

**DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO
INTERNACIONAL E SUA CODIFICAÇÃO NA COMISSÃO DE
DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS**

João Clemente Baena Soares*

* Presidente da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Para cumprir nosso programa, apresento, como foi explicado, uma notícia, algumas anotações sobre o que faz a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

Senti, durante estes 2 anos em que estou na Comissão, falta de comunicação com os meios especializados, com aqueles que estudam o direito, as universidades, embora haja contatos formais, em vários países, com organizações de direito internacional. Este foro, me parece, muito importante para trazer esta notícia. Diante da apresentação feita, vou reduzir um pouco minha intervenção, para depois estar à disposição de todos, para comentar, para dialogar, sobre alguma experiência que tive nas Nações Unidas e a OEA. Em primeiro lugar, vamos ver o que é, o que faz, o que fez a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e propor alguns temas para reflexão, não só sobre a Comissão, mas sobre o direito internacional, no momento em que vivemos.

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas completa meio século na sua tarefa de consolidação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. A primeira pergunta que se faz ainda é necessária? A CDI resultou do cumprimento pela Assembléia Geral do parágrafo 1º. do artigo 13 da Carta das Nações Unidas. Neste artigo se estipulava que fossem iniciados estudos e feitas recomendações para encorajar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação.

São três as datas mais significativas desse período inicial. Em 1947, a CDI foi criada, mediante resolução da Assembléia Geral, como um de seus órgãos subsidiários. Em 1948, elegeram-se os seus primeiros 15 membros, atualmente são 34, e em 1949 realizou-se a sua primeira sessão anual.

Um antecedente histórico mais próximo que possamos identificar está na resolução da Sociedade das Nações de 1924, que propôs a criação de um comitê de especialistas, destinado a elaborar uma lista de temas que estivessem, e cito, “suficientemente maduros, para compor a agenda de uma conferência internacional codificadora”. Os especialistas convocados deveriam representar, também cito, “as principais formas de civilização e os principais sistemas jurídicos do mundo”. É curioso o uso dessa expressão “das principais formas de civilização”, também inscrita no próprio estatuto da CDI – depois voltaremos a este ponto.

Esta conferência de codificação reuniu-se na Haia, em março-abril de 1930, e considerou temas relacionados com nacionalidade, águas territoriais, responsabilidade do estado por prejuízos causados em seu território a pessoas ou propriedades de estrangeiros. Resultaram de seu trabalho os textos de uma convenção sobre questões relacionadas com o conflito de leis em matéria de nacionalidade, um protocolo sobre obrigações militares em caso de dupla

SOARES

nacionalidade, um protocolo de casos de apatridia, e um protocolo especial sobre apatridia. Nada sobre águas territoriais ou responsabilidade dos Estados, que eram dois temas importantes da proposta inicial. E o tema “responsabilidade de Estados” sobrevive até hoje na agenda da CDI.

A Comissão atual compõe-se de 34 membros, como já indiquei, eleitos pela Assembléia Geral com mandato de 5 anos, e possibilidade de reeleição. Exercem suas atribuições em caráter pessoal, com autonomia. Suas opiniões não engajam os governos dos Estados dos quais são nacionais. Isso também ocorre com a Comissão Jurídica Interamericana. E é a essência mesma do trabalho da Comissão. Se a Comissão tem alguma reivindicação de prosseguir o seu trabalho, o fator mais importante é este, é uma forma de os países, de os Estados, receberem opinião independente, autônoma. Não gosto muito da palavra independente, porque, afinal de contas, a Comissão não é independente. A Comissão é um órgão subsidiário das Nações Unidas. A Comissão é eleita pela Assembléia Geral, os Estados membros postulam candidatos, e a Comissão responde à Assembléia Geral. Portanto, ela não é independente, mas - e aqui vem a característica principal - os seus membros exercem o seu mandato com autonomia, completa autonomia. Esses membros têm diversa origem. Há professores universitários, há advogados internacionais, há políticos que são também juristas, e há um contingente de diplomatas. Sabe-se que na origem da Comissão, procurou-se estabelecer equilíbrio entre todos aqueles que circulam no ambiente do direito internacional exercendo alguma atividade que tem direta influência nos objetivos que foram os da criação da CDI. Portanto, a experiência, o conhecimento que vão desaguar na Comissão tem, nos seus representantes, diferentes expressões, o que me parece importante para o resultado alcançado.

A Comissão realiza suas sessões anualmente, com a duração de 10 a 12 semanas, e tem sede permanente em Genebra. Por 4 vezes a CDI se reuniu fora de Genebra: em 1949, em Nova York, depois, nos anos 50 em Paris, na sede da UNESCO, nos anos 80 em Mônaco, e agora acaba de realizar a 2ª. parte da sua sessão de 1998 em Nova York. O seu programa de trabalho é decidido para executar-se em 5 anos, portanto, tem um plano quinquenal - não está mais na moda falar em plano quinquenal, mas a CDI ainda tem um plano quinquenal.

O Estatuto da CDI recolhe no seu artigo 1º. o objetivo expresso pela Assembléia Geral, e não é demais reiterar este ponto: a promoção do desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação. Ocorre que o Estatuto estabelecia, ou estabelece, porque não foi modificado, esta diferença, com conseqüências práticas, por exemplo, caberia à Assembléia Geral apresentar os temas de desenvolvimento progressivo do direito internacional, e caberia à própria Comissão eleger os temas para codificação. Na prática, esta categorização não persiste, porque é muito difícil separar o que é desenvolvimento progressivo do que é codificação. A Comissão portanto declina esta caracterização inicial e passa a tratar desses dois aspectos como um mesmo

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

objetivo do seu trabalho. Embora não vedado o campo do direito internacional privado à Comissão, quase todos os temas têm que ver com direito internacional público. Poucos privatistas na Comissão. Mas já há tendência identificável para trazer à Comissão temas de direito internacional privado.

