Embora se possa argumentar que a doutrina de Scelle não seja capaz de descrever perfeitamente e em detalhes todo o Direito, o fenômeno da surgimento do princípio da precaução na ordem jurídica internacional pode, como demonstrado, ser claramente explicado à luz dos pressupostos de Georges Scelle, notadamente a ênfase no indivíduo e a necessidade social.

⁴³² Tradução livre. Na língua original: “At US insistence this formulation favours the term ‘precautionary approach’ rather than ‘precautionary principle’. During negotiation of the 1995 Convention on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks the term ‘precautionary approach’ was again preferred, in the belief that ‘approach’ offers greater flexibility and will be less potentially restrictive than the ‘principle’. Few commentators regard the difference in terminology as significant, although one view is that the precautionary *principle* applies in situations of high uncertainty with a risk of irreversible harm entailing high costs, whereas the precautionary *approach* is more appropriate, it is argued, where the level of uncertainty and potential costs are merely significant, and the harm is less likely to be irreversible. However, actual use of the terms in treaties contradicts any such distinction and reveals instead that European treaties and EC law generally refer to the precautionary principle, whereas global agreements more often refer to the precautionary approach or precautionary measures”.

Na seção seguinte, discute-se o atual *status* do princípio da precaução na ordem jurídica internacional e a sua aplicação, levando em conta o conceito de desdobramento funcional elaborado pelo doutrinador francês.

2.2. *Status* do princípio da precaução e sua aplicação no âmbito internacional

O princípio da precaução já se encontra positivado na ordem jurídica internacional, como o exposto na seção anterior. Entretanto, seu *status* ainda é objeto de discussão. Percebe-se uma certa relutância em afirmar o princípio da precaução como uma regra costumeira e cristalizada de Direito Internacional. Entretanto, ao menos se pode, desde já, afirmar que se trata de um princípio de Direito e que, deste modo, constitui uma fonte de Direito Internacional segundo a classificação efetuada pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça:

Art. 38. A Corte, cuja função é decidir, de acordo com o direito internacional, aquelas disputas que a ela forem submetidas, deve aplicar:

- a. convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos estados litigantes;
- b. costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como direito;
- c. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sujeita às disposições do Artigo 59, decisões judiciais e os ensinamentos dos mais qualificados publicistas das várias nações, como meios subsidiários para determinação das regras de direito⁴³³. (CIJ, 1945)
- e.

A expressão “reconhecidos pelas nações civilizadas” deve ser vista como reflexo do tempo em que o Estatuto foi escrito, de modo que, atualmente, não se faz uma distinção entre nações “civilizadas” e “não-civilizadas”. Para Georges Scelle, a presença do princípio na ordem jurídica internacional já seria suficiente para sua caracterização como regra de direito:

⁴³³ Tradução livre. Na língua original:

“Article 38. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”.

A presença de “princípios gerais” nas ordens internas e suas convergências para uma afirmação pelo Direito internacional marcam, simplesmente, o momento em que os fatos geradores do costume transformam-se em *prática recebida como sendo de Direito*⁴³⁴. (1934, p. 314-315) (grifo do original).

Para Scelle, deste modo, a recepção, pelo Direito Internacional, de um princípio existente numa coletividade estatal, como é o caso do princípio da precaução e sua positividade internacional posterior à sua positividade alemã, já seria suficiente para demonstrar a existência de um costume internacional. Embora ainda haja certa relutância em afirmar o princípio da precaução como uma regra costumeira de Direito Internacional⁴³⁵, é provável que o seja, em razão da sua presença em diversos instrumentos jurídicos internacionais, como o exposto por McIntire e Mosedale:

A opinião permanece dividida quando ao fato de o princípio da precaução ter sido cristalizado como uma regra obrigatória de direito internacional costumeiro. Entretanto, a prevalência do princípio em tratados ambientais recentes, declarações e resoluções, bem como sua inclusão na Declaração do Rio e nos tratados da UNCED [Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – a ECO 92] sugere que ele tenha, de fato, alcançado esse *status*⁴³⁶. (1997, p. 235).

Uma análise da aplicação do princípio da precaução por instituições internacionais e domésticas pode sanar a questão relativa ao *status* do princípio na ordem normativa internacional.

A OMC (Organização Mundial do Comércio), por meio de seu órgão de apelações, já teve oportunidades de analisar o *status* do princípio da precaução e analisar sua aplicação no direito internacional e, mais especificamente, no direito do comércio internacional. Pelas decisões nos casos dos salmões da Austrália⁴³⁷, dos

⁴³⁴ Tradução livre. Texto original: “La présence des <<principes généraux>> dans les ordres internes et leur convergente vers une affirmation par le Droit international, marquent simplement le moment où les faits générateurs de la coutume se transforment en *pratique reçue como étant le Droit*.”

⁴³⁵ É curioso notar que, enquanto há, ainda, relutância para se reconhecer o princípio da precaução como uma regra costumeira de Direito Internacional, o princípio do dano ambiental transfronteiriço já é claramente reconhecido como tal, tendo sido mesmo afirmado pela Corte Internacional de Justiça, no parecer sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, como “parte do corpo do direito internacional relacionado com o meio ambiente” (*part of the corpus of international law relating to the environment*) (CIJ, 1996, p. 242).

⁴³⁶ Tradução livre. No idioma original: “Opinion remains divided as to whether the precautionary principle may have crystallized into a binding norm of customary international law. However, the prevalence of the principle in recent environmental treaties, declarations and resolutions as well as its inclusion in the Rio Declaration and the UNCED treaties suggests that it may indeed have attained this status”.

⁴³⁷ WT/DS18/AB/R.

hormônios das Comunidades Europeias⁴³⁸ e dos produtos agrícolas do Japão⁴³⁹, “a OMC reconhece o princípio da precaução e lhe dá um conteúdo concreto, ainda que esta análise limite a margem de manobra dos Estados” (VARELLA, 2004, p. 282). Esta margem de manobra restringe-se aos termos do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC. Não obstante a interpretação restritiva do termo, tendo em vista a OMC lidar com um ramo mais específico do Direito Internacional, o princípio é levado em conta e aplicado pela organização, de modo que o princípio é tratado como lei (resultante, portanto, da função legislativa da ordem internacional) e é aplicado pelo órgão de solução de controvérsias da OMC (parte do aparato de instituições responsáveis pela função jurisdicional da ordem jurídica internacional).

A Corte Internacional de Justiça, por sua vez, teve de lidar com o princípio da precaução ao decidir o caso *Gabcíkovo-Nagymaros* (1997). O caso envolvia a Hungria e a Eslováquia numa disputa sobre a revogação, pela Hungria, de um acordo bilateral para a construção de um sistema de barragens. A Hungria alegou que o tratado não poderia ser executado em função do princípio da precaução, enquanto a Eslováquia defendeu-se afirmando que o princípio não era uma norma cogente de Direito Internacional. A Corte esquivou-se de analisar o conteúdo, em si, do princípio da precaução, limitando-se a analisar, à luz da responsabilidade internacional, se o princípio da precaução poderia ensejar um estado de necessidade que permitisse o descumprimento do tratado⁴⁴⁰. Pelo julgado da Corte, o princípio da precaução não foi “suficiente para permitir o reconhecimento dos elementos para demonstrar o estado de necessidade em uma situação concreta” (VARELLA, 2004, p. 286). Por esse julgado, a Corte não revelou uma posição certa em relação ao *status* do princípio da precaução no Direito Internacional. Pela doutrina de Scelle, isto seria uma falha na prestação da função jurisdicional por uma instituição da ordem jurídica internacional. Como exposto numa parte anterior deste trabalho, segundo Scelle, a falta de meios para a prestação das

⁴³⁸ WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R.

⁴³⁹ WT/DS76/AB/R.

⁴⁴⁰ Segundo o conjunto de artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais Ilícitos, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, as circunstâncias que podem afastar a responsabilidade do Estado pelo descumprimento de uma norma internacional são: consentimento (*consent*), legítima defesa (*self-defence*), contramedidas em relação a um ato internacional ilícito (*countermeasures in respect of an internationally wrongful act*), força maior (*force majeure*), perigo (*distress*) e necessidade (*necessity*). Para acesso ao documento, cf <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>.

funções sociais, assim como a falha das instituições de uma determinada ordem jurídica em prestar as funções sociais para as quais foram criadas, faz com que as instituições de outras ordens jurídicas, notadamente do Estado, preencham essa lacuna, fenômeno que Scelle batizou de “desdobramento funcional”.

Deve-se recordar que, para Scelle, o Direito é um sistema único e harmônico, de modo que as perturbações dessa harmonia somente podem ser transitórias e há uma tendência natural do sistema jurídico em voltar para o estado harmônico. Devido a essa unidade do Direito, a aplicação do princípio da precaução por cortes estatais pode ter um aspecto interno e um aspecto internacional, ocorrendo, pois, o desdobramento funcional.

Não há como se fazer uma pesquisa de toda a jurisprudência de todos os países. No entanto, alguns casos mais conhecidos podem ser apontados. Alguns tribunais de alguns países já se manifestaram afirmativamente em relação à posição do princípio da precaução como uma regra costumeira de direito internacional. Um exemplo interessante é uma decisão tomada pela Suprema Corte da Índia, num caso em que uma associação entra contra a União indiana em razão da poluição causada pela enorme descarga de efluentes não tratados provenientes de curtumes e outras indústrias no estado de Tamil Nadu. Na decisão, apreciando a questão da precaução, a Suprema Corte do país afirmou:

Nós não hesitamos em postular que “Desenvolvimento Sustentável”, como um conceito de equilíbrio entre ecologia e desenvolvimento, foi aceito como parte do Direito Internacional Costumeiro, embora suas faces salientes ainda tenham de ser finalizadas por juristas de Direito Internacional.

Alguns dos princípios salientes de “Desenvolvimento Sustentável”, como arrolados no Relatório Brundtland e em outros documentos internacionais, são a Igualdade Intergeracional, o Uso e Conservação dos Recursos Naturais, a Proteção Ambiental, o *Princípio da Precaução*, o Princípio do Poluidor-Pagador, a Obrigação de ajudar e coopera, a Erradicação da Pobreza e a Assistência Financeira para os países em desenvolvimento. Nós somos, no entanto, da opinião de que “*O Princípio da Precaução*” e o “Princípio do Poluidor-Pagador” são feições essenciais do “Desenvolvimento Sustentável” [...]

O princípio da precaução e o princípio do poluidor-pagador foram aceitos como parte do direito interno.⁴⁴¹. (ÍNDIA, 1996) (grifo nosso)

⁴⁴¹ Tradução livre. Na língua original:

“We have no hesitation in holding that ‘Sustainable Development’ As a balancing concept between ecology and development has been accepted as a part of the Customary International Law though its salient features have yet to be finalised by the International Law Jurists.

Some of the salient principles of ‘Sustainable Development’, as culled-out from Brundtland Report and other international documents, are Inter-Generational Equity, Use and Conservation of Nature

No caso exposto, nota-se que a Suprema Corte da Índia cumpriu o papel de uma corte internacional ao afirmar que o desenvolvimento sustentável, nele incluído o princípio da precaução, é uma regra costumeira de direito internacional, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico indiano. Realizando um desdobramento funcional, a Suprema Corte da Índia, ao dirimir um conflito ocorrido no seio da coletividade indiana, dispôs sobre direito internacional, isto é, sobre o direito da coletividade ecumênica, da coletividade internacional, ao esclarecer a natureza (ou o *status*) do princípio da precaução na ordem jurídica internacional, chegando mesmo ao ponto de afirmar que houve a incorporação dessa norma internacional pelo ordenamento jurídico indiano, ratificando a harmonia entre o direito internacional e o direito interno da Índia⁴⁴².

Em outros países, também se consegue verificar o desdobramento funcional realizado por seus tribunais, entre os quais se pode citar o Paquistão⁴⁴³ e o próprio Brasil⁴⁴⁴. Outros países, como a Austrália, os Estados Unidos e os países da União Européia já incorporaram, explicitamente, o princípio em seus ordenamentos internos. Pode-se argüir que o Brasil também já o realizou, embora, explicitamente, somente em domínios específicos de seu ordenamento interno⁴⁴⁵.

Desta forma, a análise do *status* do princípio da precaução à luz da doutrina de Georges Scelle demonstra que o princípio já constitui uma norma de direito internacional e que as eventuais falhas em sua aplicação pelas instituições da ordem jurídica internacional (como a Corte Internacional de Justiça) são supridas pelo desdobramento funcional de instituições de outras ordens jurídicas, como os tribunais internos dos Estados.

Resources, Environmental Protection, the Precautionary Principle, Polluter Pays principle, Obligation to assist and cooperate, Eradication of Poverty and Financial Assistance to the developing countries. We are, however, of the view that 'The Precautionary Principle' and 'The Polluter Pays' principle are essential features of 'Sustainable Development'.

[...]

The precautionary principle and the polluter pays principle have been accepted as part of the law of the land.

⁴⁴² Este não foi o único caso em que a Suprema Corte da Índia pronunciou-se desta forma. Para mais informações, cf Birnie e Boyle (2002, p. 118; 166, nota 283).

⁴⁴³ Para mais informações, cf Birnie e Boyle (2002, p. 118; 166, nota 283).

⁴⁴⁴ Para maior conhecimento, cf Silva (2004, p. 89-90).

⁴⁴⁵ Afirma-se, no entanto, que o princípio encontra-se implicitamente no artigo 225 da Constituição brasileira. Cf. Silva (2004, 82).

Considerações finais

O presente trabalho propôs-se analisar o surgimento e a aplicação do princípio da precaução à luz da doutrina antiformalista de Georges Scelle. A análise dividiu-se em duas partes: uma primeira, voltada para a análise do surgimento, ou melhor, da positivação do princípio da precaução; uma segunda, voltada para o *status* do princípio da precaução e sua aplicação na ordem jurídica internacional, levando em conta o desdobramento funcional das instituições de ordens jurídicas diferentes da ordem jurídica internacional, notadamente as instituições estatais.

A análise de processos reais de criação de normas possibilita o teste de teorias que procuram explicar a maneira pela qual os sistemas jurídicos são criados e estruturados. Por meio deste teste, torna-se possível verificar, como numa espécie de laboratório, a adequação da teoria à realidade. Contudo, tendo em vista o fato de o Direito ser uma ciência social e, deste modo, baseada essencialmente no ser humano, é impossível a elaboração de uma teoria que consiga abarcar todas as nuances da realidade e todas as características do pensamento humano, de modo que não há uma teoria perfeita sobre a criação e a estrutura dos sistemas jurídicos.

Em razão de tal complexidade, as teorias elaboradas por diversos doutrinadores, tais como Hans Kelsen, Alf Ross, Santi Romano e Georges Scelle, somente podem ser entendidas como tentativas de se simplificar a realidade para se obter uma imagem aproximada do fenômeno jurídico. Como na Economia, outra ciência social, essas teorias visam somente à explicação de tendências, de comportamentos que serão seguidos pela maior parte das pessoas submetidas à ordem jurídica⁴⁴⁶, de modo que não podem ser utilizadas para se tentar, de maneira inflexível, explicar todas as nuances a realidade, num vão esforço de adequar a realidade à teoria. Desta forma, embora cada teoria possua uma explicação para as várias faces do fenômeno jurídico, é possível que, em casos diferentes, teorias diferentes e, por vezes, antagônicas, mostrem-se mais fiéis à realidade específica apresentada por cada caso. Em outras palavras, é possível que duas nuances diferentes do sistema jurídico sejam melhor apreendidas, respectivamente, por duas teorias distintas que, muitas vezes, em seu conjunto, mostram-se conflitantes.

⁴⁴⁶ Aqui, utiliza-se o termo de maneira genérica, para designar a ordem ou conjunto de ordens ao qual um indivíduo se encontra submetido. Dependendo da teoria adotada, o indivíduo pode submeter-se a várias ordens ao mesmo tempo ou somente a uma única.

Para explicar o processo de criação e positivação do princípio da precaução na ordem jurídica internacional, escolheu-se a doutrina de Georges Scelle por entender-se que ela se mostra a mais adequada para a abordagem deste novo fenômeno jurídico, tendo em vista a grande influência dos indivíduos na construção normativa do princípio da precaução. Realizada a escolha desta teoria, é necessário enfatizar que, com base em argumentos já expostos, não se deve tomar a teoria de Scelle como a única explicação possível para o Direito, posto que, como toda teoria, ela não é isenta de falhas e não possui uma explicação infalível para toda a realidade jurídica⁴⁴⁷.

Na análise da positivação do princípio da precaução na ordem jurídica internacional, observa-se uma adequação fiel da teoria de Georges Scelle à realidade, tendo em vista que, como demonstrado, a positivação do princípio da precaução resultou da tomada de consciência, pelos indivíduos, do surgimento de uma necessidade social vital para a manutenção do vínculo da coletividade. Foi por meio da percepção de riscos futuros advindos da conduta presente em relação a determinados problemas ambientais que membros de diversas coletividades passaram a demandar que se aplicasse a precaução (já presente em outras áreas do cotidiano) à problemática ambiental. Essa demanda, por fim, levou à positivação do princípio da precaução na ordem jurídica alemã e, posteriormente, na ordem jurídica internacional e na ordem interna de outros Estados.

No que diz respeito ao *status* do princípio da precaução na ordem jurídica internacional, observa-se que, de acordo com a doutrina de Scelle, não há dúvida de que o princípio da precaução é uma norma de direito internacional, em razão de ela ser percebida como necessária pela comunidade internacional (ecumênica). Essa percepção tanto é verdadeira que ela passou a ser expressa em diversos instrumentos internacionais, tais como a Declaração do Rio, e passou a ser reconhecida por instâncias judiciais internacionais⁴⁴⁸ e internas⁴⁴⁹. No caso de falha das instituições da ordem jurídica internacional, como no caso da Corte Internacional de Justiça ao evadir-se de avaliar o princípio da precaução na análise do caso Gabcíkovo-Nagymaros, as instituições das ordens jurídicas estatais suprem, por meio do desdobramento funcional.