Como funciona a Comissão? As propostas da CDI são levadas no relatório anual à Assembléia Geral, cuja 6^a. Comissão, como sabem, de assuntos jurídicos tem a responsabilidade de examinar estas propostas e sobre elas decidir. O produto do trabalho assume a forma de projeto de convenção ou projeto de declaração com artigos e comentários. Depende da natureza do tema, é claro, e da solicitação feita pelos Estados. A Comissão também procura levar aos países, aos Estados membros das Nações Unidas, o material, o levantamento do que existe em matéria de jurisprudência, em matéria de opinião, em matéria de debate dos novos temas do direito internacional.

Como se processa esse trabalho? É feito em grupos com relatores especiais. Tivemos este ano 6 temas – depois vou referir-me a eles – 6 grupos de trabalho e 6 relatores especiais. Há também um chamado Comitê de Redação. O Comitê de Redação, o nome não define o que faz, porque não trata apenas da redação, da linguagem das decisões, trata mais do fundo, da essência das discussões, das propostas. O trabalho dos grupos é levado ao Comitê de Redação, e esse Comitê de Redação leva o seu relatório ao plenário da Comissão.

A iniciativa de apresentação de temas parte da própria Assembléia Geral ou parte da Comissão. De qualquer maneira, todos os temas têm que ser aprovados pelos Estados membros. A Comissão não tem em sua agenda nenhum tema que não seja do interesse dos próprios Estados membros das Nações Unidas.

Há duas leituras em cada texto: a primeira leitura é levada à Assembléia e são solicitados os comentários dos países. E aqui temos que reconhecer que há falta de resposta. Os países expressam as suas opiniões na 6^a. Comissão, e poucos respondem aos questionários, aos pedidos de comentários da Comissão. É um ponto que já foi levantado na própria Assembléia Geral pelos presidentes da Comissão, e voltarei, ao levar o relatório da Comissão à Assembléia Geral no próximo mês de outubro, também a me referir a este tema, porque é essencial, para o próprio êxito do trabalho da Comissão, receber as reações dos países. O processo é necessariamente lento. Vocês vão ver, se já não tem conhecimento, que o tema “responsabilidade dos Estados” está na Comissão desde 1949. A Comissão está completando 50 anos. Há algumas exceções. A primeira delas que quero referir é o texto que serviu de base às deliberações da conferência diplomática recentemente realizada em Roma sobre o estatuto de um tribunal penal internacional. A Comissão trabalhou sobre esse tema, a proposta original foi da Comissão, embora depois tenha sido modificada nas conferências preparatórias pelos Estados, como é natural. E a Comissão realizou isso durante um período de sessões, o que é uma demonstração de que pode acelerar os seus métodos de

SOARES

trabalho. Outro exemplo é que a Comissão terminou numa mesma sessão um projeto de convenção, do meu ponto de vista, ou de declaração, do ponto de vista da maioria, sobre nacionalidade de pessoas físicas em relação à sucessão de Estados. Apresentou desde o começo ao fim em uma mesma sessão, o que também é uma demonstração de que pode agilizar o seu trabalho.

Um dos pontos que pretendo também levar à Comissão é a reforma do seu Estatuto e a reforma dos seus métodos de trabalho. Um exemplo do conservadorismo excessivo da Comissão: o seu Estatuto fala, como já disse, de representação das formas principais de civilização. Não se pode falar mais desta forma no mundo atual. E o que é mais curioso: temos no artigo 26, na aplicação deste artigo, a recomendação de que a Comissão deve obedecer às resoluções da Assembléia Geral e outros órgãos principais das Nações Unidas no que diz respeito às relações com a Espanha de Franco, e deve excluir dos seus diálogos e consultas organizações que tenham colaborado com os nazistas e fascistas. Ora, agora, em 1998, não é possível ter no Estatuto da Comissão esse tipo de dispositivo.

Mas isso também tem que ver com a reforma da Carta das Nações Unidas. Como sabem todos, a Carta da ONU ainda fala de Estados inimigos. Todos os Estados inimigos das Nações Unidas são membros das Nações Unidas, alguns deles estão no Conselho de Segurança. Não há como escaparmos da necessidade de uma revisão.

Voltando às minhas anotações. Este ano, o que fez a Comissão este ano? A Comissão cobriu uma agenda de 6 itens; me parece demasiada uma agenda de 6 itens, mas enfim, está na responsabilidade da Comissão, e que são: proteção diplomática, atos unilaterais dos Estados, responsabilidade internacional, não há outra tradução para “liability”, pelas conseqüências de atos não proibidos pelo direito internacional, com prioridade para a prevenção de prejuízos transfronteiriços causados por atividades de risco, responsabilidade do Estado, que é um item cinquentenário na Comissão, nacionalidade na sucessão de Estados, a que me referi, tendo em vista agora a proposta que sejam analisadas a situação das pessoas jurídicas, e reservas aos tratados, um tema polêmico e muito importante para a comunidade internacional. Cada item desses tem o seu próprio ritmo de progresso, o que faz com que a consideração durante o quinquênio mostre estágios diferentes para cada um. Proteção diplomática é um item novo, e começou a ser examinado no ano passado, embora a matéria como tal tenha longa história no direito internacional. Recordo a sentença da Corte Permanente Internacional de Justiça, de 1924, no caso das concessões Mavromatis na Palestina. E também a opinião do Juiz Padilha Nervo, em 1970, proferida no caso que opunha a Bélgica à Espanha, conhecido como “Barcelona Traction”. Via Padilha Nervo, na história do exercício dos direitos de proteção, e cito, “uma história de abusos e interferência ilegal na jurisdição interna dos Estados mais fracos”. O tema, pelo seu próprio enunciado, demonstra a sua importância. Houve

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

um relatório preliminar. O relator especial, como já referi cada tema tem um relator especial, é o professor marroquino Mohamed Benouna, que orientou o seu trabalho em 2 direções: a natureza jurídica da proteção diplomática e a natureza das normas reguladoras da proteção diplomática. Não se pode dizer que a Comissão tenha chegado ainda a uma conclusão. Chegou a linhas que recomenda para a consideração do tema. Por exemplo, trata da proteção diplomática *stricto sensu*, flexibiliza o exame das normas secundárias, que embora prioritário, não será feito isoladamente, e sempre que necessário, o relatório tocará nas normas primárias. Ao solicitar os comentários ou observações dos países, a Comissão espera receber também a experiência nacional, as legislações, as decisões de tribunais e a prática dos Estados, relevantes na matéria.

Também queria trazer a idéia, que não é restrita a este tema, mas que pode ser ampliada a todos os temas da CDI, da cooperação das universidades. Especialmente daquelas que têm curso de pós-graduação em direito. Os pedidos de observação e comentários, os questionários que a Comissão manda, podem ser objeto desses cursos, as universidades podem solicitar de seus alunos interessados em direito internacional um trabalho, que depois pode ser mandado ou ao governo, o governo se quiser transforma na sua posição oficial, ou diretamente à Comissão como subsídio. É uma linha que se pode considerar, para uma definição a curto prazo de cooperação entre a Comissão e as universidades, especialmente, é evidente, no Brasil.

Atos unilaterais: outro tema novo proposto pela CDI desta vez e aceito pela Assembléia Geral. O relator especial é o embaixador venezuelano Victor Rodríguez Cedeño. A amplitude do tema exige que a Comissão limite e precise, tanto quanto possível, o seu alcance. Decidiu-se, assim, examinar atos que se propõe produzir efeitos jurídicos, criar, reconhecer, salvaguardar ou modificar direitos e obrigações. Atos estritamente ou puramente unilaterais. Houve consenso em excluir atos políticos, ainda que seja possível reconhecer efeitos jurídicos decorrentes de atos políticos. Houve discordância, e ainda não está superada essa discordância, em incluir no estudo de atos unilaterais dos Estados o silêncio e o “stoppel”. O relator especial, neste caso, manifestou opinião contrária à sua inclusão. Eu me associo a essa opinião, porque me parece que nem um nem outro estariam enquadrados no objetivo do estudo desse tema. Surgiram muitas dúvidas e muita polêmica quanto à necessidade de definir o que é um ato unilateral. Preferiu-se não definir, porque a definição criaria uma estrutura rígida e poderia dificultar, prejudicar a ação dos estados. Quero dizer com isso que a natureza diversa do ato unilateral beneficia a ação dos Estados num diálogo internacional de natureza jurídica. Se a Comissão define o que é ato unilateral, primeiro não vai ter o apoio dos Estados, e segundo está criando uma camisa de força que melhor seria não existir. Portanto, não há uma definição, a Comissão não vai procurar definir ato unilateral, vai procurar definir as conseqüências dos atos, vai procurar definir normas que regularizem essas conseqüências.

SOARES

Nacionalidade em relação com a sucessão de Estados. Já mencionei que a Comissão entregou aos Estados um conjunto de 27 artigos com comentários sobre nacionalidade de pessoas físicas na sucessão de Estados. Verificou-se na Comissão maior participação daqueles membros de nacionalidades européias, onde este tema tem estado muito mais presente. Os latino-americanos estiveram um pouco fora do debate central do tema. Claro que participaram, mas não com a ênfase e a presença dos europeus. O relator especial foi o professor tcheco Vaclav Mikulka. Põe-se a questão de definir se os Estados querem a continuação desse estudo, incluindo a questão das pessoas jurídicas, ou não, se estão satisfeitos com esses 27 artigos sobre pessoa física, e preferem que a matéria seja abandonada.

O quarto tema é “liability”. A definição de “liability” tem que ver muito com a história da consideração de responsabilidade internacional na CDI. O juiz Roberto Ago, quando relator especial, propôs, e a CDI aceitou, que se dividisse o item responsabilidade e que se estudasse separadamente a “liability” como forma de fazer avançar o assunto. Não é matéria pacífica na Comissão. Um grupo de membros, sobretudo os nacionais de países desenvolvidos, desejaria sepultar o item. Chegou-se a uma forma de transação: continuar a consideração da “prevenção” enquanto se aguarda a orientação dos Governos sobre o difícil e contencioso tópico da “liability”. A CDI submeteu este ano à Assembléia Geral o projeto de 17 artigos com comentários sobre “prevenção” de danos causados por atividades não proibidas pelo direito internacional. Trabalho do relator, o Professor indiano P. S. Rao.

O quinto tema é reserva aos tratados. A Comissão aprovou o terceiro relatório do relator especial, o Professor francês Alain Pellet que traz estudo sobre a definição de reserva e o texto do projeto de “diretrizes para a prática” na matéria, acompanhados de comentários. São sete os pontos incluídos nesse guia: definição de reservas, objeto das reservas, casos em que uma reserva pode ser formulada, reservas com alcance territorial, reservas formuladas ao notificar-se a aplicação territorial de um tratado, reservas formuladas conjuntamente e, a título provisório, um ponto adicional que concerne a definição de reserva e sua permissibilidade. Não entramos, ainda, na consideração de um tema bastante difícil que é a reserva em matéria de acordos bilaterais. Tudo o que disse até agora se aplica a tratados multilaterais. Depois a Comissão vai ampliar esse tema e começar a discutir as interpretações declarativas. Isso também é ponto de grande polêmica.