⁴⁴⁷ Por exemplo, para analisar-se a questão da personalidade jurídica, a doutrina de Scelle não se mostra tão adequada, tendo em vista sua teoria ser baseada eminentemente no indivíduo.

⁴⁴⁸ Como no caso do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC,

⁴⁴⁹ Como no caso da Índia e de outros países, como o Brasil e o Paquistão.

Embora a teoria de Georges Scelle não seja perfeita, assim como não o é qualquer teoria, verifica-se, no caso do princípio da precaução, que ela se mostra adequada para a descrição de seu surgimento e aplicação na seara internacional. Pode-se constatar, deste modo, que, ainda que tenha sido elaborada em contexto diverso, num período entre duas guerras mundiais, no qual a preocupação com o meio ambiente praticamente inexistia, a teoria de Scelle conseguiu apreender como tende a funcionar o sistema jurídico diante da mudança de valores e do surgimento de novas preocupações entre os membros da grande coletividade internacional. Ainda que sujeita a críticas e elaborada em outra época, a doutrina de Scelle não pode ser, simplesmente, esquecida e descartada, tendo em vista que se mostra capaz de explicar, satisfatoriamente, fenômenos ocorridos muito após a sua morte.

Bibliografia

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International Law & the Environment*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The Precautionary Principle in Germany – enabling Government. In: O’RIORDAN, Timothy; CAMERON, James (Eds.). *Interpreting the Precautionary Principle*. Londres: Earthscan, 1994. p. 31-61.

CASESSE, Antonio. Remarks on the Scelle’s Theory of “Role Splitting” (déboulement fonctionnel) in International Law. *European Journal of International Law*. n. 1, 1990. p. 210-231.

CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; KHALFAN, Ashfaq. *Sustainable Development Law: Principles, Practices & Prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CIJ (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA). Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Parecer (Advisory Opinion). 8 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2007

CIJ (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA). *Statute of the International Court of Justice*. 1945. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

DUPUY, René-Jean. Images de Georges Scelle. *European Journal of International Law*. n. 1, 1990, p. 235-239.

GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 157-203.

ÍNDIA. Supreme Court of India. Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India. 28 ago. 1996. Disponível em:

<<http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.aspx?filename=15202>>. Acesso em 24 nov. 2007.

JUSTE RUIZ, José. Los principios fundamentales del derecho internacional ambiental. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Dimensão internacional do Direito**. São Paulo: LTr. 2000.

LFU (Bayerisches Landesamt für Umweltschutz). **Umweltrecht in der Bundesrepublik Deutschland**. Augsburg: LFU, 2005. Disponível em: <http://www.lfu.bayern.de/umweltwissen/gesellschaft/doc/einfuehrung/04_drecht.pdf>. Acesso em 23 nov. 2007.

MACGARVIN, Malcolm. Fisheries: taking stock. In: HARREMOËS, Poul; GEE, David et al (Eds.). **The Precautionary Principle in the 20th Century: Late Lessons from Early Warnings**. Londres: Earthscan, 2002, p. 10-25.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MCINTYRE, Owen; MOSEDALE, Thomas. The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law. **Journal of Environmental Law**. v 9, n. 2, 1997. p 221-241

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Rio Declaration on Environment and Development**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>>. Acesso em 23 nov. 2007.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **World Charter for Nature**. Nova Iorque, 1982. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>. Acesso em 23 nov. 2007.

PERREZ, Franz Xaver. The World Summit on Sustainable Development: Environment, Precaution and Trade - A potential for Success and/or Failure. **Review of European Community & International Environmental Law**. v 12, n. 1, 2003, p. 12-22.

PLATIAU, Ana Flávia Barros. A legitimidade da governança global ambiental e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 401-415.

RAFFENSPERGER, Carolyn. Precautionary Precepts: the Power and Potential of the Precautionary Principle. **Multinational Monitor**. v 25, n. 9. p. 26, set. 2004. (Entrevista)

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 373-400.

SCELLE, Georges. **Droit des Gens: Principes et Systematique**. v 2. Paris: Recueil Sirey, 1934.

SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 75-92.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

TANCA, Antonio. Georges Scelle (1878-1961): Biographical note with bibliography. **European Journal of International Law**. n. 1, 1990, p. 240-249.

THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. **European Journal of International Law**. n. 1, 1990. p. 193-209

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

VARELLA, Marcelo Dias. Variações sobre um mesmo tema: o exemplo da implementação do princípio da precaução pela CIJ, OMC, CJCE e EUA. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 275-296.

WITTKÄMPER, Gerhard W. Abschied vom Staat in der Umweltpolitik. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?* 3 ed. Neubiberg: IfS, 2000. Disponível em: <<http://www.staatswissenschaft.de/pdf/IfS-Werkstatt1.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2007.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 13-28.

A DINÂMICA DOS NOVOS ATORES NAS NEGOCIAÇÕES DO ACORDO ENTRE MERCOSUL E CE

*Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro**

Resumo

O presente trabalho propõe um olhar sobre a diversidade de atores na formação dos blocos de integração, com especial destaque para a conjuntura do acordo entre Mercosul e Comunidade Européia, baseando-se na concepção antiformalista do direito internacional. Além dos atores tradicionais outros diferentes grupos e associações estruturados ao redor dos desafios locais, nacionais ou internacionais, marcam as idéias políticas das formações dos blocos regionais, bem como dos acordos entre blocos. Este fenômeno de identificação dos novos atores políticos seria indiscutível se não fosse contrário a metodologia tradicional dos juristas e dos Estados, que encobrem sua profunda aceção. O objetivo é estudar a emergência destes novos atores, seu impacto na vida política e sua interação na consolidação de acordos entre blocos.

Palavras Chaves: Mercosul; Comunidade Européia; Atores Políticos

Abstract

The present article considers a look on the diversity of actors in the formation of the integration blocks, with special prominence for the conjuncture of the agreement between Mercosul and European Community, being based on the conception antiformalist of the international law. Beyond the traditional actors other different groups and structuralized associations around of the local, national or international challenges, mark the ideas politics of the formations of the regional blocks, as well as of the agreements between blocks. This phenomenon of identification of the new actors politicians would be unquestionable if the traditional methodology of the jurists and the States was not contrary, that hide its deep meaning. The objective is to study the emergency of these new actors and its interaction in the consolidation of agreements between blocks.

Kewwords: Mercosul; European Community; New Actors

Résumé

Le présent travail propose un regard sur la diversité d'acteurs dans la formation des blocs d'intégration, avec spéciale prééminence sur la conjoncture de l'accord entre Mercosur et Communauté européenne, en se basant sur la conception antiformalist du droit international. Au-delà des acteurs traditionnels, autres différents groupes et associations structurées autour des défis locaux, nationaux ou internationaux, marquent les conceptions politiques des formations des blocs régionaux, ainsi que des accords entre des blocs. Ce phénomène d'identification des nouveaux acteurs politiques serait indiscutable si n'était pas contraire la méthodologie traditionnelle des juristes et des États, qui encomrent leur profonde acception. L'objectif est étudier l'émergence de ces nouveaux acteurs et son interaction dans la consolidation d'accords entre des blocs.

Mot-Clés : Mercosur; Communauté européenne; Nouveaux Acteurs

* Mestre em Direito – Área de Relações Internacionais – UFSC. Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional e Integração Regional da Universidade Federal de Santa Catarina/CNPq.

Introdução

Na conjuntura do acordo entre Mercosul e CE neste Terceiro Milênio, é inevitável observar a presença de atores políticos além dos tradicionalmente nomeados pela doutrina jurídica clássica. O desempenho desses novos atores na dinâmica de integração comercial e na transformação econômica pretendida traçará o percurso do acordo entre os dois blocos.

Apesar das assimetrias existentes entre bloco latino-americano e a CE, cumpre também ressaltar a forte vinculação existente no que tange aos laços históricos, culturais e democráticos, bem como o interesse recíproco sobre questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável, ao regionalismo aberto e, principalmente, ao desenvolvimento econômico no sentido de obter um acesso privilegiado aos respectivos mercados.

Ainda que extenso e complexo, o tema do acordo entre os dois blocos deve ser acessível a todos. As manobras comerciais da CE interessam ao conjunto da sociedade. Os cidadãos/consumidores e principalmente os movimentos dos novos atores, demonstram cada vez mais sensibilizados com as questões que envolvem a comercialização entre Mercosul e CE.

Parar tanto, o trabalho dividiu-se em três eixos. Primeiramente traçará pontos gerais sobre as relações entre blocos de integração. Posteriormente será abordado o panorama da negociação do acordo entre Mercosul e CE, passando por um breve histórico das relações entre os dois blocos. Por fim, o trabalho analisará a importância dos novos atores na conjuntura das negociações do acordo entre o Mercosul e CE e a possibilidade de concretização do acordo, buscando estimular e aprofundar o debate sobre o tema tanto no setor privado, quanto no setor público, a quem cabe zelar pela defesa dos interesses estratégicos do país nos foros multilaterais.

1. As relações entre os blocos de integração

As políticas que vigoraram durante a segunda metade do século XX nos países industrializados⁴⁵⁰ foram inspiradas nos princípios keynesianos de um Estado conciliador entre os imperativos do crescimento e da solidariedade social.

Recentemente, com o aumento do intercâmbio de bens e serviços, os consumidores e a eficiência no processo produtivo passaram a exigir maior liberalização dos mercados. A globalização⁴⁵¹ econômica, que ganhou impulso no final do século XX, levou à proliferação de acordos regionais e a um crescente fluxo comercial, tendo como resultado a formação de blocos continentais. São exemplo a União Européia (UE),⁴⁵² a Cooperação Econômica da Ásia-Pacífico (APEC), a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), o NAFTA e o Mercosul. Tais associações respondem às demandas geopolíticas e econômicas tanto de seus integrantes quanto da sociedade internacional.⁴⁵³

Os atuais acordos de livre comércio não se restringem a uma liberalização tarifária do comércio intra-regional.⁴⁵⁴ Regras sobre agricultura, investimentos, compras

⁴⁵⁰ “No fim dos anos 70, tornava-se claro que as políticas keynesianas praticadas no contexto nacional protegido pelas barreiras alfandegárias perdiam o fôlego e não mais permitiam a compensação dos efeitos dos fluxos mundiais que arruinavam andares inteiros do edifício econômico, social e cultural dos Estados Nacionais, edificando rapidamente novos andares”. *In*: WARNIER, 2000, p. 64.

⁴⁵¹ “[...] globalismo é o produto e condição de múltiplos processos sociais, econômicos, políticos e culturais, em geral sintetizados no conceito de globalização. Resulta de um jogo complexo de forças atuando em diferentes níveis da realidade, em âmbito local, nacional, regional e mundial [...] As transformações que estão ocorrendo no mundo na segunda metade do século XX, anunciando o XXI, podem ser encaradas como manifestações de uma ruptura histórica mais ou menos drástica e geral, com implicações práticas e teóricas fundamentais. São transformações repentinas e lentas, parciais e totais, visíveis e invisíveis, surpreendendo uns e outros em todos os lugares, continentes, ilhas e arquipélagos. Ocorrem em nível local, nacional, regional e mundial, envolvendo as condições sociais, econômicas, políticas e culturais de indivíduos, famílias, grupos sociais, classes sociais, coletividade, povos, nações e nacionalidades”. *In*: IANNI, 1999, p. 16-17.

⁴⁵² A União Européia, anteriormente designada por Comunidade Econômica Européia (CEE) e Comunidade Européia (CE), é uma organização internacional constituída atualmente por 27 Estados-membros. O nome foi definido pelo Tratado da União Européia (normalmente conhecido como Tratado de Maastricht), em 1992.

⁴⁵³ “Cerca de 60% do comércio atual ocorre dentro desses acordos regionais de livre comércio. Simultaneamente, a maior parte dos países envolvidos nesses Blocos participou também das negociações multilaterais do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) e integra a Organização Mundial do Comércio”. *In*: DUPAS, 1999, p. 132.

⁴⁵⁴ “A Zona de Preferências Tarifárias é a adoção recíproca, entre dois ou mais países, de níveis tarifários preferenciais, ou seja, as tarifas incidentes sobre o comércio entre os países-membros do grupo são inferiores às tarifas cobradas de países não-membros. A segunda etapa de integração é a Zona de Livre Comércio, que consiste na eliminação de todas as barreiras tarifárias e não-tarifárias que incidem sobre o comércio dos países do grupo. A União Aduaneira corresponde a uma etapa de integração na qual os

governamentais e propriedade intelectual, entre outras, tendem a fazer parte das agendas de negociação.

Além disso, quando se analisa o acesso a mercados nos países desenvolvidos, o tema das barreiras não-tarifárias como instrumento de proteção freqüentemente predomina sobre o das tarifas. O protecionismo europeu é um exemplo nítido de como blocos regionais menos desenvolvidos podem ser prejudicados no comércio internacional.

Juntamente com a dinâmica de formação de blocos regionais e os possíveis acordos entre ambos, é plausível fazer uma releitura dos atores já consagrados pela doutrina jurídica, passando a uma análise dos novos movimentos que surgem no cenário global, bem como a importância do papel dos sujeitos e da sociedade que contribuem para esta dinâmica de formação do direito do comércio internacional.

No que tange à conceituação da sociedade internacional, pode-se afirmar que é composta por indivíduos que buscam a troca de produtos, serviços e idéias. É o comércio internacional no seu sentido amplo e que fornece o substrato da nossa sociedade. Conforme mencionado por George Scelle “percebe-se que esta solidariedade varia de intensidade segundo as afinidades especiais de grupos humanos co-negociantes e segundo as facilidades materiais que são oferecidas a estas trocas.”⁴⁵⁵

No caso específico das relações entre o Mercosul e a CE⁴⁵⁶, é possível verificar condicionantes que antecedem tanto a assinatura do Tratado de Assunção, que

países-membros de uma Zona de Livre Comércio adotam uma mesma tarifa às importações provenientes de mercados externos. A essa tarifa dá-se o nome de Tarifa Externa Comum (TEC). A aplicação da TEC redundará na criação de um território aduaneiro comum entre os sócios de uma União Aduaneira, situação que torna necessário o estabelecimento de disciplinas comuns em matéria alfandegária. A quarta etapa, o chamado Mercado Comum, tem a União Européia como principal modelo. Prevê não só a livre circulação de mercadorias, como na União Aduaneira, mas também a livre circulação dos demais fatores produtivos, que nada mais são que capital e trabalho, ou seja, a ‘livre circulação de pessoas e de capitais’. Finalmente, a União Econômica e Monetária constitui a etapa mais avançada e complexa de um processo de integração. Ela está associada a uma moeda única e a uma política comum em matéria monetária, conduzida por um Banco Central comum. Diferentemente do Mercado Comum, aqui se frisa a existência de uma política macroeconômica, de uma política comum”.
In: ARNOLDI, 2006, p. 3-4.

⁴⁵⁵ “On s’aperçoit que cette solidarité varie d’intensité selon les affinités spéciales des groupes humains co-échangistes et selon les facilités matérielles qui sont fournies à ces échanges.” *In: SCELLE, 1923, p. 119.*

⁴⁵⁶ O termo “Comunidade Européia” (CE) será utilizado neste trabalho para identificar a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEA). Em que pese a fusão das entidades em 1967, cada Tratado mantém seus próprios fundamentos jurídicos. A substituição da expressão “Comunidades Européias” por “Comunidade Européia” foi autorizada pelo Parlamento Europeu, por resolução em 1978 (JOCE nº

criou o Mercosul em março de 1991, quanto a do Tratado de Maastricht, que criou a União Européia (UE) em fevereiro de 1992⁴⁵⁷.

O processo de redemocratização latino-americano foi sem dúvida um fator determinante de aproximação entre os dois blocos, sem falar nos laços históricos e culturais. Pode-se mencionar ainda o interesse recíproco em questões como desenvolvimento sustentável, regionalismo aberto e acesso privilegiado aos respectivos mercados.

Mercosul⁴⁵⁸ e CE configuram um modelo de aliança voluntária entre nações soberanas que buscam compartilhar espaços políticos, econômicos, culturais e sociais para adquirir competitividade⁴⁵⁹ no mundo globalizado, sem esquecer o desenvolvimento regional e a reciprocidade de interesses entre os países integrantes dos blocos.

Em ambos os casos o que se pretende é a institucionalização de um ambiente que proporcione liberdade, justiça, desempenho econômico, valores democráticos e harmonia social. Apesar das divergências de interesse nas negociações de Doha,

C63 de 13.03.78). Com a assinatura do Tratado da União Européia em Maastricht, a organização passou a denominar-se “União Européia”. “O Tratado da União Européia (UE) resultou dos avanços percebidos com o Ato Único e significou um novo passo no processo de integração. Assinado em 7 de fevereiro de 1992, na cidade holandesa de Maastricht, representou a segunda maior revisão dos Tratados desde a criação das três Comunidades. Deste modo, coexistem os três Tratados fundamentais (CECA, CEE e CEEA), de personalidade própria e independentes entre si, e um quarto, compreendendo disposições comuns àqueles. Com isso alterou-se a denominação da organização: de Comunidades Européias passou a ser chamada, simplesmente, União Européia”. *In: STELZER, 2000, p. 39.*

⁴⁵⁷ “O Brasil assinou o seu primeiro acordo com a CE, mais precisamente com a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEE), em 1961. Esse acordo versava sobre a utilização pacífica de recursos nucleares. Em 1974 o Brasil e a CE assinaram um ‘acordo de primeira geração’, substituído por outro de ‘segunda geração’ em 1982. Finalmente, em 1992, um acordo de ‘terceira geração’ foi assinado”. *In: AMOROSO, 1997.*

⁴⁵⁸ “No imaginário coletivo dos povos do Mercosul, a Europa é parte central de seu passado, de seu presente e, inclusive, de seu futuro. Ocupa um lugar diferente, mas igualmente significativo, do próprio âmbito latino-americano e hemisférico. Mas também é significativo para muitos países europeus, com fortes interesses econômicos na região do Mercosul e com múltiplos vínculos humanos e culturais [...] Além disso, A União Européia e o Mercosul compartilham o interesse em fortalecer um sistema multilateral global, regido por normas e instituições comuns, tanto no âmbito das Nações Unidas como no mais recente da Organização Mundial do Comércio. Ambas as regiões rejeitam a idéia de um mundo anárquico dominado pela violência e a irracionalidade [...] Em ambos os casos, valoriza-se a idéia da construção de um mundo pluralista e multicultural, em que predominam a razão e a moderação, e no qual os conflitos entre nações sejam resolvidos com o predomínio de regras e por métodos pacíficos”. *In: PEÑA, 2005, p. 40- 41.*

⁴⁵⁹ “Em termos de composição, o comércio entre o Mercosul e a União Européia mostra um perfil típico do comércio Norte-Sul: os países do Mercosul são exportadores de produtos intensivos em recursos naturais (50% de suas exportações constituem-se de produtos de origem agrícola), ao passo que os países europeus exportam majoritariamente bens manufaturados (95% de suas exportações), sobretudo aqueles de maior valor agregado”. *In: CASTILHO, 2005, p. 166.*

especialmente no setor da agricultura, Mercosul e CE valorizam a construção de um sistema comercial global que contribua para o desenvolvimento econômico dos países-membros, refletido atualmente na OMC.