Responsabilidade dos Estados: é o sexto tema, matéria de permanente consideração, como acabo de lhes dizer. O primeiro relator especial latino-americano, chamado García Amador, apresentou, de 1956 a 1961, 6 relatórios sucessivos sobre a matéria. Em 1963, novo relator especial, o Juiz Roberto Ago, italiano, que saiu da Comissão para a Corte da Haia, e mais 8 relatórios. 1979, novo relator especial, Willem Riphagen, holandês, que submete à Comissão 7 relatórios. Em 1987, o 4º. relator especial, e mais 8 relatórios assinados pelo

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

membro italiano, Gaetano Arangio Ruiz. E chegamos a 1996. Acontece que neste percurso, a Comissão aprovava provisoriamente um esquema para o tratamento do tema, e esse esquema prevê uma primeira parte sobre a origem da responsabilidade internacional, uma segunda parte sobre conteúdo, formas e graus de responsabilidade, levando em conta, por exemplo, reparação contra medidas de garantias, e uma terceira parte sobre solução de controvérsias. A Comissão, em 1996, completou a primeira leitura das partes 2 e 3, e agora a Comissão examina 15 artigos da 1ª. parte. Nestes 15 artigos há, como podem imaginar, muita dificuldade. Muita dificuldade de detalhe, muita dificuldade de formulação das normas. Mas o obstáculo principal que impedia o progresso do tema foi, como não deixa de ser a prática legislativa habitual, foi posto de lado: era o artigo 19 da versão original, onde se procurava definir crime de Estado. A diferença entre crime e delito consumiu várias reuniões da Comissão este ano. A própria idéia, a própria noção de crime do Estado também foi muito discutida. Resolveu-se então deixar para mais tarde, se houver mais tarde, esse artigo 19. E, não há, ainda, uma proposta a levar à Assembléia Geral. Há só um relatório do que foi feito. Não há necessidade de uma decisão dos Estados sobre esse ponto, como também não houve uma decisão dos membros da Comissão. Mas há compromisso formal de, nesses próximos anos, terminar com o assunto. Este quinquênio deve se caracterizar pela conclusão do trabalho da Comissão no tema.

Se entrei nesses pormenores foi para indicar a complexidade e a dificuldade do tema. A complexidade tem que ver não só com a responsabilidade da própria Comissão, mas também com a atitude política dos Estados membros das Nações Unidas.

Que fez a Comissão no passado? Mencionei o texto que serve de origem para o estatuto do Tribunal Penal Internacional. Mas parecem oportunas algumas anotações sobre matérias que foram objeto de relatórios finais apresentados pela CDI aos governos. O primeiro deles foi o projeto de Declaração sobre Direitos e Deveres dos Estados, aprovado na primeira sessão da Comissão. Depois, o projeto de Princípios de Direito Internacional, reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg, adotado em 1950 pela Comissão. E esse trabalho da Comissão inspirou os tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança para Ruanda e Iugoslávia. A questão da jurisdição penal internacional é a origem remota do documento aprovado em Roma. A questão da definição de agressão foi considerada em 1951 pela Comissão, a pedido da Assembléia Geral, mas sem sucesso. O tema foi depois retomado pela própria Assembléia Geral e finalmente, em 1974, a Assembléia Geral conseguiu aprovar uma resolução a respeito da definição de agressão. Direito do Mar: temos um tema contemporâneo, mas que desde 1949 foi objeto de preocupação da Comissão. Imagino que a Comissão terá vivido um dos seus momentos mais relevantes com a adoção, em 1982, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, com os seus 320 artigos e 9 anexos. Tivemos as Convenções de Viena, que todos conhecem. Essas convenções, concluídas sob os auspícios das Nações Unidas, se originaram em

SOARES

considerações ou textos sobre as matérias tratadas, produzidos pela própria CDI. Convenção sobre Relações Diplomáticas, Relações Consulares, Missões Especiais, Direito dos Tratados, Representação dos Estados e Relação com Organismos Internacionais de caráter universal, Sucessão dos Estados em matéria de tratados, Sucessão dos Estados em relação à propriedade, arquivos e dívidas, direito dos tratados sobre Estados e organismos internacionais, ou entre estes. É uma relação importante e que naturalmente merece respeito como produto das atividades da CDI. Mais recentemente, me refiro a 1997, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou o texto da Comissão sobre uma convenção sobre os usos dos cursos d'água internacionais, outros que a navegação.

Que vai fazer a Comissão no futuro? A Comissão tem um grupo que se dedica à identificação de temas que possam ser propostos à Assembléia Geral. Estão sendo considerados, por exemplo, princípios gerais do direito ambiental, corrupção, movimentos migratórios, não discriminação, comércio eletrônico. A Comissão deveria ser menos conservadora e propor temas que tem que ver, como este do comércio eletrônico, com a vida de todos nós, a vida quotidiana de todos nós. Em matéria de corrupção, já temos um texto interamericano que servirá também de subsídio às deliberações quando o tema for incluído na agenda da Comissão. Mas esses temas não devem cair sob a consideração da Comissão meramente como propostas pessoais. É necessário cumprir alguma condição. Há critérios já aprovados pela Comissão, não são critérios muito inovadores, decorrem do simples bom senso. Por exemplo, a matéria deve refletir a necessidade dos Estados, do desenvolvimento progressivo ou codificação. Isso me parece evidente. A matéria deve estar suficientemente avançada na prática dos Estados, e deve ser de natureza a permitir a codificação. Isso é meio tautológico.

Quero registrar o diálogo da Comissão com outros organismos, outras entidades similares. Recebemos a visita do Prof. Jonathan T. Fried, da Comissão Jurídica Interamericana, do Sr. Rafael Benites, do Comitê de Consultores Jurídicos em Direito Internacional Público, vinculado à União Européia, e do Sr. Tang Cheguian, Secretario Geral do Comitê Jurídico Consultivo Afro-Asiático. Recebemos também a visita do presidente da Corte Internacional de Justiça, o Juiz Stephan Schwebel. É importante registrar que nesta visita, ele observou que a Corte dá relevância considerável aos textos de convenção elaborados pela CDI. E também aos projetos, embora com pesos diferentes, os projetos de artigos e seus comentários, quando as partes em uma disputa concordam em que têm eles autoridade como declaração de direito, em alguns pontos específicos. É o reconhecimento da seriedade, da importância do trabalho da Comissão.

Gostaria de concluir e deixar um pouco de tempo para o nosso diálogo interamericano com umas referências a temas que me parecem importantes para o debate sobre o direito internacional contemporâneo, e nesse debate, sobre a atuação da Comissão. Fiz uma pergunta no início: ainda é a Comissão necessária? Só posso responder, a menos que renuncie a meu mandato, que sim, que é

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

necessária. Mas é preciso dar razões por que ela é necessária. Não tem mais o monopólio da codificação e do desenvolvimento progressivo do direito internacional. As grandes conferências temáticas, as grandes conferências diplomáticas sob os auspícios das Nações Unidas estão ocupando um pouco deste espaço. Mas o que a Comissão tem de peculiar, de especial, é trazer aos países uma opinião autônoma de um grupo de juristas internacionais. Isto é uma contribuição importante, é um aspecto definidor da Comissão, e justificador da sua permanência, no meu entender. É necessário modificar sim, já dei alguns exemplos, é necessário modificar o comportamento dos Estados em relação à Comissão, estimulando diálogos, estimulando a presença, não só na 6^a. Comissão, presença anual, mas durante todo o trabalho da Comissão, presença que se pode dar na resposta às solicitações da Comissão, e também nas visitas que se possam fazer à Comissão. É preciso que a Comissão tenha mais cuidado com uma tendência academizante. Existe de fato. Às vezes, num debate, perdemos de vista o alvo, o objetivo, e mais do que isto, a justificativa desse debate, para nos engajar em discussões de natureza acadêmica sobre os temas importantes que estão sendo considerados. Isto não só foi uma observação feita por mim. Verifiquei que outros membros da Comissão tiveram essa mesma impressão. É preciso dar respostas práticas às consultas feitas, sem perder, evidentemente, de vista todo o embasamento doutrinário que as respostas tem necessariamente de apresentar.

Há também a necessidade de levar à opinião pública o que faz a Comissão. Vem num contexto muito mais amplo do direito internacional. Levar o direito internacional à opinião pública. Há uma certa contradição quando nós vemos, por exemplo, o direito internacional se fortalecer com a Conferência Diplomática de Roma. Naturalmente houve o fortalecimento do direito internacional, porque este estatuto vai superar certa dificuldade de compreensão jurídica na criação dos tribunais *ad hoc*. A interpretação extensiva da Carta pelo Conselho de Segurança levou à criação desses tribunais. Não estou discutindo a necessidade nem a matéria desses tribunais. O que estou levantando é que o Conselho de Segurança, pela Carta, não dispõe de autoridade para criar tribunais. Agora, se o tribunal é necessário, não tenho a menor dúvida. E a melhor resposta que a comunidade internacional poderia dar a essa situação foi dada agora, pela Conferência de Roma: a criação de um Tribunal Penal Internacional. Isto é um avanço em matéria de direito internacional, isto é um avanço na proteção dos direitos humanos, isto é de modernidade evidente. Não vi, ao menos por onde andei, reação da opinião pública. Reação houve, em relação a países que votaram contra a criação desse tribunal. Mas não houve uma sensibilização da opinião pública para o assunto.

Deixo para o final aquilo que como interessados no direito internacional, devemos considerar de perto, o chamado “soft law”, chamado pelos franceses de direito flexível, que seriam aqueles acordos informais, aquelas declarações conjuntas, aqueles códigos de conduta, que são acertados, são concertados entre os países, e que vão criando um corpo jurídico, muitas vezes alegado, com autoridade, em algumas disputas. Mesmo declarações, mesmo resoluções,

SOARES

sobretudo resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, estão sendo consideradas como fatores, já não digo fontes, fatores de autoridade jurídica em muitas controvérsias. Aquelas fontes de direito internacional, que nós todos lemos no estatuto da Corte, já não contém toda a realidade do direito internacional público. Esse é um ponto muito importante que devemos aprofundar. Quais são os limites da aplicação do “soft law”, qual é o interesse que terão os juristas e evidentemente os estados na preservação das fontes tradicionais do direito, ou no seu ajuste, na sua inter-relação com novas fontes que estão surgindo. Há uma tendência muito grande dos membros da Comissão de origem anglo-saxônica em insistir em todos os debates no “soft law”, e esse debate me parece que deve sair do âmbito da Comissão.

Concluo por aqui. Fui muito superficial nas anotações por causa da apresentação do Coordenador do Curso, que me pediu deixasse algum tempo para um diálogo com todos. Mas estarei à disposição, se quiserem aprofundar alguns dos temas que foram levantados. Muito obrigado.