O setor agrícola, dada sua importância, é em grande parte responsável pelo insucesso das negociações. A oferta de acesso ao mercado agrícola proposta pelos europeus é considerada insuficiente pelos países do Mercosul. No entanto, a CE tem críticas similares sobre a oferta latino-americana de acesso ao setor de serviço e a mercados públicos. Este cenário fez surgir novos atores que participam dos movimentos de evolução e retração das negociações entre os dois blocos, e que serão analisadas a seguir.

2. O panorama da negociação do acordo entre Mercosul e CE

A “associação inter-regional” que há mais de uma década o Mercosul e a CE têm intenção de realizar que comportaria três eixos de diálogo: o político, o comercial e o de cooperação econômica.⁴⁶⁰ Em vista disso os blocos assinaram, em dezembro de 1995⁴⁶¹, o “acordo-quadro inter-regional de cooperação” ou “acordo de quarta geração”⁴⁶² – instrumento de transição para uma futura “associação inter-regional” entre os dois blocos. O pilar básico desse processo seria a implementação de um programa de liberalização progressiva dos fluxos comerciais.⁴⁶³

⁴⁶⁰ “*Cet Accord cadre consiste principalement en trois éléments: dialogue politique, coopération et questions commerciales. Mais son principal objectif est la préparation de négociations pour un Accord d’association interrégionale entre l’Union européenne (UE) et le MERCOSUR qui doit inclure la libéralisation de tout le commerce de biens et services pour parvenir au libre échange en conformité avec les règles de l’Organisation mondiale du commerce (OMC)*”. In: DROGUÉ; RAMOS, 2005, p. 1.

⁴⁶¹ A assinatura do Acordo-Quadro Inter-Regional de Cooperação aconteceu em Madri. Na ocasião, a CE se encontrava sob presidência espanhola.

⁴⁶² “Os acordos de quarta geração, assim como os de terceira, têm por fundamento a cláusula democrática e seu desenvolvimento ocorre através do diálogo político e econômico regular, da liberalização progressiva e recíproca dos intercâmbios e da cooperação econômica avançada. Os novos acordos ampliam consideravelmente o âmbito de cooperação européia com os países latino-americanos, pois, além da cooperação política, econômica e comercial, está prevista a atuação em áreas como a educação, a comunicação, a luta contra o tráfico de drogas, as telecomunicações, a cooperação interinstitucional etc.” In: LUQUINI, 2003, p. 290.

⁴⁶³ “Os primeiros vínculos estabelecidos entre ambas as regiões surgiram a partir da assinatura de acordos birregionais, de caráter estritamente econômico. Não obstante, a partir da entrada em vigor do tratado de Maastricht, em 1992, e da definição da Política Exterior e de Segurança Comum da União Européia, foram sendo introduzidos elementos políticos nestes acordos. Assim, a evolução das relações birregionais tem por base gerações sucessivas de acordos, assim como diversos níveis de diálogo político”. In: LUQUINI, 2003, p. 277.

O acordo celebrado entre a CE e o Mercosul⁴⁶⁴ tinha como objetivo primordial⁴⁶⁵, conforme enunciado por Jaeger Júnior, “a preparação da associação interregional e como principais tarefas a liberalização gradual e progressiva do comércio, ampliar a cooperação econômica e inaugurar um diálogo político regular”.⁴⁶⁶

Até 2001 as propostas de liberalização comercial sofreram avanços e recuos, refletindo as divergências de interesse das partes. Desde o início das negociações a CE deixara claro que haveria tratamento diferenciado para produtos “sensíveis”, em especial os agrícolas, mas não houve uma proposta compatível com as expectativas do Mercosul.

A partir dessa data, no entanto, o processo de negociação ganhou dinamismo. Em 2003 se realizou nova rodada de propostas para a liberalização do comércio de bens e daí em diante as negociações se concentraram em questões técnicas e temas relacionados a serviços, barreiras técnicas e regras de origem, dentre outros. A agricultura, considerada o maior foco de discordância devido às manifestações dos camponeses europeus e dos membros dos países do Mercosul, ficou para ser analisada posteriormente.

No final de 2003, o Mercosul e a CE resolveram aumentar os contatos para concretizar o acordo antes da mudança da equipe européia que havia dado início às

⁴⁶⁴ “Este é um acordo misto, pois exigiu a assinatura dos Estados-membros de ambas as partes. É preciso lembrar que a UE não tem personalidade jurídica e, portanto, não poderia assinar o acordo-quadro. Em ocasiões como esta, a CE representa a UE, mas como esse tipo de acordo transcende aspectos meramente comerciais e engloba assuntos que dizem respeito ao diálogo político e à cooperação no combate às drogas, que não são da competência da CE, há necessidade de os Estados-membros da UE também assinarem o acordo. A mesma situação ocorre com o Mercosul”. *In*: AMOROSO, 1997. “É verdade que o Mercosul está associado a muitos aspectos indubitavelmente positivos e relevantes. O rápido crescimento do comércio inter-regional mostra a viabilidade de um forte mercado comum regional. A consolidação da prática de consultas entre as autoridades dos países da região indica um quadro muito mais avançado da cooperação e das relações diplomáticas e intergovernamentais”. *In*: OLIVEIRA, Marcos Aurélio Guedes de, 2001, p. 71.

⁴⁶⁵ “Este é um acordo misto, pois exigiu a assinatura dos Estados-membros de ambas as partes. É preciso lembrar que a UE não tem personalidade jurídica e, portanto, não poderia assinar o acordo-quadro. Em ocasiões como esta, a CE representa a UE, mas como esse tipo de acordo transcende aspectos meramente comerciais e engloba assuntos que dizem respeito ao diálogo político e à cooperação no combate às drogas, que não são da competência da CE, há necessidade de os Estados-membros da UE também assinarem o acordo. A mesma situação ocorre com o Mercosul”. *In*: AMOROSO, 1997. “É verdade que o Mercosul está associado a muitos aspectos indubitavelmente positivos e relevantes. O rápido crescimento do comércio inter-regional mostra a viabilidade de um forte mercado comum regional. A consolidação da prática de consultas entre as autoridades dos países da região indica um quadro muito mais avançado da cooperação e das relações diplomáticas e intergovernamentais”. *In*: OLIVEIRA, Marcos Aurélio Guedes de, 2001, p. 71.

⁴⁶⁶ JAEGER JÚNIOR, 2006, p. 554.

negociações. Apesar das tentativas, as partes não chegaram a um consenso e as conversações prosseguiram.

Em 2004, na Reunião Ministerial das Negociações Comerciais Mercosul, os ministros reiteraram a prioridade da relação estratégica entre a América Latina e a CE. Em função disso foi definida a negociação de um Acordo de Associação Inter-regional como importante etapa para o fortalecimento dos laços políticos, econômicos e comerciais entre as partes.

A proposta formalizada pelo Mercosul ficou aquém do anteriormente sugerido, repetindo valores de quota oferecidos, mas introduziu novas condicionantes:

[...] a oferta completada do Mercosul [...] constituiu esforço significativo dos quatro países. Sua elaboração decorreu de permanente processo de consultas internas do Governo brasileiro e da sociedade civil, além de ter sido amplamente discutida com os sócios do Mercosul. Tais concessões nunca foram feitas em nenhuma outra negociação externa do bloco. O objetivo sempre foi o de apresentar um pacote de concessões comerciais que atendessem aos interesses prioritários da União Européia nos mercados dos quatro sócios, de modo a estimular a parte européia a fazer ofertas significativas com perspectiva de real crescimento de volume de comércio nos produtos de interesse do Mercosul.⁴⁶⁷

Nessa ocasião, juntamente com os parceiros do Mercosul, o Brasil reforçou o objetivo estratégico da política comercial externa dos quatro países, buscando um acordo justo e equilibrado com o bloco europeu. Tal acordo, no entanto, só será possível se gerar ganhos para as duas partes – e o que se observa é que ocorreram concessões amplas por parte do Mercosul sem contrapartida da CE.

No Comunicado Conjunto da Reunião Ministerial Mercosul-CE, redigido em setembro de 2005, os ministros reafirmaram a importância da relação estratégica entre os blocos e a prioridade que conferem à conclusão de um Acordo de Associação Inter-regional ambicioso e equitativo. O acordo seria um instrumento para reforçar as relações políticas, econômicas e comerciais e para reduzir as disparidades sócio-econômicas entre as duas regiões. Também consta do Comunicado a intenção de criar uma área de livre comércio de acordo com as normas da OMC.

As propostas do Mercosul refletem sua estrutura de produção e de proteção, sendo mais generosas no setor agrícola do que no industrial:

[No] Mercosul, a agricultura é o setor onde a região tem as maiores vantagens comparativas do mundo. O Brasil, sobretudo, é hoje em dia

⁴⁶⁷ MRE. Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 3 nov. 2006.

provavelmente a maior senão a segunda maior potência agrícola exportadora do planeta. Isso é importante porque não é só uma questão de terras baratas ou trabalho barato. A produtividade do Brasil vem sobretudo de uma imensa aplicação de tecnologia de ponta na agricultura e de uma organização agrícola muito forte. Inclusive, se o Brasil fosse um pouquinho mais eficiente no escoamento da produção nas estradas, nos caminhos de ferro, nos portos etc., seria infinitamente mais produtivo. A soja, que vem de Mato Grosso, que é um Estado no centro do Brasil, podia baixar o seu preço em 40% se não fosse o preço do transporte.⁴⁶⁸

Além de ultrapassar o aspecto comercial, o acordo entre o Mercosul e a CE é considerado uma associação estratégica inédita por tratar-se da primeira experiência de integração entre duas organizações regionais.⁴⁶⁹ É uma nova fase e pode-se considerar o acordo um modelo ambicioso no sistema contemporâneo de relações internacionais – duas regiões com diferentes graus de desenvolvimento decidem trabalhar juntas para incrementar relações recíprocas e contribuir para o fortalecimento do sistema internacional global.

Desde o início de 2006 diversas iniciativas foram adotadas, no âmbito das instituições da CE, com vistas a fortalecer uma parceria estratégica com a América Latina. Além disso, com a suspensão da Rodada de Doha, a CE resolveu concentrar esforços na celebração de acordos bilaterais de livre comércio.

É evidente que as intervenções dos movimentos de agricultores, tanto de um lado como de outro, influenciaram nas negociações e provocou uma maior reflexão na elaboração do acordo. Como observado anteriormente, a agricultura, além de ser um dos pontos fortes para o comércio do Mercosul que insiste na liberalização, também é considerado ponto fundamental para os camponeses europeus.

Até o momento nenhuma iniciativa concreta sobre o acordo foi firmada. A expectativa é de que as futuras reuniões reaqueçam as negociações e fortaleçam os vínculos entre o Mercosul e a CE, a fim de que se efetive o acordo.

⁴⁶⁸ VALLADÃO, 2004, p. 3.

⁴⁶⁹ Após sua concretização poderá ser considerado o espaço de livre comércio bi-regional mais amplo do mundo. “A criação da maior zona de livre comércio no mundo, com mais de 700 milhões de consumidores e com um PIB de onze trilhões de euros traria, tanto à União Européia quanto ao Mercosul, uma vantagem competitiva importante diante de outras regiões, como a Ásia. Juntas, as duas regiões são mais competitivas. Há anos perdemos não somente crescimento adicional no comércio bilateral, mas perdemos também chances na globalização, uma vez que nossas empresas não puderam se utilizar desta vantagem comparativa”. *In*: LVBA. Disponível em: < www.lvba.com.br>. Acesso em: 3 jun. 2006.

3 O papel dos novos atores políticos no acordo entre blocos: Mercosul e CE

Diante das configurações propostas pelos blocos o instrumento escolhido para fortalecer o potencial competitivo da economia internacional, quando da formulação do acordo de quarta geração, em 1995, foi o diálogo político. Esse diálogo visava particularmente reforçar os laços entre o Mercosul e a CE.

De característica pioneira por ser o primeiro desta natureza assinado pela CE com outro bloco de integração regional, o acordo compreende os âmbitos comercial, econômico e de cooperação para a integração. O acordo, que ganhou características históricas, procurou intensificar os já tradicionais laços históricos, culturais, políticos e econômicos entre os países de um e de outro bloco de integração.

Parte da estratégia do diálogo político foi a participação institucionalizada da sociedade civil. Os parlamentos⁴⁷⁰ e as entidades sociais, trabalhistas e sindicais⁴⁷¹ operam como canais de comunicação e cooperação.

O avanço nos processos de integração da CE e do Mercosul também foram acompanhados pela iniciativa dos Estados Unidos de negociar um acordo de livre

⁴⁷⁰ Nesse plano, a CE avançou substancialmente em relação ao Mercosul, que só instituiu seu Parlamento em 14 de dezembro de 2006. De acordo com o senador brasileiro Renan Calheiros, “é função desse Parlamento aproximar as culturas, desfazer eventuais desconfianças e debater os diferentes interesses de cada integrante do bloco”. In: CALHEIROS, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, 2006.

⁴⁷¹ Novamente, neste aspecto, a experiência européia é muito ampla: “*Aux Pays-Bas, c’est vers 1850 que sont créées des sociétés d’agriculture provinciales. En France, en 1819, Decazes adresse une circulaire aux préfets visant à encourager la création de comités agricoles. L’aristocratique Société des Agriculteurs de France – vite connue par son siège ‘la rue d’Athènes’ à Paris – est fondée en 1867. On pourrait également considérer que la Grande Commission agricole danoise a joué, au XVIIIème siècle, ce rôle de précurseur. Il semble bien que la fonction de service – de nature coopérative ou mutualiste – l’ait emporté sur la fonction revendicative dans les débuts du syndicalisme. C’est davantage une ambition ‘d’encouragement’, d’organisation économique, voire de mobilisation du commerce qui prévaut alors. Le ‘syndicat’ apparaît davantage comme un lieu de rassemblement pour ‘laire ensemble’, pour s’entraider, pour aider à l’exercice du métier d’agriculteur, que comme un lieu de contestation ou de revendication [...] Enfin, l’éclosion du syndicalisme agricole en Europe présente un synchronisme marqué. S’il fallait en dater l’acte de naissance, il conviendrait de retenir les trente dernières années du XIXème siècle qui ont vu s’épanouir diverses formes d’organisation des paysanneries, du mutualisme et de la coopération au syndicalisme proprement dit. En cette période, plusieurs facteurs favorisent l’éclosion de ce phénomène et principalement ce qu’il est convenu d’appeler ‘la grande dépression’ [...] Cette apparition du syndicalisme agricole s’accompagne aussi de la création convergente, dans divers pays d’Europe, de ministères de l’Agriculture: ainsi, en France en 1881 ou en Irlande en 1900. D’un côté, des mouvements agricoles qui se définissent généralement par rapport à l’État – soit contre, soit avec; de l’autre, une administration autonome chargée de veiller au développement de cette branche économique. Voilà les termes d’un partenariat qui n’allait pas tarder opérer. En fait, cette institutionnalisation des agriculteurs dans la sphère privée et dans la sphère publique reflète sans doute l’ouverture de ce secteur, désormais fortement présent sur les marchés nationaux, voire internationaux*”. In: GUESLIN; HERVIEU, 1992, p. 303-304.

comércio com seus vizinhos da América do Norte, o NAFTA. O acordo com Canadá e México foi concluído em 1992 e entrou em vigor em janeiro de 1994. Em seguida, em dezembro de 1994 os Estados Unidos propuseram o estabelecimento de uma área hemisférica de livre comércio, a ALCA, a ser concluída em 2005.

Os avanços nos processos de integração do século XXI foram marcados pela potencial perda, por parte dos Estados, da condição de exclusivos atores internacionais. Esses passaram a conviver com organizações internacionais, organizações não-governamentais, bem como com empresas transnacionais, que movimentavam o cenário onde até então os Estados eram os únicos protagonistas.

Neste quadro de ‘crise existencial’ do Estado, e diante da consolidação do acordo entre o Mercosul e a CE, ganham destaque os movimentos de agricultores, atores políticos que participaram ativamente das negociações do processo de negociação, principalmente pela força a o setor da agricultura exerce no acordo.

O papel desses agrupamentos visa considerar uma porção dos interesses da sociedade e permite aos indivíduos que as compõem de manter relações com membros de outras comunidades nacionais ou estrangeiras.

A principal atuação desses atores se deu na dificuldade que a CE encontrava, e ainda encontra, para reduzir os subsídios do comércio agrícola. A diminuição dos subsídios gerou oposição entre os europeus, sobretudo na França, principal beneficiária dos subsídios da CE e que apresentou restrições a uma eventual abertura do mercado agrícola do bloco ao Mercosul.