PARTICIPANTE (Dra. Daniela Trejos?): Uma curiosidade, o senhor falou sobre uma tendência de trazer temas de direito internacional privado para dentro da Comissão de Direito Internacional. Sempre se teve, vamos dizer, o que sempre se viu da Comissão é que ela tratava só de temas de internacional público, até porque já a Conferência da Haia tem a temática específica da codificação do direito internacional privado, já há muitos anos, e também realizando conferências, eles têm também um temário com prazo de 5 anos para elaboração das conferências. Eu queria saber qual seria efetivamente o que significaria trazer a temática de direito internacional privado também para dentro da Comissão. Seria mais começar a tratar mais temas da parte de direito do comércio, onde há essa inter-relação entre as duas disciplinas?

EMBAIXADOR BAENA SOARES: A falta de privatistas dentro da Comissão é uma das causas da situação que descrevi. Mas não há nenhum impedimento, como disse, de natureza estatutária. Temos agora um privatista importante latino-americano, que é o Dr. Didier Operti, Ministro do Exterior do Uruguai, e que vai ser presidente da Assembléia Geral das Nações Unidas em setembro. E ele está, como fez anteriormente com as conferências interamericanas de direito internacional privado, e está se perguntando por que não há tema de direito internacional privado. As respostas têm sido na ordem da sua observação. Porque já estão tratados em outros fóruns, em outros ambientes. Mas não vejo por que, por exemplo, o tema do comércio eletrônico, que também tem incidências, não possa ser tratado na Comissão, ou deva ser tratado exclusivamente, talvez, na OMC. Não, a Comissão tem alguma coisa a dizer. Se tomarmos todos os temas que a Comissão tratou no passado e trata atualmente, há também outros organismos, outras entidades, que estão preocupadas com estas matérias. Há é uma inércia da Comissão. Não há nenhuma dificuldade de ordem maior. E com o Dr. Didier Operti presente, acho que ele vai estimular um pouco este lado. E

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

também vejo um aspecto importante que omiti: a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas não discrimina, mas na realidade, só tem juristas homens. Um dos pontos que foram levantados: a Corte, já tem, mas a Comissão não, por quê? Nenhum impedimento. O que há é uma falta de iniciativa dos Estados. Recentemente, agora em Nova York, depois que o membro italiano foi eleito para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e vai deixar a Comissão, vai ser necessária uma eleição feita pela própria Comissão e não pela Assembleia Geral para substituí-lo, estimei um pouco que a própria Itália, ou outro país europeu, que é a distribuição regional das vagas, como tudo nas Nações Unidas, leva em consideração o equilíbrio geográfico, não pode ser um latino-americano ocupando a vaga deste europeu, por que não apresentar uma jurista? Poderia ser a abertura para o equilíbrio maior da Comissão. Como vejo aqui que vocês estão em maioria, eu quero me justificar. A Comissão não é discriminatória, de forma alguma. Os países é que têm que levar as suas candidaturas. A primeira pergunta feita por uma jurista me motivou esta digressão.

PARTICIPANTE: PERGUNTA INAUDÍVEL.

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Vejo, e sempre vi, a OEA como um órgão essencialmente político. Sempre considerei a função do Secretário Geral com uma visão política. Ora, se os países quisessem um gerente, não precisavam eleger ninguém. Bastava ir às páginas dos anúncios classificados ou pedir a alguém que fizesse uma triagem de candidatos. Digo isso porque tem que ver com a sua pergunta: a OEA tem que ser, cada vez mais, um foro político. A inter-relação da OEA com a Cúpula das Américas é, no meu entender, natural. O que não pode ser a OEA é um executor do que seja discutido ou decidido na Cúpula das Américas apenas. A OEA tem que participar ativamente do debate desses mesmos temas. E não só o sistema interamericano, o BID não pode ficar ausente, é claro, desse debate. Não vejo incompatibilidade, mas também não vejo subordinação.

PARTICIPANTE: PERGUNTA INAUDÍVEL

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Existe. Existe, participei da 1ª reunião de cooperação e coordenação dos órgãos da OEA com os órgãos das Nações Unidas. Fizemos uma reunião em Nova York, depois fizemos uma reunião em Washington, e vejo que continua esse trabalho. Há dificuldades, há dificuldades. E vou ser muito franco, dificuldades que enfrentei em todo o processo de pacificação da América Central. Não dificuldades de diálogo, por exemplo, com o Secretário Geral Pérez de Cuellar, ou com Butrus Galli, mas dificuldades com a burocracia. A tendência da burocracia das Nações Unidas é considerar a OEA como um departamento das Nações Unidas. Ora, não é possível aceitar que um organismo como a OEA seja tratado dessa forma. Essa é a primeira dificuldade de trabalho conjunto. A segunda, dificuldade de trabalho conjunto no campo, por exemplo, é a diferença do tratamento administrativo, vamos dizer

SOARES

dessa maneira, e tivemos um exemplo muito claro no Haiti, tivemos um exemplo muito claro na Nicarágua, e quando, cronologicamente a Nicarágua foi anterior.....

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Bem, a segunda parte, nós ainda não estamos trabalhando. Vai ser um dos itens a serem propostos: os princípios do direito ambiental. E quanto aos prejuízos causados, estamos na fase de apresentar aos países 18 artigos, projetos de artigos com comentários, sobre prevenção, apenas sobre o capítulo prevenção de danos transfronteiriços causados por atividades de risco, e que não são necessariamente causados por atividades governamentais. Na maioria das vezes são atividades de empresas privadas que os governos têm que disciplinar. Tudo na linha que a Comissão está trabalhando – prevenção. Obter é muito fácil, se quiserem podem solicitar, diria que o documento principal será o relatório que vai ser apresentado em outubro à Assembléia Geral. Pode ser obtido aqui no escritório das Nações Unidas ou diretamente na Divisão de Codificação do Direito Internacional, na Secretaria em Nova York, ou em Genebra. É interessante também buscar esses relatórios individuais, como este documento, por exemplo, que é sobre reserva aos tratados. Aí é que está a maior parte da informação e também nos debates – não há atas extensas, fazem-se atas resumidas – onde está a opinião de cada um dos membros, e que se podem obter diretamente com as Nações Unidas.