Na Europa, esta mobilização camponesa teve como seu principal líder o francês José Bové, co-fundador do sindicato de agricultores franceses *La confédération paysanne*⁴⁷² que defende que a lógica econômica que atinge os camponeses também

⁴⁷² Produtor de leite de ovelhas, o francês José Bové, foi eleito pela revista *Business Week* como uma das 50 personalidades européias mais importantes em 1999. Comparado ao herói de quadrinhos Asterix, o gaulês que sempre vence o Império Romano. Sua fama correu mundo a partir de 1999, quando comandou uma operação contra a loja da cadeia McDonald's, na cidadezinha de Millau, no Sul da França para chamar a atenção da opinião pública com relação aos prejuízos que a Organização Mundial do Comércio (OMC) estava provocando na agricultura e na economia francesa. A OMC havia condenado a União Européia por se negar a importar dos Estados Unidos carne de vaca com hormônio. Assim, permitiu aos Estados Unidos taxar em 100% produtos de origem francesa, entre os quais estão o queijo roquefort. Apelamos em todos os níveis contra essa decisão na França e na Europa. Todos disseram que não havia nenhum recurso jurídico capaz de reverter essa situação. Preso, Bové comoveu o país ao preferir ficar trancafiado por 19 dias do que pagar fiança. Resultado: 81% dos franceses o apoiaram, segundo a revista Figaro Magazine.

afeta os operários da mesma forma, e é preciso unir todas as categorias na frente de resistência ao neoliberalismo.

O movimento liderado pelo camponês com sólida formação cultural⁴⁷³, explica que não prega vandalismo, mas a resistência em defesa da agricultura individual, que respeite equilíbrios naturais e melhor adaptada a pequenas explorações, em vez de imensas terras pertencente a empresas que visam apenas ao lucro.

Na visão desse grupo atuante, quem decide a política que os países devem seguir são organismos como a OMC e o FMI, mas as pessoas estão querendo reeditar os seus direitos políticos e começam a exigir que suas opiniões sejam levadas em conta pelos governos.

Neste contexto, é possível mencionar o pensamento de Georges Scelle. Na sua concepção,

Vê-se algumas vezes – e atualmente se torna cada vez mais freqüente – o Estado negligenciar a gestão de certos interesses coletivos de seus nacionais, seja porque a natureza desses interesses repugna a concepção que se faz de seu papel, em certo momento, seja porque os interesses se organizam a gestão dos seus interesses fora do Estado.⁴⁷⁴

O movimento também se estende às rodadas de negociações da OMC, considerado uma instituição que não tem legitimidade porque representa apenas as grandes empresas e não os pequenos agricultores que estão morrendo ao redor do mundo.

Em que pese a definição da doutrina tradicional de que os Estados, ou os órgãos supranacionais, como é o caso da CE, sejam os legítimos negociadores do acordo entre blocos regionais, o que se verifica no caso da negociação do acordo em questão é que a participação desses grupos de atores internacionais tem fomentado e conduzido fortemente as relações e do desenvolvimento da sociedade internacional.⁴⁷⁵

⁴⁷³ José Bové estudou filosofia em Bordeaux.

⁴⁷⁴ “*On voit pourtant parfois – et aujourd’hui cela devient de plus en plus fréquent – l’État négliger la gestion de certains intérêts collectifs de ses nationaux, soit que la nature de ces intérêts répugne à la conception qu’il se fait, à un moment donné, de son rôle, soit que les intéressés eux-même organisent en dehors de l’État la gestion de ces intérêts.*” In: SCELLE, 1923, p. 121.

⁴⁷⁵ É necessário distinguir a União Européia (UE) da Comunidade Européia (CE). Esta última é o resultado da assinatura do Tratado de Roma, de 1957, que criou os meios para o estabelecimento do mercado comum. A CE tem personalidade jurídica própria e trata, basicamente, da integração econômica. A UE engloba a CE, mas contém, além disso, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Cooperação sobre Justiça e Assuntos Internos, tendo introduzido modificações na própria CE, como os dispositivos para a União Monetária, para a Comunidade Européia do Carvão e do Aço

A proposta de participação de novos agentes no âmbito das negociações internacionais se identifica com os pensamentos do antiformalismo jurídico que admite que a estrutura normativa do direito internacional advém das necessidades das organizações sociais.

Nesta direção, George Scelle ressalta que os verdadeiros sujeitos de direito internacional são os indivíduos: “jamais se perde de vista que o elemento essencial para as diversas estruturas sociológicas é o indivíduo”⁴⁷⁶. O chefe de Estado é o instrumento e o agente do Direito Internacional, fazendo valer a vontade dos indivíduos. Assim, o direito, nada mais é do que a expressão da sociedade.

Ainda, nas palavras de Scelle,

A realidade é constituída de indivíduos, de relações que vão se estabelecer naturalmente entre esses indivíduos. Essas relações podem ser, muitas vezes, particularmente intensas, particularmente circunstanciais, particularmente desenvolvidas, enquanto que, em outras hipóteses, em outros meios sociais, essas relações entre indivíduos são episódicas e fragmentadas, até mesmo excepcionais.⁴⁷⁷

Assim, Scelle propõe que a coletividade, dada as suas circunstâncias, estabelecem sua própria ordem jurídica, descartando a centralização do Direito na figura do Estado. O indivíduo possui um papel fundamental na formação do Direito Internacional, assim, legitima a atuação dos agentes e dos movimentos sociais, que na sua visão condicionam as normas, refletindo a realidade e os anseios dos grupos sociais representados.

A agricultura, como já mencionado, é um dos principais pontos de entrave nas negociações entre o Mercosul e a CE. Os latino-americanos proclamam a liberalização comercial em favor de seus produtos, já os agricultores europeus insistem na permanência de parte dos subsídios que lhes são concedidos.

Os movimentos liderados pelos camponeses são os reflexos das idéias de um agrupamento da sociedade. Os protestos dos agricultores na França é um exemplo nítido

(CECA) e para a CEEA. A UE não tem personalidade jurídica e se serve ora da personalidade jurídica da CE, ora da personalidade jurídica dos seus Estados-membros.

⁴⁷⁶ “Jamais perdre de vue que l’élément essentiel des diverses structures sociologiques c’est l’individu”. In: SCELLE, 1934, p. 1-2.

⁴⁷⁷ “La réalité est constituée par les individus; des rapports vont naturellement s’établir entre ces individus. Ces rapports pourront être, parfois, particulièrement circonstanciés, particulièrement développés, alors que, dans d’autres hypothèses, dans d’autres milieux sociaux, ces rapports entre individus seront épisodiques, fragmentaires, voire même tout à fait exceptionnels” In: SCELLE, 1980, p. 360-361.

de que organizações sociais influenciam no movimento de retração ou desenrolar das negociações.

Os acordos comerciais e os atores que agem em seu interior são tão numerosos quanto são os problemas de natureza econômica do mundo moderno. Não há de se negar que a jogo político, seja ele exercido por micros ou macros grupos, é uma constante no universo internacional e exerce uma influência direta nas modificações do direito internacional.

A verdade é que a figura do Estado tende a ser amenizada por forças políticas mais atuantes e que melhor exprimem as necessidades econômicas e sociais de uma região, um país ou mesmo uma categoria. Em contra partida, os Estados passam a admitir a importância do papel dos novos agentes, compreendem que certos problemas seriam certamente mais bem resolvidos sem a colaboração dos demais agrupamentos da sociedade.

Considerações finais

O trabalho buscou contextualizar os movimentos camponeses no desenrolar da negociação do acordo entre Mercosul e CE, baseando-se na doutrina antiformalista jurídica fundamentada no indivíduo e na necessidade social como prerrogativa para o nascimento das diretrizes do acordo.

Diante dos panoramas analisado, constata-se que a agricultura é o principal foco de interesse do Mercosul nas negociações com a CE. O bloco sul-americano visa, em caráter prioritário, à questão de acesso ao mercado e à eliminação das barreiras comerciais do setor.

No entanto, são inúmeros os reflexos das medidas de proteção à agricultura, tanto para os países europeus, que elevam imensamente seu custo social, quanto para o Mercosul e demais países em desenvolvimento, que buscam constantemente, e muitas vezes de modo infrutífero, a aproximação do bloco.

Os grandes produtores da França, por exemplo, são os que mais recebem subsídios para a área agrícola e, portanto, o maior adversário de sua redução. Os franceses têm um longo histórico de interferência estatal sobre a agricultura – já no

período de Napoleão Bonaparte a produção de beterraba para a produção de açúcar foi subsidiada para garantir o abastecimento do produto frente ao bloqueio naval inglês.

Constata-se que o Estado incentiva e beneficia há séculos uma massa da sociedade em detrimento de outras, consideradas pelos poderes estatais potencialmente menores sobre o prisma econômico, mas que com o passar dos anos mostraram-se mais participativos na dinâmica internacional, condicionando os avanços e retrocessos de negociações e formulações de trocas comerciais.

Apesar do crescimento do comércio internacional e do acirramento das práticas desleais de comércio que ameaçam principalmente os produtores do bloco sul-americano pela fragilidade do seu sistema de defesa comercial, os movimentos sociais são mais ativos no continente europeu. Como mencionado durante o trabalho, o sindicato francês *La confédération paysanne* possui amplo desempenho nos fóruns de negociações internacionais. Espera-se que essa iniciativa fomente reações idênticas no âmbito do Mercosul.

O grande debate em torno do tema da agricultura, principalmente no âmbito da formulação do acordo surge, principalmente, entre os pequenos agricultores, sejam europeus ou mercosulinos, que vêm na conjuntura das negociações um importante momento para dialogar e refletir sobre os mecanismos de proteção do setor, buscando uma harmonização do comércio entre os blocos.

O protecionismo demasiado do setor exercido pelo bloco europeu ultrapassa as questões econômico-comerciais para tocar a esfera político-cultural. Quebrar este paradigma talvez seja o maior desafio não somente para o Mercosul, que busca um acordo, como também para todos os atores desse processo de negociação que buscam maior valorização e flexibilização das normas comerciais.

O acordo entre Mercosul e CE ainda não se concretizou e mas os movimentos que buscam maior equilíbrio nas negociações também não cessou. Não sobram outra alternativa aos 'novos atores' além de pressionar, negociar e prosseguir na estruturação de um Direito Internacional do comércio mais justo e benéfico a todos.

Referências

AMOROSO, Marcelo Vilela. *As relações entre o Mercosul e a União Européia: um novo diálogo entre blocos*. Informativo nº 6. jun.-jul. 1997. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2006.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O Direito Empresarial no Mercosul. *Revista Jurídica UNICOC*, Ribeirão Preto. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2007.

CASTILHO, Marta R. Acordo de Livre Comércio com a UE: a vulnerabilidade dos produtos industriais produzidos pelo Mercosul à competição européia. *Nova Economia*. Belo Horizonte: [s.n.], nº 15, p. 153-182, mai.- ago. 2005.

DROGUÉ, Sophie; RAMOS, Maria Priscila. L'accord UE-MERCOSUR: le blocage agricole. *La Chronique des Amériques*. Montreal, nº 22, jun. de 2005.

DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

GUESLIN, André; HERVIEU, Bertrand. Un syndicalisme agricole européen est-il possible? In: HERVIEU, Bertrand; LAGRAVE, Rose-Marie (Org.). *Les syndicats agricoles en Europe*. Paris: L'Harmattan, 1992.

IANNI, Octávio. A era do globalismo. In: OLIVEIRA, Flávia Arlanch Martins de (Org.). *Globalização, regionalização e nacionalismo*. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

LUQUINI, Roberto de Alemida. Evolução das relações entre a União Européia e a América Latina. In: DEL POZO, Carlos Francisco Molina; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata (Coord.). *Integração e Ampliação da União Européia: um modelo para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003.

LVBA. *Strube analisa potencial Mercosul-União Européia*. Disponível em: <www.lvba.com.br>. Acesso em: 3 jun. 2006.

OLIVEIRA, Marcos Aurélio Guedes de Oliveira. *Mercosul e política*. São Paulo: LTr, 2001.

PEÑA, Félix. Tem futuro a associação de Mercosul e União Européia? In: HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). *Anuário Brasil – Europa 2005*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

SCELLE, Georges. *Droit des Gens: principes et systématique*. v 2. Paris: Recueil Sirey, 1934.

SCELLE, Georges. Essai de systématique du droit international. In: *Revue générale du Droit international public*, 30, 1923.

STELZER, Joana. *União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

IUS GENTIUM

REVISTA VIRTUAL

TEORIA E COMÉRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL

VALLADÃO, Alfredo G.A. *O peso do setor agrário nas negociações sobre um tratado de livre comércio entre a União Européia e o MERCOSUL*. Berlin: FDCL –Forschungs – und Dokumentationszentrum Chile – Lateinamerika e.V., 2004.

WARNIER, Jean-Pierre. Tradução: Viviane Ribeiro. *A mundialização da cultura*. Bauru: EDUSC, 2000.

O RECONHECIMENTO DOS BLOCOS ECONÔMICOS COMO NOVOS ATORES DO DIREITO INTERNACIONAL

*Thalis Ryan de Andrade**

Resumo

Este trabalho busca identificar outros novos atores do Direito Internacional Econômico, além do reconhecimento da Comunidade Européia como único membro supra-estatal do direito institucionalizado pela OMC. Tal afirmação pode ser comprovada na medida em que o art. XXIV do GATT/1947 habilita os blocos econômicos de Estados soberanos na forma jurídica única de Áreas de Livre Comércio e Uniãos Aduaneiras. A permissão da reprodução destes acordos dentro do sistema multilateral de comércio e, inclusive, o prestígio que o reconhecimento destas áreas possui no Direito Internacional, põem em papel de destaque estas novas identidades, reorientando o paradigma de interdependência complexa que, até o GATT/1947, possuía como máxima personalidade os clássicos Estados soberanos.

Palavras-chave: Sujeitos de Direito Internacional; Novos atores; Regionalismo; Blocos Econômicos; OMC.

Resumen

Este trabajo búsqueda identificar otros nuevos actores del derecho internacional económico, allá del reconocimiento de la Comunidad Europea como único miembro supra-estatal del derecho institucionalizado por la OMC. Esta afirmación puede ser comprobable en la medida que el art. XXIV del GATT/1947 habilita los bloques económicos de Estados soberanos en la forma jurídica única de Áreas de Libre Comercio y Uniones Aduaneras. La permisión de reproducción de éstos acuerdos dentro del sistema multilateral de comercio y, inclusive, el prestigio que lo reconocimiento de estas áreas tienen en el derecho internacional, ponen en papel de destaque estas nuevas identidades, reorientando el paradigma de interdependencia complexa que, hasta el GATT/1947, poseía como máxima personalidad los clásicos Estados soberanos.

Palabras-clave: Sujetos de Derecho Internacional; Nuevos actores; Regionalismo; Bloques Económicos; OMC.

Abstract

This paper seeks to identify other new actors of international economic law, beyond recognizing of European Community as a single supra member-state by the WTO law. This assertion can be proven in that the art. XXIV of GATT/1947 enables trade blocs of sovereign states in single legal form of Free Trade Area and Custom Unions. The permission reproduction of these agreements within multilateral trade system and, even, the prestige that recognizing these areas have in the international law, put on highlight theses new entities, redirecting the interdependence complex paradigm that, until GATT/1947, had on sovereign states the maximum personality.

Keywords: International law subjects; New actors; Regionalism; Trade blocs; WTO.

* Mestrando em Direito, área de Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Introdução

O Acordo Geral de Tarifas de Comércio firmado em 1947 lançou as bases para o sistema multilateral hoje existente, pautando, como pilar básico de seu ideal liberal, a não discriminação, seja entre a origem de bens, seja entre membros signatários.

Por outro lado, restou negociada também a possibilidade de criar exceções à não discriminação entre membros para os acordos entre Estados que se enquadrassem nos requisitos do art. XXIV do GATT. Ainda que a inserção desta exceção no sistema multilateral seja de interesse duvidoso, o fato é que os membros cada vez mais se valeram da aplicação da exceção à nação mais favorecida, criando-se diversos acordos preferenciais de comércio⁴⁷⁸.

Este panorama é representado pelos 380 acordos deste tipo notificados ao GATT/OMC até o momento, sendo 300 deles realizados sob a exceção do artigo XXIV do GATT/1947. Assim, a exceção tem se tornado a regra ao se constituir num fator que tem modificado completamente a eficácia da cláusula de não discriminação entre membros.

Neste sentido, a proliferação destes acordos tem despertado estudos sobre o tema que, inclusive, questionam o futuro da OMC nos dias de hoje. Esta dúvida não diz respeito à existência da OMC – pois países membros não irão dispensar os avanços obtidos pela organização, tampouco seus acordos – mas sim, na redefinição da instituição quanto à leitura deste novo movimento que emerge e do seu papel na condução de uma liberalização comercial mais justa.

Exemplo desta necessidade de mudança advém do nebuloso estágio das negociações da Rodada de Doha, que há mais de seis anos não consegue aliar interesses entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, o que enseja cada vez mais a liberalização pela via regional. Neste aspecto, vale ressaltar que a ampla margem de êxito de celebração destes acordos e os motivos para sua realização vêm erguendo uma

⁴⁷⁸ Enquanto a doutrina clássica trabalha com a noção de “sujeitos de direito internacional”, este trabalho procura identificar outros atores regionais além deste grupo. Neste sentido, o trabalho pesquisa uma categoria subsidiária de “atores”, que se constituem de entes que interagem no âmbito do direito internacional sem que lhes sejam atribuída personalidade jurídica internacional, tais como Uniões Aduaneiras e especialmente, Áreas de Livre Comércio.

nova e definitiva configuração das relações econômicas internacionais do novo milênio, o que demanda uma imediata atenção dos membros da OMC.

Em meio a este cenário, a exemplo do ocorrido com as Comunidades Européias, o sistema multilateral de comércio permite a identificação destes blocos econômicos como membros OMC, facultando, assim, a atuação conjunta de Estados soberanos no assimétrico tabuleiro comercial internacional, fato que pode em muito contribuir para uma maior inserção dos países em desenvolvimento na economia mundial.

Além disso, o atual estágio do fenômeno da globalização de mercados fomenta estágios de integração em diversos níveis, exigindo uma releitura do cenário multilateral da interdependência entre os clássicos atores da cena internacional para um ambiente onde o Estado-nação não dialoga mais sozinho na economia mundial, mas sim, coabitam blocos econômicos como uma interface estratégica, que repercute na ordem econômica internacional.

Com base no propósito de identificar estes outros níveis de acordos regionais de comércio como uma nova personalidade operacional no Direito Internacional Econômico, este artigo lança bases para uma idéia em construção: a da readequação do paradigma da interdependência econômica à atuação das coalizões econômicas existentes e que estão por vir.

1. A erosão da não discriminação do comércio internacional e o surgimento de atores regionais

A partir do momento em que os 23 membros assinaram o Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT/1947), estes países passaram a reduzir as barreiras tarifárias existentes entre si⁴⁷⁹. O crescente êxito deste sistema multilateral ao longo dos

⁴⁷⁹ Vale destacar que este protecionismo era motivado pela política protecionista pós-guerra. Nesta medida, o desfecho da segunda guerra mundial levou os países vencedores a se reunirem numa fazenda em Bretton Woods (New Hampshire, EUA) para instituírem órgãos reguladores da economia internacional. Ao final do encontro, consentiram em criar três instituições: um fundo monetário que pudesse resguardar as economias nacionais contra as crises cambiais (FMI); um banco que financiasse a reconstrução européia e o desenvolvimento (Banco Mundial – BIRD); e, uma organização internacional que regulamentasse os fluxos comerciais (OIC). Baseada na recomendação sobre as relações de comércio aprovada em Bretton Woods e na disposição manifestada pelos principais governos presentes na cidade norte-americana, em 1945 o governo dos Estados Unidos lançou a idéia

anos se refletiu pela adesão maciça de membros ao acordo que, confiantes na tese ricardiana subjacente, vislumbraram na liberalização do comércio mundial benefícios para todos os países⁴⁸⁰.

Esta teoria foi – e ainda é – a justificativa para as trocas comerciais entre os Estados, aumentando a razão para que negociem, discutam, façam acordos, enfim, sejam cúmplices⁴⁸¹ no ambiente do Direito Internacional Econômico. Segundo Patrick Juillard e Dominique Carreau, este Direito Internacional Econômico enseja a interdependência e gera uma expansão em detrimento da idéia de proteção que o Direito Internacional Público apregoa. Em outras palavras, o Direito Internacional é um direito de proteção e repousa na idéia de preservação da independência política dos Estados. Por sua vez, o Direito Internacional Econômico é um direito de expansão e repousa na idéia de enriquecimento dos Estados como um fim legítimo, e que este enriquecimento é

de uma conferência voltada a aprofundar a análise sobre a expansão do comércio internacional (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Emprego), assim como a viabilidade da instituição especializada em relação de comércio. A comissão deveria preparar uma Carta (Carta de Havana), mas os debates e votações realizados no âmbito da comissão foram marcados por um clima nada ameno, principalmente pela postura imprevisível dos Estados Unidos (promotor da Conferência). Temendo pelo pior, o Secretário Geral das Nações Unidas conseguiu que os países aprovassem antecipadamente o art. 17 da Carta que versava sobre a redução tarifária mediante negociações, “salvando” parte do documento que mais tarde não seria aprovado. Por cerca de meio século este dispositivo conseguiu sustentar boa parte das negociações comerciais multilaterais. Esta espécie de medida provisória viria a se tornar o GATT 1947, possibilitando a redução tarifária no comércio visível (de bens) por meio das rodadas multilaterais. (DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 119-123).

⁴⁸⁰ Em simples termos, o economista inglês David Ricardo escreveu em 1817 sua obra prima “Princípios da economia política e tributação” (*Principles of political economy and taxation*), onde, tomando como exemplo hipotético o comércio entre Portugal e Inglaterra, demonstrou que as duas nações poderiam se beneficiar do livre comércio, ainda que um país fosse menos eficiente na produção de todos os tipos de bens que o outro. Ricardo sustentava que nem a quantidade de dinheiro em um país, nem o valor monetário desse dinheiro era o maior determinante para a riqueza de um Estado, pois um Estado seria rico em virtude da abundância de mercadorias que contribuam para a comodidade e o bem-estar de seus habitantes.

⁴⁸¹ Apesar de a realidade destes escritores não corresponder à atual, vale destacar que já no século XVIII, os iluministas Montesquieu e Kant escreveram sobre seu ideal utópico-cosmopolita, relacionando o comércio entre Estados com o fim das guerras. O primeiro afirmou que “o efeito natural do comércio é trazer a paz. Duas nações que comerciam juntas tornam-se reciprocamente dependentes; se uma tem interesses em comprar, a outra tem em vender; e todas as uniões estão baseadas nas mútuas necessidades”. (MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. (Brasília: UnB, 1982, p. 358). Por sua vez, o filósofo alemão pôs em termos explícitos que “é o espírito comercial que não pode coexistir com a guerra que, mais cedo ou mais tarde, se apodera de todos os povos. Porque entre todos os poderes (meios) subordinados ao poder do Estado, o poder do dinheiro é sem dúvida o mais fiel, os Estados vêem-se forçados (claro está, não por motivos da moralidade) a fomentar a nobre paz e a afastar a guerra mediante negociações sempre que ela ameaça rebentar em qualquer parte do mundo, como se estivessem por isso numa aliança estável, pois as grandes coligações para a guerra, por sua natureza própria, só muito raramente podem ocorrer e ainda com muito menos freqüência ter êxito”. (KANT, Immanuel. *A Paz perpétua e outros opúsculos* (1795), Lisboa: Edição 70, 2002, p. 149).

necessário para o estabelecimento de relações de interdependência econômica entre as nações⁴⁸².

Este ordenamento jurídico interdependente e expansionista que se erguia na metade do século XX tinha como sustentáculo a cláusula de não discriminação, princípio que se subdividia em não discriminação entre membros contratantes (Cláusula de Nação Mais Favorecida – art. I, GATT/1947)⁴⁸³ e não discriminação acerca da origem de bens entre os membros (Cláusula do Tratamento Nacional – art. III, GATT/1947)⁴⁸⁴.

A idéia de não discriminação, que teve remota origem no comércio internacional⁴⁸⁵, estendia as preferências somente aos entes estatais, não considerando

⁴⁸² CARREAU, Dominique; Patrick, JUILLARD. *Droit International Économique*. 4ª ed., Paris: LGDJ, 1998, p. 9.

⁴⁸³ Art. I.1, GATT/1947, parte final: “qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por uma parte contratante a um produto originário de outro país ou destinado a ele, será concedido imediata e incondicionalmente a todo produto similar originário dos territórios de todas as demais partes contratantes ou a elas destinado” (tradução do autor). O tratamento da Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF) prescreve que o membro contratante que garanta um tratamento favorável a outro membro, estenda esta preferência aos demais membros contratantes. Neste sentido, ao membro não é permitido discriminar entre seus parceiros comerciais, por exemplo, dando a produtos importados de alguns países tratamento mais favorável ao acesso a seu mercado do que o tratamento acordado para a entrada do mesmo produto oriundo de outros membros. Na opinião de Van den Bossche, a Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF) é a regra mais importante no comércio internacional, de modo que sem ela, o comércio multilateral poderia não existir. (VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law of the World Trade Organization*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 40). Para Jackson, o princípio consubstancia a idéia básica de que o comércio mundial deve ser realizado com o mínimo possível de discriminação entre os países, de modo a facilitar comércio, reduzir os custos de transação (tais como determinação de origem de mercadorias), e reduzir tensões, permanecendo a NMF um dos pilares centrais do sistema multilateral. (JACKSON, John H. *The jurisprudence of GATT & the WTO*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 101).

⁴⁸⁴ Art. III.4, GATT/1947, primeira parte: “os produtos do território de toda parte contratante importados no território de qualquer outra parte contratante não deverão receber um tratamento menos favorável que o concedido aos produtos similares de origem nacional, no concernente a qualquer lei, regulamento ou prescrição que afete a venda, a oferta para a venda, a compra, o transporte, a distribuição e o uso destes produtos no mercado interior” (tradução do autor). É importante destacar que à época do GATT/1947, esta regra só valia para produtos, uma vez que os serviços e prestadores de serviços só foram incluídos ao final da Rodada Uruguaí em 1994.

⁴⁸⁵ O primeiro exemplo da cláusula NMF foi quando o Rei Henrique V da Inglaterra assinou um tratado (tratado para intercâmbio de mercadorias com Flandres em 17 de Agosto de 1417) com o Duque João de Burgundi em Amiens [França], de acordo com os navios Ingleses foram garantidos o direito de usar os portos de Flandres da mesma maneira que os franceses, holandeses, escoceses e o povo do principado de “sealand”. (Kramer, 1989, p. 478). Foi somente no século dezessete que o ponto de referência para a NMF deixou de ser limitado a um restrito número de países, aplicando-se a terceiros Estados. Um exemplo é o tratado datado de 16 de Agosto de 1692 entre a Dinamarca e a Liga Hanseática. O primeiro tratado de comércio moderno que incluiu a cláusula da NMF incondicional foi o tratado de Cobden em 23 de Janeiro de 1860 entre Reino Unido e França. Mais tarde, em Março de 1929, o Conselho da Liga das Nações adotou um modelo de cláusula da nação mais favorecida para tarifas. Após a Segunda Guerra Mundial, o estandarte da NMF foi reavivado na negociação da Carta de Havana. Além disso, o GATT 1947 continha o compromisso mais clássico da NMF em seu art. I

quaisquer outros sujeitos de Direito Internacional. Esta regra que a longa data visava não discriminar os Estados na prática do comércio internacional foi explicitamente incorporada pelo Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT/1947) e evoluiu no sentido de buscar cada vez mais reduzir as barreiras que surgiam ao comércio entre os membros, aproximando fronteiras que outrora foram muito bem delimitadas⁴⁸⁶. No entanto, ainda que a idéia de o benefício concedido por um membro a outro fosse estendido automaticamente para todas as partes contratantes do acordo, nem todas as preferências concedidas pelos Estados foram multilateralizadas. Isto porque o artigo XXIV do GATT excepcionou a cláusula de não discriminação.

Segundo Kerry Chase, esta regra foi incorporada no GATT/1947 como medida a legitimar alguns interesses surgidos no pós-guerra, como as aspirações americanas para promoção da integração européia e esforços para persuadir países em desenvolvimento a endossar a Carta de Havana. Além disso, o art. XXIV teria o condão de acomodar um tratado de comércio que os EUA tinham secretamente alcançado com o Canadá. Como resultado, a exceção da Área de Livre Comércio estaria contemplada no regime GATT/OMC, mesmo que a Carta de Havana e o acordo para a Área de Livre Comércio entre EUA e Canadá não tivessem sido ratificados⁴⁸⁷.

Sem incursionar no debate fático que teria promovido a inclusão da exceção do art. XXIV no sistema multilateral de comércio em 1947, o fato é que esta ressalva foi amplamente utilizada ao longo do século e tolerada na Rodada Uruguai (1986-1994), sendo inclusive acolhida no Entendimento sobre a aplicação do art. XXIV. Na opinião de Julio Muró, as conclusões obtidas na Rodada demonstram inequivocamente a

(Kramer, 1989). Em relação ao investimento, o desenvolvimento da NMF se tornou comum nos anos 1950 com a conclusão dos acordos internacionais de investimentos, incluindo os Tratados Bilaterais de Investimentos (TBIs). O padrão NMF foi incluído nestes acordos desde o começo e, portanto, o padrão NMF é mais velho que a provisão paralela do tratamento nacional, cuja qual é encontrada neste formato, dentro da maioria dos Tratados Bilaterais de Investimentos (TBIs), somente mais tarde. (KRAMER, Stefan. *Die Meistbegünstigung*, Recht der internationalen Wirtschaft, 6, 1989, p. 473-481 *apud* UNCTAD, *Most Favoured Nation*, New York: Geneva, 1999, p. 17).

⁴⁸⁶ Vide nesta edição AMARAL, Renata Vargas. *A desconstrução da soberania dos Estados e o surgimento de Novos Atores no Direito Internacional*.

⁴⁸⁷ Vide CHASE, Kerry. *Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV*. World Trade Review: Cambridge, 2006. Sobre o caso da formação da União Européia, Jackson destaca que o forte objetivo político era visto como um início da integração das instituições econômicas européias (a Comunidade do Carvão e do Aço de 1952 e o Tratado de Roma de 1957) relacionados ao importantíssimo objetivo de prevenir a III Guerra Mundial, e particularmente prevenir conflito entre França e Alemanha. Em outros blocos regionais, objetivos políticos podem não serem tão óbvios, mas eles certamente existem como pano de fundo. (JACKSON, 2002, p. 100).

intenção dos participantes de que a OMC e o regionalismo possam coexistir sem que ocorram conflitos traumáticos entre estas regras. Não poderia ser de outra maneira, vez que a maioria dos países intervenientes nas negociações pertenciam a algum mecanismo de integração regional. Além disso, o Entendimento sobre o artigo XXIV é um presságio de que os mercados comuns e as zonas de livre comércio alcançaram um reconhecimento formal de sua compatibilidade com a OMC, coisa que não se obteve com o GATT/1947⁴⁸⁸.

Desta forma, o artigo XXIV do GATT criou exceções em relação ao pilar básico do sistema multilateral do comércio, permitindo que países criassem certos tipos de arranjos preferenciais de comércio quando os integrantes da área tentassem genuinamente desenvolver livre comércio dentro do bloco⁴⁸⁹. Neste sentido, dispõe o art. XXIV.1:

1. As disposições do presente Acordo se aplicarão aos territórios aduaneiros metropolitanos das partes contratantes, assim como a qualquer outro território aduaneiro com respeito ao qual se tenha aceitado o presente Acordo de conformidade com o artigo XXVI ou se aplique em virtude do artigo XXXIII ou de conformidade com o Protocolo de aplicação provisória. *Cada um destes territórios aduaneiros será considerado como se fosse parte contratante, exclusivamente aos efeitos da aplicação territorial do presente Acordo*, a ressalva de que as disposições deste parágrafo não se interpretem no sentido de que criem direitos nem obrigações entre dois ou mais territórios aduaneiros em respeito aos quais tenham sido aceito o presente Acordo de conformidade com o artigo XXVI ou se aplique em virtude do artigo XXXIII ou de conformidade com o Protocolo de aplicação provisória por uma só parte contratante⁴⁹⁰. [grifou-se]. (tradução do autor).

Esta permissão do acordo reconheceu expressamente os territórios aduaneiros como parte contratante ao acordo, isto é, como sujeito do Direito Internacional constante no GATT. Esta exceção refletiu-se na reprodução desenfreada destas áreas que podem esvaziar o próprio sentido da Cláusula de Nação Mais Favorecida. Segundo dados da própria organização, cerca de 380 Acordos Regionais de

⁴⁸⁸ MURÓ, Julio A. Lacarte. *Ronda Uruguay del GATT: La globalización del comercio mundial*. Fundación de Cultura Universitária, 1994, p. 365.

⁴⁸⁹ JACKSON, 2002, p. 101.

⁴⁹⁰ Do original, “1. The provisions of this Agreement shall apply to the metropolitan customs territories of the contracting parties and to any other customs territories in respect of which this Agreement has been accepted under Article XXVI or is being applied under Article XXXIII or pursuant to the Protocol of Provisional Application. Each such customs territory shall, exclusively for the purposes of the territorial application of this Agreement, be treated as though it were a contracting party; Provided that the provisions of this paragraph shall not be construed to create any rights or obligations as between two or more customs territories in respect of which this Agreement has been accepted under Article XXVI or is being applied under Article XXXIII or pursuant to the Protocol of Provisional Application by a single contracting party”.

Comércio foram notificados à OMC até Julho de 2007, sob os seguintes fundamentos: 300 foram realizados sob a autorização do artigo XXIV do GATT 1947 e 1994; 22 sobre a cláusula de habilitação; e 58 sobre o artigo V do GATS. Na mesma data, 205 acordos estavam em vigor. Se forem somados os Acordos Regionais de Comércio que estão em vigor (mas ainda não foram notificados), mais aqueles assinados (que ainda não estão em vigor), bem como aqueles que estão sendo negociados, e também os que estão sendo propostos, tem-se aproximadamente cerca de 400 Acordos a serem implementados até 2010! Desses Acordos Regionais, os acordos de livre comércio e acordos parcialmente de livre comércio representam mais de 90%, enquanto Uniões Aduaneiras somam pouco menos de 10%⁴⁹¹.

Esta problemática foi sentenciada pela OMC no sentido de que a cláusula de Nação Mais Favorecida (NMF) não é mais uma regra, mas sim quase uma exceção (apesar de muito do comércio entre as grandes economias ser ainda feito sob a base da NMF). Entretanto, o que tem sido denominado de ‘spaghetti bowl’ de Uniões Aduaneiras, mercados comuns, Áreas de Livre Comércio regional e bilateral, preferências e uma miscelânea de acordos de comércio têm quase alcançado o ponto de tornar o tratamento da NMF um tratamento excepcional. Certamente, seria melhor denominar o termo de tratamento da Nação Menos Favorecida⁴⁹².

Ademais, como bem destaca o relatório de 2007 da Conferência das Nações Unidas em Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)⁴⁹³, por meio deste instrumento jurídico os países em desenvolvimento procuram integrar-se na economia mundial na expectativa de que isso os ajude a acelerar seu crescimento e produtividade, bem como melhorar o bem-estar de seu povo por meio do incremento do comércio, tecnologia e fluxos de investimento. Neste sentido, a incapacidade de as instituições financeiras internacionais em lidar com as crises financeiras do final dos anos 90 trouxe os acordos regionais a um lugar de maior destaque na agenda internacional do desenvolvimento. Mais ainda, o fato de as regras multilaterais poderem conduzir a um estreitamento do espaço político nacional dos países em desenvolvimento, permite que a cooperação

⁴⁹¹ WORLD TRADE ORGANIZATION, *Regional trade agreements*, 2007. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em 20 de nov. 2007.