PARTICIPANTE: Pergunta – inaudível.

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Acho que é necessário fortalecer a Assembléia Geral como o órgão central de maior categoria hierárquica dos órgãos políticos da Organização. Do outro lado, é necessário centralizar os debates e não duplicar os debates. Quero dizer com isso o seguinte: a Assembléia Geral da OEA é o único momento em que todos os Ministros das Relações Exteriores do Países Membros podem reunir-se. Vamos dizer, mas nem sempre vão todos. É claro, nem sempre, mas na minha experiência, mais da maioria comparece, quase 2/3, o que é importante. E já houve mais de 2/3. Ora, Ministros vão quando o assunto interessa e o assunto interessa quando os Ministros vão. Então estamos num círculo vicioso que é preciso quebrar. Os Ministros não vão apenas para fazer discurso. Os Ministros vão para discutir temas. Tendo em consideração esse aspecto, é que se criou o diálogo prévio à Assembléia. Um dia em que os Ministros estão absolutamente informais, inclusive nos seus trajes, numa reunião sem agenda e trocam suas opiniões e depois entram na reunião formal. Esse novo formato tem vantagens e, como tudo, desvantagens. A Assembléia Geral não pode ser uma Assembléia só para deliberar sobre o orçamento. O Conselho Permanente passou a ser o órgão político essencial e a Assembléia passa a ser um órgão administrativo-financeiro, o que não é bom. Penso que é preciso insistir talvez numa temática mais reduzida no debate com os Ministros das Relações Exteriores, um debate político dos Ministros das Relações Exteriores. Ora, se a Assembléia Geral só vai tratar do orçamento, e se o debate político passa a ser feito pela “Cumbre de las Américas”, o quê que resta? Minha opinião é muito cautelosa; é muito prudente. Não é que eu seja contra as inovações, sempre procurei estimular as inovações. Lembro-me de uma das reuniões que fiz na OEA. Recebi a

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

resposta dos burocratas: “sempre se fez assim”. É mais uma razão, eu disse, para modificar. Não é uma razão que justifique a permanência. É uma razão para a mudança. A Assembléia Geral de uma semana não tinha os Ministros por uma semana, só por 1 ou 2 dias, então 3 dias estão bem, 4 dias estão bem. Não é questão dos dias, é questão dos temas. Não pode ser uma Assembléia totalmente orçamentária, senão era melhor que fossem os Ministros da Fazenda e não dos Ministros das Relações Exteriores.

PARTICIPANTE: Pergunta: inaudível.

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Gostaria de dizer que sou a favor das utopias, porque as utopias é que movem o mundo, a História. Mas, aí, creio que nós estamos muito distantes de um governo mundial, e muito próximos de um governo mundial informal. Temos, por exemplo, o Grupo dos 7, que agora são 7+1, depois da crise russa, acho que vão eliminar um. Já estamos sob a autoridade do G-7 e nas Nações Unidas estamos sob a autoridade do G-5, os 5 membros permanentes. Essa idéia de um governo mundial existe, existe latente, mas vai enfrentar dificuldades, dificuldade de representatividade, dificuldade do processo de decisão, como se chega a uma decisão, como se executa uma decisão. Agora nós vimos, por exemplo, a OTAN se transformar no braço armado do Conselho de Segurança, o que não está previsto na Carta. Algumas das atividades mais importantes das Nações Unidas estão extra-Carta. Toda a parte de operação de paz não existe na Carta. É preciso que tudo isso se consolide de alguma forma, mas vejo que não há ambiente sequer para se começar a pensar. Quer dizer, a Comunidade Européia tem 50 anos desde a sua origem, e tem interesses econômicos importantes. Os interesses universais são muito díspares, divergentes, e até conflitivos. Em matéria de Nações Unidas, temos que recuperar a autoridade de Assembléia Geral, que foi erodida pelos anos e que agora tem que ser recuperada, porque a Assembléia Geral é onde estão todos, com exceção de 1 ou 2 Estados soberanos.

PARTICIPANTE: Pergunta – inaudível.

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Minha primeira resposta é na direção da que dei anteriormente. A Assembléia Geral deve ser fortalecida. A Assembléia Geral tem que recuperar a sua autoridade que foi diluída por uma série de fatores. O Conselho de Segurança, alguns exemplos foram dados, está mais atuante. Alguns dizem que está demasiadamente atuante, porque é mais restrito, porque toma decisões em problemas que interessam também a países extra-Conselho. Há casos de equívoco da ação de Conselho de Segurança – Somália, para lhe dar um exemplo - que não contribuíram para a ação do Conselho. Segundo, acho que também o Conselho merece maior representatividade. Estamos no ano 98 e não é o ano 48, evidentemente. Passaram-se esses anos todos e não houve modificação na estrutura de decisão, sobretudo no Conselho. Sei que é muito difícil a tese de ampliação do Conselho, mas é necessário achar uma solução que se beneficie dessa projeção nova do Conselho. O Conselho não está imobilizado pelo veto, teoricamente, mas o