⁴⁹² WORLD TRADE ORGANIZATION. *The future of the WTO: Addressing Challenges in the new millennium*. Switzerland: WTO, 2004, p. 19. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em 10 de out. 2007.

⁴⁹³ *United Nations Conference on Trade and Development*

econômica regional seja capaz de trazer alguns elementos a melhor ajudar estes países na globalização, a exemplo de estruturas regionais que preencheriam lacunas nas estruturas de governança da economia global⁴⁹⁴.

Outro fator que contribui para este fenômeno se deve ao impasse da última Conferência Ministerial iniciada em 2001 em Doha, (Rodada do Desenvolvimento) que ainda não alcançou um desfecho exitoso para os países em desenvolvimento que constituem cerca de 2/3 dos membros da OMC.

Esses são alguns elementos que têm contribuído para que a cooperação econômica regional (em diversas formas e graus de profundidade) tenha ganho relevo na agenda internacional. Essa descrença de países em desenvolvimento quanto ao êxito da rodada multilateral parece ainda legitimar a criação de blocos econômicos regionais como verdadeiros elementos atuantes no Direito Internacional da OMC. Aliás, a tolerância (ou revalorização) destas áreas reforça a idéia de que os Estados criam (por meio da assinatura de blocos econômicos) instituições jurídicas de grau menor que atuam dentro de instituição jurídica mais ampla que é a OMC. Isto permite inferir que, destes acordos, surge novos atores das Relações Econômicas Internacionais na medida em que estes membros ganham um reconhecimento *sui generis* dentro deste específico ramo do Direito Internacional Público, que é o Direito Internacional Econômico⁴⁹⁵.

Vale à pena, então, discorrer acerca dos distintos níveis de integração que permitem que blocos econômicos e Estados nacionais coabitem no espaço jurídico do Direito Internacional Econômico.

⁴⁹⁴ UNCTAD. *Trade and Development Report – Overview*. New York: United Nations, 2007, p. 7-8.

⁴⁹⁵ Sobre esta dicotomia, Pellet, Daillier e Dinh levantam a questão de ver no direito das relações econômicas internacionais um ramo particular do Direito Internacional Público, uma matéria específica ou a *fortiori* um conjunto normativo suficientemente coerente para ser objeto de uma sistematização inédita. Segundo os autores, é possível identificar facilmente a dimensão econômica das atividades humanas, mas, apesar de haver um núcleo duro das atividades econômicas (produção, troca de bens e serviços), é impossível delimitar cientificamente a matéria econômica. Filiando-se à Prosper Weil (*Le droit international économique, mythe ou réalité*, in *Aspects du droit international économique*, Colloque d'Orléans de la S.F.D.I., Pédone, 1972, p. 34) consideram que sobre o plano científico, o Direito Internacional Econômico não constitui senão um capítulo entre outros do direito internacional geral. (PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick, *Direito Internacional Público*, 2.ed., Trad. Vitor Marques Coelho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 1057).

2. Blocos econômicos como sujeitos do sistema multilateral de comércio

Visto que a exceção do art. XXIV do GATT/1947 constitui o suporte jurídico para o reconhecimento dos blocos econômicos no Direito Internacional do sistema multilateral de comércio, vale lembrar que os estágios de integração econômica destes blocos são classificados de acordo com o grau de abertura e harmonização dos elementos econômicos adotados pelos Estados participantes:

<i>Estágio de Integração</i>	<i>Características</i>
Área de Livre Comércio	Estabelece o livre comércio entre os membros
União Aduaneira	Além do livre comércio entre os membros, possuem um requinte de supra-nacionalidade representado pela adoção de uma política externa comum quanto às tarifas (TEC)
Mercado Comum	Além da livre circulação de bens e serviços, detém a livre a circulação de fatores de produção como trabalho e capital
União Econômica	Além dos elementos anteriores, possui uma harmonização da política econômica nacional entre os Estados partes, como, e.g., uma moeda comum
Integração Política ⁴⁹⁶	Todas as matérias envolvidas sobre política econômica são conduzidas por uma entidade supranacional

Sem dúvida, a Comunidade Européia (CE) é o bloco econômico de maior êxito e profundidade regional. Nesta medida, a CE acedeu à OMC sob disposição

⁴⁹⁶ Este estágio de integração política não é unânime na doutrina uma vez que a soberania, neste caso, não seria mais partilhada, mas sim, compartilhada, uma vez que a fusão entre os Estados membros e a entidade por eles constituída (federação ou confederação) passam a revestir a mesma soberania, de modo a não mais existir independência estatal no plano econômico, jurídico, tampouco político. A independência talvez subsista somente no plano cultural.

específica do art. XI do Acordo da OMC⁴⁹⁷, permitindo que o bloco econômico europeu dialogasse, em nome destes países, no âmbito do Direito Internacional da OMC⁴⁹⁸.

Valendo-se amplamente do regionalismo como instrumento de realização da política comercial dos membros da OMC em detrimento do cenário multilateral, outros Estados membros da OMC também passaram a erguer, no plano econômico, identidades diversas das personalidades jurídicas estatais. Isso porque, como o próprio texto do artigo XXIV GATT/1947 apregoa, no âmbito de política comercial, algumas instâncias específicas podem ser citadas para evitar algumas das implicações dos conceitos de soberania.

Sobre o tema, Jackson reforça que o critério para acesso como membro do Acordo Geral de Tarifas de Comércio, e agora OMC, não está limitado a uma entidade soberana, mas, pelo contrário, abrange Estado ou territórios aduaneiros autônomos detentores de completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas⁴⁹⁹.

Dispõe o art. XII.1 do acordo da OMC que trata da adesão à organização:

Todo Estado ou território aduaneiro distinto que desfrute de plena autonomia na condução de suas relações comerciais exteriores e nas demais questões tratadas no presente Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais poderá aderir-se ao presente Acordo em condições que haverá de convir com a

⁴⁹⁷ Art. XI, Acordo OMC: Membros iniciais 1. As partes contratantes do GATT de 1947 na data de entrada em vigor do presente Acordo, e as Comunidades Européias, que aceitem o presente Acordo e os Acordos Comerciais Multilaterais e para as quais se anexem Listas de Concessões e Compromissos ao GATT de 1994, e para as quais se anexem Listas de Compromissos Específicos ao GATS, passarão a ser Membros iniciais da OMC.

⁴⁹⁸ Segundo Van den Bossche, as Comunidades Européias e todos os seus Estados-membros da União Européia são membros da OMC. Isso decorre da divisão de competência entre as Comunidades Européias e os Estados Membros em várias áreas cobertas pelo acordo OMC (comércio de bens, serviços, proteção da propriedade intelectual). Como é claro dos artigos IX, XI e XIV do acordo OMC, as Comunidades Européias (e não a Comunidade Européia ou União Européia), é que é membro da OMC. Tal fato ocorre em razão de que, ao tempo das negociações para acesso, não estava claro se a Comunidade Européia (uma dessas três comunidades) possuía a competência necessária para concluir o acordo OMC. Na opinião 1/94, a Corte Européia de Justiça (CEJ) estabeleceu que, das então três comunidades (CE, CECA e Euratom), só a Comunidade Européia (CE) precisava estar envolvida na OMC. Entretanto, a clarificação da CEJ sobre a situação legal não veio a tempo da assinatura do acordo OMC. Assim, as comunidades européias e os Estados membros da União Européia são membros plenos da OMC e as obrigações do acordo se aplicam igualmente à todos. (VAN DEN BOSSCHE, Peter. *Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 105-106).

⁴⁹⁹ JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 69. Apesar de não serem Estados, mas territórios aduaneiros separados, são membros da OMC: Hong Kong, China (comumente referida como Hong Kong), e os territórios aduaneiros separados de Taiwan, Penghu, Kinmen e Matsu (comumente referida como Taipé Chinesa).

OMC. Essa adesão será aplicável ao presente Acordo e aos Acordos Comerciais Multilaterais anexos ao mesmo⁵⁰⁰. (tradução do autor).

Neste sentido, outros grupos (formais ou informais) e alianças são distinguíveis dentro da OMC. Alguns deles se formaram por interesses comuns, onde coordenam (ou tentam coordenar) posições e, quando apropriado, se manifestam em uníssono. Dentre estes blocos pode se citar a ASEAN⁵⁰¹, CARICOM⁵⁰², ACP⁵⁰³. No entanto, apesar dos esforços de integração econômica regional, NAFTA⁵⁰⁴ e MERCOSUL⁵⁰⁵ não têm se manifestado como uma voz única dentro da OMC⁵⁰⁶. Por outro lado, o bloco econômico do MERCOSUL tem se apresentado como um ator em negociações bilaterais com outros Estados soberanos e, ainda, com outros blocos econômicos⁵⁰⁷.

Sobre a estrutura institucional destes blocos, é interessante notar que estes atores possuem mecanismos próprios relacionados à solução de controvérsias. Aliás, desde que a frustração com o GATT vem sendo um dos motivos para a celebração de acordos preferenciais, Jackson lembra que não é surpresa encontrar diferentes procedimentos em alguns acordos⁵⁰⁸.

Apesar de nenhum outro bloco econômico ostentar a sofisticada estrutura institucional e profundo nível de integração que a Comunidade Européia possui, a política tarifária externa comum das Uniões Aduaneiras é uma importante manifestação exterior que é reconhecida por todos os membros da comunidade econômica internacional. Este ato externo, ainda que limitado ao campo das tarifas, era, antes do

⁵⁰⁰ Do original, "1. Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. Such accession shall apply to this Agreement and the Multilateral Trade Agreements annexed thereto".

⁵⁰¹ *Association of South East Asian Nations*.

⁵⁰² *The Caribbean Community*.

⁵⁰³ *African, Caribbean and Pacific Group*.

⁵⁰⁴ *North America Free Trade Agreement*. Pela doutrina clássica, a Área de Livre Comércio do NAFTA não possui personalidade jurídica de direito internacional e não é um membro da OMC.

⁵⁰⁵ O art. 34 do Protocolo de Ouro Preto conferiu ao MERCOSUL a Personalidade Jurídica de Direito Internacional, no entanto, o bloco econômico até o momento não aderiu à OMC como membro.

⁵⁰⁶ VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 107.

⁵⁰⁷ Mercosul tem negociado com Comunidade Andina, União Européia, União Aduaneira da África Austral (SACU), Índia, Egito, Marrocos, Israel, Conselho de Cooperação do Golfo (CCG), Associação Européia de Livre Comércio (AELC). (BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mercosul e integração regional*. Disponível em <www.mre.gov.br>. Acesso em 23 nov. 2007).

⁵⁰⁸ JACKSON, 2002, p. 105.

GATT/1947, apenas reconhecido em nível de Estados. Todavia, hoje, Uniões Aduaneiras e Áreas de Livre Comércio extrapolam a clássica noção de soberania de maneira que estas entidades podem ser admitidas, inclusive, como atores da Organização Mundial do Comércio, faculdade positivada no art. XII do acordo de Marraqueche que estabelece a organização⁵⁰⁹.

Em grau menos avançado – e de demonstração mais complexa – encontram-se os projetos e acordos de integração econômica que estão em estágio inicial (e.g., Áreas de Livre Comércio). Apesar da ausência, em tese, de uma manifestação formal de um ato jurídico de Direito Internacional, estas uniões não se acomodam como simples acordos, podendo alcançar o *status* de instituições jurídicas e, por conseguinte, de sujeitos de Direito Internacional Econômico da OMC. Isso porque os 152 membros participantes da organização, ao permitirem a discriminação de blocos por força do art. XXIV do GATT, acabam por reconhecer entidades regionais contratantes naquele plano jurídico internacional, distintas dos Estados-membros. Ainda que sua personalidade seja apenas para efeitos de discriminação e não para intervenção formal nas negociações, toda instituição deste gênero é uma verdadeira realidade social, uma entidade fechada, diferente dos Estados (indivíduos) que dela fazem parte, possuindo uma “personalidade própria“, ou ao menos uma personalidade potencial⁵¹⁰.

Além disso, ainda que não exista uma expressão de vontade externa concertada entre seus membros, a vontade interna representada pelas cláusulas do acordo de livre comércio entre os Estados-membros reflete-se sobremaneira no plano internacional, seja por motivar outros Estados a celebrarem acordos⁵¹¹, seja por dispersar no plano internacional os parâmetros normativos que novos tratados de

⁵⁰⁹ O Art. XII do acordo de Marraqueche, que trata da adesão à OMC, prescreve que “Todo Estado ou território aduaneiro distinto que desfrute de plena autonomia na condução de suas relações comerciais exteriores e nas demais questões tratadas no presente Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais poderá aderir-se ao presente Acordo em condições que terão de convir com a OMC. Essa adesão será aplicável ao presente Acordo e aos Acordos Comerciais Multilaterais anexos ao mesmo”. (tradução do autor).

⁵¹⁰ ROMANO, 2006, p. 52.

⁵¹¹ A título de exemplo, os acordos de livre comércio entabulados entre os EUA e países em desenvolvimento têm ensejado uma corrida pela assinatura de tratados deste mesmo tipo. Por outro lado, as cláusulas estabelecidas nos acordos vêm se constituindo num novo parâmetro de comércio, que engloba questões de proteção rígidas a investimentos, *dumping* social, direitos de propriedade intelectual, etc. (ANDRADE, Thalís Ryan. *O formato dos acordos bilaterais entre os países latino-americanos e os Estados Unidos: uma barganha positiva?* Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 62 jan-mar, São Paulo: RT, 2008, no prelo).

comércio deverão assumir⁵¹². Esta Área de Livre Comércio merece ser considerada como um ator de direito internacional por conta de dois aspectos: este ordenamento se relaciona com o exterior, o que evidencia uma “individualidade subjetiva” a sua qualidade de pessoa jurídica; e do ponto de vista da sua vida interior, se descobre sua “individualidade objetiva”. Esta última se traduz na sua autonomia capaz de fazer da instituição corporativa uma fonte originária criadora de três formas de direito: disciplinar, consuetudinário e estatutário (legal)⁵¹³.

A respeito deste binômio interno/externo, Elizabeth Accioly lembra também que o fenômeno da globalização é que traz à tona o desafio da dicotomia da soberania interna e externa na medida em que o Estado, tradicional sujeito de Direito Internacional e principal atuante da ordem respectiva, sofre efeitos da ‘era da história global’, onde cada fato se projeta para além de suas fronteiras repercutindo nas diversas partes do mundo:

A soberania interna – ou seja, o seu relacionamento com o Estado e a sociedade civil – é afirmada quando o governo detém o monopólio, a autonomia de poder legítimo sobre uma gama de atividades sociais, incluindo as econômicas, nos limites de seu território. E esse poder é expresso, conforme conceitua Max Weber, nas estruturas nacionais jurídicas, administrativas e políticas que determinam políticas públicas. Com relação à economia, a soberania interna é exercida quando os governos cobram impostos ou regulamentam atividades do setor privado.

No aspecto externo, a soberania se manifesta no relacionamento, na coordenação horizontal entre Estados, quando não há nenhum poder acima deles. Por isso, no dizer de Thomas Hobbes, a anarquia é a regra do sistema internacional. *No que se refere à economia, a soberania externa é exercida quando, por exemplo, os países impõem tarifas e alteram suas taxas de câmbio.*

Ora, na medida em que a globalização avança, assiste-se a uma mudança da Geografia Política para a Geografia Econômica. A figura da delimitação fronteiriça entre os Estados vai cedendo lugar à Geografia Econômica, em que empresas transnacionais vão se instalando aleatoriamente nos Estados, integrando e interligando os mercados, nos quais o que se busca, primordialmente, são regimes tributários e trabalhistas mais favoráveis, em

⁵¹² Neste sentido, cumpre destacar a noção de instituição jurídica elaborada por Santi Romano, o qual entende que a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo, comparando-se a um Estado. Para que este simples “acordo” entre Estados se torne uma instituição jurídica e transponha esta mera relação contratual, é necessário que estes acordos preferenciais não se limitem a constituir uma relação que se mova, em todos os seus elementos, no âmbito de um ordenamento já existente, mas sim gere, ao menos parcialmente, este ordenamento. (ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal RI Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 79, no prelo).

⁵¹³ ROMANO, 2006, p. 53.

que o econômico se sobrepe ao político, e fatalmente os Estados perdem o controle de sua soberania interna e externa⁵¹⁴. [grifou-se].

A autora, citando, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, destaca que “o mundo globalizado, portanto, mudou o perfil dos países que, se ainda conservam parte de sua soberania interna, ficam desprotegidos no plano externo e, ‘o imperativo de segurança obriga os Estados-nação a agregarem-se em unidades maiores, mais fortes, inclusive para assegurarem a própria sobrevivência’”⁵¹⁵.

A esta altura, é importante recordar a idéia de que, apesar da mudança estrutural européia de outros projetos de integração demandar uma redefinição do conceito de Estado soberano, isso não quer dizer que o Estado deixou de ser, uma das mais sólidas instituições políticas do mundo moderno e uma das referências mais relevantes da sociabilidade humana na atualidade. Na era da liberalização do comércio, o Estado agora desempenha novas funções – como auxílio à formação dos blocos econômicos regionais –, adquirindo um novo estatuto, notadamente um Estado dotado de soberania e autonomia relativas. Os Estados passam então a criar novos padrões de ação, menos soberanos e mais integrados num projeto comum, alicerçados na constatação de que os problemas são interdependentes e globalizados, interessando a toda a comunidade⁵¹⁶.

Por derradeiro, cabe acrescentar que historicamente a soberania tem sido associada a quatro características principais: a) a soberania estatal ligada à autoridade política suprema e monopólio sobre o legitimado uso da força dentro do seu território; b) capacidade de regular os movimentos através de suas fronteiras; c) poder fazer suas opções de política externa livremente; e, d) obter reconhecimento de outros governos como uma entidade independente, livre de intervenção externa. Esses componentes não

⁵¹⁴ ACCIOLY, Elizabeth. Globalização x Soberania em Blocos Econômicos in GUERRA, Sidney (org.). *Globalização Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 70.

⁵¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado e os direitos fundamentais em face da globalização. Palestra proferida em Gramado-RS, maio/98 *apud* ACCIOLY, Elizabeth. Globalização x Soberania em Blocos Econômicos in GUERRA, Sidney (org.). *Globalização Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 70.

⁵¹⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade Internacional e o fenômeno da globalização: Algumas considerações sobre o surgimento, a conformação e o declínio do mundo de Vestfália in GUERRA, Sidney (org.). *Globalização Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 29-31.

são absolutos, mas juntos oferecem um fundamento previsível à ordem mundial. Por outro lado, eles são hoje desafiados de maneira nunca antes vista na história⁵¹⁷.

Portanto, o Estado-nação não teve reduzida a importância que lhe é peculiar no direito das gentes. No entanto, não há mais espaço para se pensar a soberania estatal como único elemento ou personalidade com juridicidade para atuar na nova ordem econômica internacional. Faz-se necessária uma leitura nova acerca dos efeitos que o frenético processo de globalização e suas medidas de regionalização acarretam ao mundo e, especialmente, às relações econômicas internacionais.

Considerações Finais

Conforme foi visto, desde há muito tempo a cláusula de nação mais favorecida vem se revelando uma regra jurídica importante no Direito Internacional do comércio, sendo inclusive reproduzida no acordo GATT de 1947, posteriormente encampado pela OMC em 1994. No entanto, juntamente com esta regra de não discriminação entre os Estados (sujeitos clássicos de Direito Internacional) o art. XXIV do GATT/1947 também permitiu a discriminação de países membros quando estes se agregarem em Áreas de Livre Comércio e Uniões Aduaneiras.

Deste modo, desde então estes acordos proliferam e reorganizam a própria estrutura de atuação dos Estados no direito do sistema multilateral de comércio, de maneira que neste espaço jurídico passam a coabitar novos atores regionais além dos Estados soberanos. Neste sentido, o reconhecimento da sólida integração da Comunidade Européia foi – e ainda é – e mais respeitável exemplo das mudanças que o direito das relações econômicas internacionais está passando.

Contudo, o processo de regionalização de entidades não se limitou à Europa, atingindo todas as regiões do mundo. Este fato decorre das dificuldades de negociação entre Estados cabeça a cabeça no sistema multilateral e seu inerente desequilíbrio de forças na barganha comercial, situação novamente evidenciada pelo impasse da Conferência Ministerial de Doha, lançada em 2001.

⁵¹⁷ HAASS, Richard N. *Sovereignty: Existing Rights, Evolving Responsibilities*. Remarks at the School of Foreign Service and the Mortara Center for International Studies, Georgetown University, jan/2003. Disponível em <<http://www.state.gov/s/p/rem/2003/16648>>. Acesso em 24 de nov. 2007.

Sem esgotar o tema, é possível dizer que o reconhecimento da agremiação de Estados soberanos em Áreas de Livre Comércio e Uniões Aduaneiras (blocos econômicos) pelo art. XXIV do GATT/1947 vem delineando um novo formato subjetivo do comércio internacional. Um formato que pode esgotar o próprio sentido da cláusula de não discriminação entre Estados soberanos e demandar mudanças na concepção da OMC.

Ao lado deste quadro sintomático, sobreleva-se o artigo XXIV do GATT/1947 como uma “regra” de não discriminação comercial, agora entre blocos econômicos e não mais entre Estados. Ademais, esta permissão dentro do próprio sistema jurídico do comércio prestigia o *status* jurídico destas áreas no Direito Internacional Econômico, redesenhando o paradigma de interdependência complexa que até então era entabulado no sistema jurídico internacional pelos clássicos Estados soberanos.

Neste cenário, Uniões Aduaneiras manifestam objetivamente sua vontade no plano externo por meio da política tarifária comum. Por sua vez, os blocos econômicos em estágio de Áreas de Livre Comércio, ainda que não acedam à OMC na condição de membros, possuem um legítimo trato discriminatório. São, portanto, em termos tarifários, entidades únicas neste espaço jurídico.

Apesar de estes acordos não possuírem uma política tarifária externa – a exemplo da existente nas Uniões Aduaneiras – Áreas de Livre Comércio podem ser elevadas à condição de atores internacionais na medida em que o direito objetivo que as constitui, de alguma forma, influencia em diversos níveis as relações econômicas internacionais. Não obstante sua controvertida personalidade jurídica, a ausência deste *status* não constitui obstáculo intransponível para que influenciem todo o ordenamento jurídico multilateral existente na OMC, ensejando um repensar da própria organização.

Referências

ACCIOLY, Elizabeth. Globalização x Soberania em Blocos Econômicos *in* GUERRA, Sidney (org.). *Globalização Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006.

ANDRADE, Thalís Ryan. *O formato dos acordos bilaterais entre os países latino-americanos e os Estados Unidos: uma barganha positiva?* Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 62, jan-mar, São Paulo: RT, 2008, no prelo.

BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade Internacional e o fenômeno da globalização: Algumas considerações sobre o surgimento, a conformação e o declínio do mundo de Vestfália in GUERRA, Sidney (org.). *Globalização Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mercosul e integração regional*. Disponível em <www.mre.gov.br>. Acesso em 23 nov. 2007

CARREAU, Dominique; Patrick, JUILLARD. *Droit International Économique*. 4ª ed., Paris: LGDJ, 1998.

CHASE, Kerry. *Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV*. World Trade Review, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado e os direitos fundamentais em face da globalização. Palestra proferida em Gramado-RS, maio/98 *apud* ACCIOLY, Elizabeth. *Globalização x Soberania em Blocos Econômicos* in GUERRA, Sidney (org.). *Globalização Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006.

HAASS, Richard N. *Sovereignty: Existing Rights, Evolving Responsibilities*. Remarks at the School of Foreign Service and the Mortara Center for International Studies, Georgetown University, jan/2003. Disponível em <<http://www.state.gov/s/p/rem/2003/16648>>. Acesso em 24 de nov. 2007.

JACKSON, John H. *The jurisprudence of GATT & the WTO*. New York: Cambridge University Press, 2002.

JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

KANT, Immanuel. *A Paz perpétua e outros opúsculos* (1795). Lisboa: Edição 70, 2002.

KRAMER, Stefan. *Die Meistbegünstigung*, Recht der internationalen Wirtschaft, 6, 1989, p. 473-481 *apud* UNCTAD, *Most Favoured Nation*, New York: Geneva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

MURÓ, Julio A. Lacarte. *Ronda Uruguay del GATT: La globalización del comercio mundial*. Fundación de Cultura Universitária, 1994.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick, *Direito Internacional Público*, 2.ed., Trad. Vitor Marques Coelho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal RI Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 79, no prelo.

UNCTAD. *Trade and Development Report – Overview*. New York: United Nations, 2007.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. *Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION, *Regional trade agreements*, 2007. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em 20 de nov. 2007.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *The future of the WTO: Addressing Challenges in the new millenium*. Switzerland: WTO, 2004. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em 10 de out. 2007.

DIE VERSAGUNGSGRÜNDE DER ANERKENNUNG AUSLÄNDISCHER SCHIEDSSPRÜCHE IN DEUTSCHLAND

Marcelo Markus Teixeira*

Zusammenfassung: Dieses kleine Studium analysiert die Versagungsgründe der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland. Der Prozess der Anerkennung hat, ausdrücklich, das VN-Übereinkommen vom 10.6.1958 als Basis. Der § 1061 ZPO, früher § 1044 ZPO, kommt nur in Betracht, um die ausländische Schiedssprüche zu anerkennen. Inländische Schiedssprüche haben einen anderen Weg.

Schlüsselwörter: anerkennung; schiedsspruch; versagung; vollstreckung; übereinkommen; vorschrift

Resumo: Este pequeno estudo analisa os motivos de negação do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras na Alemanha. O processo de reconhecimento tem, expressamente, a Convenção da ONU de 10.06.1958 como base. O parágrafo 1061 do Código de Processo Civil alemão, antes parágrafo 1044, entra em jogo somente, para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Sentenças arbitrais nacionais passam por um outro caminho.

Palavras-chave: reconhecimento; sentença arbitral; negação; execução; convenção; norma

Abstract: This short essay investigates the rational behind Germany's non acknowledgment of foreign legal decisions. The acknowledgement process, in Germany, is expressly based upon the United Nation's convention of June 10th, 1958. The paragraph 1061 of the German civil code (formerly paragraph 1044) regulates solely the recognition and acceptance of foreign legal decisions. Domestic decisions are differently treated.

1. Einführung

Ausländische Schiedssprüche brauchen, ebenso wie Entscheidungen ausländischer staatlicher Gerichte, eine Anerkennung, um im Inland Wirkungen haben zu können.⁵¹⁸

Die Anerkennung und die Vollstreckbarkeitserklärung ausländischer Schiedssprüche hat im Wesentlichen dieselben Regeln wie die Vollstreckbarkeitserklärung inländischer Schiedssprüche.⁵¹⁹

* Universität zu Köln

⁵¹⁸ Geimer, IZPR, 2005, 1166.

⁵¹⁹ Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Rz.1124.

Nach dem Territorialprinzip, sind ausländische Schiedssprüche jene Entscheidungen, dessen Ort des Schiedsverfahren nicht in Deutschland liegt, auch dann, wenn im Ausland deutsches Verfahrensrecht benutzt wird.⁵²⁰ Das gilt auch, wenn der Spruch nach ausländischem Schiedsverfahrensrecht ergangen ist.⁵²¹

Art. II 2 des VN-Übereinkommens 1958 ist für Deutschland aufgrund von § 1025 ZPO (Territorialitätsprinzip) gegenstandslos.⁵²²

Jedoch ist der Zusammenhang zwischen dem Sitz des Schiedsgerichts und dem Verfahren wesentlich. Der Schiedsspruch kann nicht durch eine Fiktion des Schiedsortes eine bestimmte Nationalität erlangen. Bestimmen die Parteien Ulan Bator als Schiedsort, finden aber alle Sitzungen, Beratungen, Zeugenvernehmungen, Sachverständigenanhörungen in Stuttgart statt, so ist der Spruch – trotz der Schiedsortsbestimmung – kein mongolischer, sondern ein deutscher.⁵²³

Die Voraussetzungen der Anerkennung der ausländischen Schiedssprüche in Deutschland werden durch § 1061 ZPO geregelt (früher § 1044 ZPO bis 1.1.1998).

Maßgebend, gemäß § 1061 ZPO, für die Anerkennung und die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist das VN-Übereinkommen vom 10 Juni 1958, es bleiben jedoch die Vorschriften in anderen Staatsverträgen unberührt, z.B. des Genfer Abkommens von 1927.

Für die Anerkennung und Vollstreckung in dem Vollstreckungsstaat müssen die Schiedssprüche die Bedingungen des Art. V (VN-Übereinkommen) erfüllen, das heißt, es dürfen keine Ablehnungsgründe vorliegen.⁵²⁴

Die Entscheidung eines ausländischen Gerichts muss äquivalent zu einem Schiedsspruch sein. Die Qualifikation bestimmt das deutsche Recht. Die Entscheidung muss ein Rechtssprechungsakt sein (endgültige Entscheidung eines Rechtsstreits).⁵²⁵ Beispiel für die Versagung der Anerkennung ist ein *lodo di arbitrato irrituale* aus Italien, welches weder ein Schiedsspruch noch äquivalent ist und nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Parteien hat.⁵²⁶

⁵²⁰ Thomas/Putzo, §1061, Rn.1; Henn, Schiedsverfahrensrecht, Rz.524; MüKomm, ZPO, §1061, Rz.3.

⁵²¹ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 288.

⁵²² Zöller, Zivilprozessordnung, § 1061, Rz.1.

⁵²³ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 288.

⁵²⁴ Henn, Schiedsverfahrensrecht, Rz.526.

⁵²⁵ Geimer, IZPR, Rz. 3898.

⁵²⁶ Zöller, ZPO, § 1061, Rz.4.

2. Konkurrenz zwischen dem Verfahrens nach § 1061 ZPO und anderen Verfahrensarten

Die Bestimmung der Regeln der Anerkennung und Vollstreckbarkeitserklärung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland ist keine leichte Aufgabe.⁵²⁷

Das VN-Übereinkommen galt durch einen Vorbehalt der Bundesregierung nach Art. I Abs.3 nur gegenüber den Ländern des VN-Übereinkommens. Seit 1999⁵²⁸ gilt das VN-Übereinkommen vom 10.6.1958 unmittelbar für alle ausländischen Schiedssprüche.⁵²⁹

Die Anwendung von einem Staatsvertrag, für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland, ist durch das Günstigkeitsprinzip bestimmt. Dies bedeutet die Anwendung der anerkennungsfriendlicheren Regelung. Diese Lehre kommt schon vom alten § 1044 ZPO und bleibt im aktuellen §1061 ZPO erhalten. Der Grundsatz wird in Art. VII des VN-Übereinkommen ausdrücklich manifestiert.⁵³⁰

Gemäß § 1061 Abs.1 S.2 ZPO bleibt die Geltung von anderen Staatsverträgen unberührt. In Betracht kommen, z.B:

- das Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26.9.1927;
- das Übereinkommen über den Internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF);
- das Londoner Schuldenabkommen vom 27.2.1953;
- das deutsch-sowjetische Handels – und Schifffahrtsabkommen vom 29.10.1954;
- der deutsch-amerikanische Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954;
- der deutsch-tunesische Rechtshilfe-, Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag vom 19.7.1966.

⁵²⁷ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1125.

⁵²⁸ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1126

⁵²⁹ MüKömm, ZPO, §1061, Rz.4; Zivilprozessordnung, §1061,Rz.2.

⁵³⁰ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 289; Thomas/Putzo, § 1061, Rn.7; Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1127.

- das deutsch-belgische Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen vom 30.6.1958.
- die bilateralen Anerkennungs- und Vollstreckungsverträge mit der Schweiz, Italien, Österreich, den Niederlanden, Griechenland, Israel und Norwegen enthalten keine spezielle Regel in Verhältnis mit dem VN-Übereinkommen vom 10.6.1958. Der deutsch-spanische Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag klammert die Schiedsgerichtsbarkeit aus seinem Geltungsbereich völlig aus.⁵³¹

§1061 Abs.1 S.1, in Verbindung mit dem VN-Übereinkommen vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, bestimmt die Anwendbarkeit des Übereinkommens für alle ausländischen Schiedssprüche, wie schon früher erwähnt. Es spielt keine Rolle, ob der Erststaat der Konvention angehört, oder nicht.

3. Anerkennungsversagungsgründe gemäß VN-Übereinkommen von 10.6.1958

Die Vertragsstaaten haben sich durch die Genfer Verträge und hauptsächlich durch das VN-Übereinkommen vom 10. Juni 1958 völkerrechtlich verpflichtet.⁵³²

Die Versagungsgründe des Art. V Abs. 1 und 2 des VN-Übereinkommens sind fast dieselben des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO. In Wirklichkeit sind nur verschieden: die unwirksame Schiedsvereinbarung, die Unverbindlichkeit des Schiedsspruchs und der Verstoß gegen den *ordre public*.⁵³³

Die folgenden Vorschriften (VN-Übereinkommen) sind Versagungsgründe gemäß §1061 ZPO:

3.1. Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs.1 lit. a des VN-Übereinkommens ist,

„dass die Parteien, die eine Vereinbarung im Sinne des Artikel II geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, in irgend einer Hinsicht hierzu nicht fähig waren oder dass die Vereinbarung

⁵³¹ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn.294.

⁵³² Schwab/Walter, Kapitel 56, 455.

⁵³³ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1134.

nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben oder falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist, oder...“

Gemäß Art. V Abs.1 lit. a, ist die Anerkennung zu versagen, wenn die Schiedsvereinbarung ungültig ist. Ein Grund, um eine Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruches zu verweigern, kann die Unfähigkeit einer Partei sein, eine Schiedsvereinbarung zu schließen. Die Vereinbarung kann auch nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht ungültig sein. Die Feststellung geschieht zunächst gemäß dem Recht, welches die Parteien gewählt haben, und subsidiär gemäß dem Recht des Landes, in welchem der Schiedsspruch erlassen worden ist.⁵³⁴

Auch die Vereinbarung kann ungültig sein, wenn sie nicht den Anforderungen des Art. II des VN-Übereinkommens entspricht.

Die wichtigste Variante einer unwirksamen Schiedsvereinbarung ist die unzureichende Form. Gemäß Art. V Abs.1 des VN-Übereinkommens muss die Schiedsvereinbarung schriftlich vereinbart worden sein.⁵³⁵

Gemäß dem Günstigkeitsprinzip (Art. VII Abs. 1 VN-Übereinkommen) ist jedoch ein Rückgriff auf nationales Recht möglich, wenn dieses Recht milderer ist. In Abwesenheit einer Rechtswahl ist das Recht des Landes des Schiedsortes maßgebend.⁵³⁶

Kommt eine Präklusion (Feststellung der Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung) in Betracht, so entfällt der Versagungsgrund des Art. V Abs.1 lit. a des VN-Übereinkommens. Ausgenommen ist die Schriftform des Art. II des VN-Übereinkommens.

3. 2. Überschreitung der Schiedsvereinbarung

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs.1 lit. c ist,

„dass der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder dass er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der

⁵³⁴ Schwab/Walter, Kapitel 57, 458.

⁵³⁵ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1135.

⁵³⁶ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1135.

Schiedsabrede oder der Schiedsklausel überschreiten, kann jedoch der Teil des Schiedsspruches, der sich auf Streitpunkte bezieht, die dem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen waren, von dem Teil, der Streitpunkte betrifft, die ihm nicht unterworfen waren, getrennt werden, so kann der erstgenannte Teil des Schiedsspruches anerkannt und vollstreckt werden,...