SOARES

Conselho antes de deliberar formalmente tem reuniões informais, onde aí realmente se tomam as decisões, e aí há divergências mais recentes sobre o Iraque, a posição da Rússia, a posição da China, não há aquele impasse do passado na ação do Conselho que levou à resolução da Assembléia Geral que permitiu desbloquear as operações de manutenção da paz. Por outro lado, existem divergências entre os membros permanentes do Conselho, que muitas vezes diluem a ação. Exemplos, a ação tem que esperar a dramaticidade da tragédia para agir. Por que? Porque ainda não há uma visão uniforme do processo decisório. Há outras realidades, por exemplo, toda a nova realidade sobre direitos humanos que não está prevista no Conselho, naturalmente, e como se responde a isso? Também, nós temos que discutir. A reforma - que se chama - das Nações Unidas não tem que ver apenas com a reforma do Conselho de Segurança, ampliação do número de membros do Conselho de Segurança. Tem a ver com a substância da ação das Nações Unidas. E reformar para quê? É uma pergunta que as pessoas não respondem. Para dar o quê? Mais autoridade? Para que se dê mais autoridade, é necessário que todos concordem. Dou um exemplo. Toda a ação da OEA em matéria de defesa da democracia, a meu ver, não é intervencionista, não teve igual tratamento nas Nações Unidas. A OEA, dentro da sua Carta, encontra base para sua ação em defesa da democracia e mais do que isto, a célebre resolução 1080 que criou este mecanismo de defesa da democracia, saiu do Chile, lembram? Foi aplicada 3 vezes: no Peru, na Guatemala e no Haiti. Essa resolução foi aprovada por todos os países membros da OEA. Não se pode depois buscar um argumento de intervenção para dizer “não pode agir”. Claro que pode agir! Porque esses mesmos países votaram essa resolução. É diferente do que está acontecendo nas Nações Unidas. A Carta da ONU não fala em defesa da democracia. Qualquer país amante da paz e da cooperação internacional pode ser membro das Nações Unidas, mas na OEA há esse compromisso. Há o compromisso jurídico, um tratado que é a Carta da OEA, e não há esse compromisso nas Nações Unidas. Daí concluir que muitas das dificuldades que se encontram está na base, na falta de uma base jurídica para ação. A decisão da Assembléia Geral é um decisão que conduz a um tipo de ação. Mas, na Carta não existe nada disso. Também não podemos ficar sempre sujeitos a interpretações extensivas da Carta. Não creio que estejamos vinculados para sempre aos textos. Os textos podem ser modificados. A Carta da OEA foi modificada 4 vezes para se adaptar às novas realidades. A Carta da ONU ainda fala nos países inimigos. Inimigos de quem? É esse tipo de coisa que passa despercebido, mas, a meu ver, tudo isso tem uma explicação nesses episódios que foram levantados na sua observação.

PARTICIPANTE: Pergunta – inaudível.

EMBAIXADOR BAENA SOARES: A minha impressão é de que a presença do Dr. Opertti veio revigorar essa preocupação. É uma tendência, não é ainda uma consciência. Esses problemas que o Sr. agora levantou, evidentemente, são o exemplo eloquente da necessidade de a CDI tratar desse assunto. A própria tarefa da CDI é essa. Mas, como a gente sabe, os privatistas não são muito populares entre os demais. Estaria de acordo em engrossar essa tendência de levar-se à criação da Corte para o próximo quinquênio, de incluir no próximo programa de trabalho temas de direito

DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONALΨ

internacional privado. Seu exemplo foi muito bom. Vou até usá-lo, sem indicar autor, para minha argumentação na Comissão. Espero que o Dr. Operti tenha o mesmo êxito que teve na OEA, quando estimulou todas as CIDIPs, que realizamos naquele tempo.

PARTICIPANTE: Pergunta – inaudível.

EMBAIXADOR BAENA SOARES: Essa não é ainda uma decisão da Assembléia e nem vai ser uma decisão da Assembléia. É uma possibilidade e se está tratando de levar a cada um dos países dos quais nós somos nacionais, a da contribuição das universidades. Como se daria? Vou dar um exemplo do que eu já fiz. Já contatei a Universidade de São Paulo e aqui a Estácio de Sá para dar a documentação que for produzida neste período. Vou trazer essa documentação, e pedir que eles considerem nos seus cursos de pós-graduação esses temas, e mais do que os temas, que considerem os pedidos de opinião e de observação. Por exemplo, o que pensa o grupo de pós-graduados de direito internacional da USP sobre esse guia da prática em matéria de reserva de tratados. Está deficiente, está excessivo, tem que ser reorientado? Isso é da maior importância. Na Europa há isso, não das universidades propriamente, tem que se fazer uma qualificação. Muitos dos professores que são membros da CDI são professores de universidades européias e eles levam aos seus alunos, naturalmente, os temas. Esse esforço deve ser feito com os outros que não têm os seus alunos para consultar. Mas não quero que essa proposta, essa sugestão seja apenas no sentido egoísta para o representante. Quero que as universidades produzam algum trabalho para o governo. Se o governo achar que o trabalho é bom, transforma na sua resposta à Comissão. Agora se não achar, a universidade manda ao membro da Comissão. Espero que a USP me mande o resultado desse estudo. A minha intenção ao regressar de Nova York depois da Assembléia Geral ir a São Paulo com os documentos. Vs. têm 6 meses para me dizer o que Vs. acham. E não os 6 temas, mas a gente escolhe alguns temas, para mim o interesse prioritário seria “reserva aos tratados”. “Atos unilaterais” é outro. “Proteção diplomática” menos. “Liability” é muito difícil de obter uma resposta. Esses 3 temas, por exemplo, a universidade poderia com seus estudantes de pós graduação debater. É do próprio interesse dos estudantes que poderiam apresentar suas teses, seus trabalhos dentro dessa agenda. Era bom para todos. O problema não é ter idéias, o problema é executar idéias. Idéias todos nós temos, é preciso executar a idéia, e para isso conto com essas universidades. Suspendemos então? Fico devendo a Vs. aprofundar os temas. Até logo e muito obrigado.