Diese Variante der Versagungsgründe bedeutet die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, wenn der Schiedsspruch nicht einen der in der Schiedsvereinbarung erwähnten Streitpunkte betrifft, oder über die Grenzen der Schiedsvereinbarung hinausgeht.⁵³⁷

Art. V Abs.1 lit. c enthält nicht nur die Fälle der Überschreitung der Schiedsvereinbarung, sondern auch die Fälle, in denen der Schiedsrichter *ultra petita* oder *infra petita* handelt. Zum Beispiel, wenn der Schiedsrichter anstelle eines bestimmten nationalen Recht die „*lex mercatoria*“ anwendet, bedeutet das die Nutzung eines unzulässigen Verfahrens.⁵³⁸

Eine partielle Vollstreckbarkeitserklärung ist möglich, wenn die Teile (unterstellt oder nicht unterstellt durch den Schiedsrichter) getrennt werden können.

3.3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs. 1 lit. b ist,

„dass die Partei gegen die der Schiedsspruch geltend gemacht wird, von der Bestellung des Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist, oder dass sie aus einem anderen Grund ihre Angriffe, oder Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können,...

Es liegt ein Anerkennungsversagungsgrund im Sinne des Art. V Abs.1 lit. b vor, wenn eine Partei keine Kenntnis der Bestellung des Schiedsgerichts hat.⁵³⁹

⁵³⁷ Schwab/Walter, Kapitel 57, 459.

⁵³⁸ Schwab/Walter, Kapitel 57, 459.

⁵³⁹ Beispiel: Corte di Appello Napoli YCA X (1985), 461: dort wurde dem Beklagten eine Frist von einem Monat zum Erscheinen vor dem Schiedsgericht gesetzt, obwohl er auf Grund der Folgen des Erdbebens 1980 in Süditalien innerhalb einer solchen Frist nicht in der Lage war, sich zu verteidigen; ansonsten war in Fällen, in denen zu kurze Fristgewährung geltend gemacht wurde, die Rüge erfolglos. In: Schwab/Walter, Kap.57, 461.

Die Anerkennung ist auch zu versagen, wenn die Partei nicht in der Lage ist, an dem Schiedsgerichtsverfahren wirksam teilzunehmen.

Begriff und Anwendung des Art. V Abs.1 lit. b befinden sich eng verbunden mit der Bedeutung von einem fairen Verfahren.

Es stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von Art.V Abs.1 lit. b (Verletzung des rechtlichen Gehörs) und Art.V Abs.2 lit. b (Verstoß gegen den ordre public).

Art. V. Abs.1 lit. b ist im Gegensatz zu Art. V. Abs.1 lit. nur bei Rüge zu berücksichtigen.⁵⁴⁰

Die Feststellung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist in der Literatur umstritten. Eine Ansicht meint, dass die Feststellung der Verletzung durch das Recht des Vollstreckungsstaates zu beurteilen ist. Eine andere Ansicht glaubt an einen internationalen Standard.⁵⁴¹ Falls das Recht des Vollstreckungsstaates gewählt wird, kann dies nicht in allen Einzelheiten durch den Vollstreckungsstaat analysiert werden. Wichtig für den internationalen Rechtsverkehr ist, insbesondere in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, eine Rechtssicherheit, welche nur durch das Einhalten eines Mindeststandards⁵⁴² erreicht werden kann.

Wenn das vereinbarte Verfahrensrecht über diesen Mindeststandard hinausgeht, wird ein Verstoß auch nicht als Verletzung des rechtlichen Gehörs, sondern als Abweichung vom vereinbarten Verfahrensrecht sanktioniert.⁵⁴³

3.4. Verletzung der Vorschriften über die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs. 1 lit. d ist,

„dass die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren der Vereinbarung der Parteien oder, mangels einer solchen Vereinbarung, dem Recht des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat,...“

⁵⁴⁰ Schwab/Walter, Kap.57, 461.

⁵⁴¹ Schwab/Walter, Kap.57, 461.

⁵⁴² Henn, Schiedsverfahrensrecht, Rz.529.

⁵⁴³ Schwab/Walter, Kap.57, 461.

Nicht immer führt ein Mangel der Bildung des Schiedsgerichts zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Ist eine Partei mit der Rüge der fehlerhaften Bildung des Schiedsgerichts präkludiert, so entfällt der Versagungsgrund.⁵⁴⁴ Bei Mängeln im schiedsgerichtlichen Verfahren ist zwischen wesentlichen und unwesentlichen zu unterscheiden.⁵⁴⁵

3. 5. Nichtverbindlichkeit und Aufhebung des Schiedsspruchs

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs.1 lit. e ist,

„dass der Schiedsspruch für die Parteien noch nicht verbindlich geworden ist oder dass er von einer zuständigen Behörde des Landes, in dem oder nach dessen Recht er ergangen ist, aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt worden ist.“

Die Unverbindlichkeit des Schiedsspruchs (Art.V Abs.1 lit. e) ist der einzige Versagungsgrund, zu welchem es kein Äquivalent in den Aufhebungsgründen des § 1059 Abs.2 ZPO gibt.⁵⁴⁶

Gemäß Art.V Abs.1 lit. e ist die Anerkennung zu versagen, wenn der Schiedsspruch für die Parteien noch nicht verbindlich geworden ist, oder wenn der Schiedsspruch aufgehoben ist, oder in seinen Wirkungen gehemmt worden ist.

Die Verbindlichkeit des Schiedsspruchs in dem Herkunftsstaat ist *conditio sine qua non* für die Anerkennung und die Vollstreckung in dem Vollstreckungsstaat.⁵⁴⁷ Der Fehler in der Verbindlichkeit des Schiedsspruchs ist durch das nationale Schiedsverfahrensrecht⁵⁴⁸ zu beurteilen, in Zustimmung mit der Wahl des Schiedsortes.⁵⁴⁹

Die Möglichkeit einer Aufhebung des Schiedsspruchs in dem Herkunftsstaat hindert die Anerkennung und Vollstreckung nicht. Wenn jedoch der wirksame

⁵⁴⁴ So Supreme Court of Hong Kong, YCA XX (1995),6 (677).

⁵⁴⁵ Schwab/Walter, Kap.57, 463.

⁵⁴⁶ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1136.

⁵⁴⁷ Henn, Schiedsverfahrensrecht, Rz.529.

⁵⁴⁸ Zöller, ZPO, § 1061, Rz.23.

⁵⁴⁹ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1137.

Schiedsspruch in dem Herkunftsstaat aufgehoben oder gehemmt wird, fehlt die Verbindlichkeit und folglich die Möglichkeit einer Anerkennung und Vollstreckung.⁵⁵⁰

3. 6. Fehlende Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs.2 lit. a ist, „dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht dieses Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann,...“

Art.V Abs.2 lit. a des VN-Übereinkommens versagt die Anerkennung und Vollstreckung, wenn der Streitgegenstand nicht schiedsfähig ist. Maßgebend für die Feststellung der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands ist das Recht des Landes, in welchem die Anerkennung und Vollstreckung beantragt werden.⁵⁵¹

Interessant wird die Beziehung zwischen Art.V Abs.2 lit. a und Art.V Abs.2 lit. b (fehlende Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands und ordre public, beziehungsweise). Eigentlich fordert Art. V Abs.2 lit. a ausdrücklich die Prüfung der fehlenden Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes, welche strenger als eine reine Ordre- public-Prüfung sein muss.

Die Ordre-Public-Prüfung muss sich, vor allem, auf die Unvereinbarkeit mit wesentlichen nationalen Rechtsvorschriften konzentrieren.⁵⁵² Ist die Natur des Anspruchs nach deutschem Recht unbekannt, so ist die Anerkennung und Vollstreckung zu bejahen, wenn Vergleichbares nach deutschem Recht schiedsfähig wäre.⁵⁵³

Grund, um eine Anerkennung möglicherweise zu versagen, wäre beispielsweise die punitive damages. Nach amerikanischem Recht ist dieses Institut schiedsfähig, was nach deutschem Recht zweifelhaft ist, aufgrund seines Strafrechtcharakters.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ Henn, Schiedsverfahrensrecht, Rz.529.

⁵⁵¹ Schwab/Walter, Kap.57, 470.

⁵⁵² Schwab/Walter, Kap.57, 470.

⁵⁵³ Schwab/Walter, Kap.57, 471.

⁵⁵⁴ Schwab/Walter, Kap.57, 471.

3.7. Verstoß gegen die öffentliche Ordnung des Vollstreckungslandes (Ordre Public)

Versagungsgrund gemäß Art. V Abs.2 lit. b ist, „dass die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruches der öffentlichen Ordnung dieses Landes widersprechen würde.“

Vor der Untersuchung des schiedsverfahrensrechtlichen ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, muss zunächst der Begriff des ordre public analysiert werden.

Im deutschen internationalen Privatrecht ist der Begriff des ordre public vorhanden, zum Beispiel Art.6 EGBGB; und auch im deutschen internationalen Zivilprozeßrecht, § 328 Abs.1 Nr.4 ZPO und § 1061 ZPO. Wenn das deutsche Kollisionsrecht zur Anwendung eines ausländischen Rechts führt, oder wenn eine Anerkennung einer gerichtlichen oder schiedsrichterlichen Entscheidung in Betracht kommt, so stellt sich die Frage, ob die ausländische Entscheidung anerkannt werden oder die ausländische Norm angewendet werden kann.

Die Ausgangsfrage für die Anwendung der Vorbehaltsklausel des ordre public ist, nach deutschem Recht, die Frage, ob die Anwendung des ausländischen Rechts bzw. die Anerkennung eines ausländischen Entscheides nach der deutschen Rechtsordnung tragbar ist.⁵⁵⁵

Der von dem französischen Staatsrat Boulay in seinen Motiven zum Code Civil Français von 1802 geprägte Begriff ordre public hat seinen Ursprung in den Digesten des Justinian. Der Codex enthält den Satz: „ius publicum privatorum pactis mutari non potest“. Bei einer Kollision zwischen öffentlichen und privaten Interessen durfte das staatliche Recht nicht durch Vertrag außer Kraft gesetzt werden.⁵⁵⁶

Auch im Mittelalter kann die Anwesenheit des ordre public - Vorbehalts bestätigt werden. Vor allem, im kanonischen Recht gegenüber dem Statutenrecht.⁵⁵⁷

Mit dem Phänomen des Nationalismus wird der ordre public in fast allen Ländern der Welt zu einem Axiom der nationalen Rechtspflege.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Marx, Der verfahrensrechtliche ordre public..., 3.

⁵⁵⁶ Ekkhardt v. Heymann, Der ordre public, 21.

⁵⁵⁷ Ekkhardt v. Heymann, Der ordre public, 21.

⁵⁵⁸ Ekkhardt v. Heymann, Der ordre public, 21.

Heutzutage in Deutschland, und auch fast sonst überall, bedeutet der Begriff „ordre public“ nichts Anderes als „öffentliche Ordnung“. Er ist eine Ausnahmeregel. Den ordre public zu begreifen ist eine schwere Aufgabe.

Der Begriff des ordre public - Vorbehalts der meisten europäischen Länder hängt mit dem Schlüsselwort „Ausnahme“ zusammen.⁵⁵⁹ Mit dem Phänomen der Globalisierung und, folglich, mit zahlreichen Sonderanknüpfungen, ist die Wichtigkeit des ordre public - Vorbehalts immer größer geworden.

Der Begriff ordre public hat in der deutschen Gesetzesprache keinen Eingang gefunden. Auch auf den in verschiedensten Gesetzesentwürfen vorgesehenen Begriff der öffentlichen Ordnung verzichtete der deutsche Gesetzgeber im Privatrecht anfänglich wegen der hoffnungslosen Vagheit und Unklarheit des Begriffs.⁵⁶⁰

Ein Verstoß gegen den ordre public liegt nach deutschem Recht nur vor, wenn der Schiedsspruch eine Norm verletzt, welche die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens regelt, oder wenn er mit deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen in einem untragbaren Widerspruch steht.⁵⁶¹ Eine Anerkennung und Vollstreckungsversagung nur auf Grund von Art. V Abs. 2 lit. b des VN-Übereinkommens ist sehr selten. Diesem Anerkennungsversagungsgrund kommt hauptsächlich die Funktion eines Auffangtatbestands zu.⁵⁶²

Kommt eine unwirksame Schiedsvereinbarung in Betracht, gibt es bereits einen Versagungsgrund nach Art. V Abs.1 lit. a. Liegt jedoch, zum Beispiel, eine Unparteilichkeit des Schiedsgerichts vor, so spricht man von einem Verstoß gegen den deutschen ordre public.

So wie in den meisten Ländern, wird die Richtigkeit der Entscheidung des ausländischen Schiedsspruchs in Deutschland nicht nachgeprüft. Ebenso wie Fehlentscheidungen ausländischer staatlicher Gerichte, werden die Fehlentscheidungen ausländischer Schiedssprüche hingenommen. Es gilt im Grundsatz das Verbot der *révision au fond*.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Ekkhardt v. Heymann, Der ordre public, 22.

⁵⁶⁰ Ekkhardt v. Heymann, Der ordre public, 24.

⁵⁶¹ Schwab/Walter, Kap.57, 471.

⁵⁶² Schwab/Walter, Kap.57, 472.

⁵⁶³ Geimer, IZPR, Rz. 3909.

Die Auslegung des Versagungsgrundes des VN-Übereinkommens wird wie der ordre public nach § 1059 Abs.2 Nr.2 lit. b ZPO verstanden.⁵⁶⁴

Die ausländische Schiedssprüche werden in Deutschland durch den ordre public international gemessen, der weniger streng ist, als der ordre public national.⁵⁶⁵

a) Verfahrensrechtlicher ordre public international

Ebenso wie bei der Anerkennung ausländischer Urteile, greift auch die ordre public - Kontrolle bei ausländischen Schiedsverfahren.⁵⁶⁶ Der Gegenstand der Kontrolle des ordre public ist aber im allgemeinen Sinne zu verstehen. Die

Analyse des Verfahrens muss als Ganzes betrachtet werden.⁵⁶⁷ Das Wichtigste ist ein Mindeststandard von Verfahrensgerechtigkeit.

Zum Vergleich zwischen § 1059 II Nr.1 (b) ZPO und (früher) den ehemaligen § 1044 ZPO hat der BGH⁵⁶⁸ und die herrschende Meinung⁵⁶⁹ gesagt, dass die Kontrolle des ordre public durch §1044 ZPO (heute § 1061 ZPO) weniger strenge Anforderungen als § 1059 II Nr.1 (b) ZPO beinhaltet.

b) Materieller ordre public international

Der Grund, um die Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruchs zu versagen, muss ein schwerwiegender Mangel sein. Sehr häufig bezieht sich die Rechtsprechung nicht auf ein bestimmtes Recht, sondern auf Rechtsprinzipien. Eine Versagung eines ausländischen Schiedsspruchs kommt jedoch sehr selten in Betracht (auf dem Standpunkt eines materiellen Mangels).⁵⁷⁰

Beispiele für die Versagung (die jede Entscheidung respektieren müsse) des ausländischen Schiedsspruchs sind das Prinzip der Vertragstreue, der Grundsatz von

⁵⁶⁴ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1138.

⁵⁶⁵ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1138.

⁵⁶⁶ Geimer, IZPR, Rz. 3910.

⁵⁶⁷ Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1139.

⁵⁶⁸ BGH vom 15.5.1986, BGHZ 98, 70=NJW 1986, 3027=RIW 1986, 816=MDR 1986, 917=JZ 1987, 154 (Walter) = WM 1986, 982=EWiR 1986, 835 (Schütze) = IPRspr. 1986 Nr.198; OLG Frankfurt/M vom 29.6.1989, RIW 1989, 911, 913=IPRspr. 1989, Nr. 241.

⁵⁶⁹ Schlosser IPRax 1991, 218; Haas, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 1991, 221.

⁵⁷⁰ Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Rz.143.

Treue und Glauben, das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Verbot diskriminierender Maßnahmen, sowie der Schutz von Geschäftsunfähigen.⁵⁷¹

Es besteht auch ein Verstoß gegen den materiellrechtlichen ordre public international, wenn der Vertrag nach deutschem Recht sittenwidrig ist, oder, zum Beispiel, wegen eines Verstoßes gegen deutsches oder europäisches Wirtschaftsrecht und auch, wenn punitive damages enthalten sind.⁵⁷²

Eine Unvereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes kommt nur in Betracht, wenn dessen Grundrechtsnormen für den vom Schiedsgericht entschiedenen Privatrechtsfall überhaupt anwendbar sind. Es müsste sich eigentlich um einen offensichtlichen Verstoß gegen das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschlands handeln.

Die Bestimmung eines Verstoßes, auf dem Prisma des materiellrechtlichen ordre public, gegen das Grundgesetz ist sehr schwer zu konkretisieren. Es ist auch immer auf die Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrecht zu achten

Literaturverzeichnis

Ekkhardt v. Heymann, Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld, 1969.

Geimer, Reinhold, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln, 2005.

Haas, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 1991.

Henn, Günter, Schiedsverfahrensrecht, 3. Auflage, Heidelberg, 2000.

Kreindler, Richard H./Schäfer, Jan K./Wolff, Reinmar, Schiedsgerichtsbarkeit Kompendium für die Praxis, Frankfurt am Main, 2006.

Marx, Ludger, Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland, Frankfurt am Main, 1994.

⁵⁷¹ Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Rz.143.

⁵⁷² Kreindler/Schäfer/Wolff, Rz. 1142.

Münchener Kommentar, BGB IPR, 3. Auflage, München, 1998.

Münchener Kommentar, ZPO, 2.Auflage, München, 2001.

Schlosser, Peter, Ausländische Schiedssprüche und ordre public international, IPRax, 1991.

Schütze, Rolf A., Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 4.Auflage, München, 2007.

Schwab, Karl-Heinz/Walter, Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 7.Auflage, München, 2005.

Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Kommentar, 22. Auflage, 2005.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilprozessordnung, 27.Auflage, München, 2005.

Zivilprozessordnung, Kommentar, 65. Auflage, München, 2007.

Zöller, Richard, Zivilprozessordnung, 25.Auflage, Köln, 2005.