

Por vêzes, somos contrangidos a discordar de uma ou outra solução que avento o Autor — é êsse o caso dos efeitos da promessa de compra-e-venda, no que concerne à necessidade de outorga uxória, que é considerada desnecessária.

Mas trata-se de uma leitura assaz interessante e muito informativa. Em verdade (não se trata de um lugar-comum), enriquece a nossa literatura jurídica o trabalho do Dr. RAPHAEL CIRIGLIANO.

EBERT VIANNA CHAMOUN

PHILADELPHO AZEVEDO

In memoriam

A "Revista de Direito da Procuradoria Geral", homenageando a memória de PHILADELPHO AZEVEDO, publica no presente número seus votos dissidentes e opiniões individuais, proferidos quando Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia.

A exceção do seu voto no caso do Direito de Asilo, os demais pronunciamentos ainda não foram publicados no Brasil.

Por oportuno, são também coleccionadas nesta In Memoriam a última de suas conferências (Justiça Internacional), sua biografia e o elogio fúnebre pronunciado pelo Presidente da Corte de Haia em sessão especial.

A Corte de Justiça Internacional era integrada, à época, pelos seguintes Juizes: BASDEVANT (França), GUERRERO (El Salvador), ALVAREZ (Chile), FABELA (México), HACKWORTH (Estados Unidos), WINIARSKI (Polónia), ZORICI (Iugoslavia), DE VISSCHER (Bélgica), MC NAIR (Inglaterra), KLAESTAD (Noruega), BADAWI PACHÁ (Egito), KRYLOV (Russia), READ (Canadá), HSU MO (China) e AZEVEDO (Brasil).

PHILADELPHO, o mais moço, desapareceu aos 57 anos, na plenitude de sua capacidade intelectual, deixando esboçados um tratado de Direito Civil e obras sobre direito hipotecário e registros públicos.

Praticamente sacrificou-se, pois que, portador de três enfartes, contrariou expressa determinação de seus médicos, que lhe proibiam o clima adverso de Haia, com receio de que o Brasil não tivesse assegurado o direito de indicar-lhe substituto.

Os votos foram traduzidos dos registros bi-lingues (francês e inglês) da Corte Internacional pelo Procurador do Estado GENOLINO AMADO, com a colaboração do filho de PHILADELPHO, o Procurador do Estado GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO.

Presta assim a Revista uma homenagem à memória daquele que foi um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos.

BIOGRAFIA

JOSÉ PHILADELPHO DE BARROS E AZEVEDO, que também assinava PHILADELPHO AZEVEDO, nasceu na cidade do Rio de Janeiro aos 13 de março de 1894.

Colégio Pedro II

- 1910 — Bacharel em letras pelo Internato, tendo sido agraciado, pela Congregação, com o "Prêmio Pantheon".
1916 — Professor da cadeira de "Psicologia, Lógica e História da Filosofia", da qual tornou-se catedrático em 1917.

Faculdade de Direito

- 1914 — Bacharel pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, tendo sido diretor da revista de estudantes "A Época".
1930 — Doutor em Direito em decorrência da defesa de tese para a Livre Docência de Direito Civil da Faculdade Nacional.
1932 — Catedrático de Direito Civil da Faculdade Nacional (1.º colocado no concurso).
1935 — Parainfo da turma de bacharelados da Faculdade Nacional.
1937 — Diretor da Faculdade Nacional de Direito.
1938 — Vice-Reitor da Universidade do Brasil.
1938 — Vice-Presidente do Conselho Universitário.

Instituto dos Advogados Brasileiros

- 1917 — Membro Efetivo.
1936 — Presidente (biênio 36/7).
1938 — Presidente (biênio 38/9).

Ordem dos Advogados

- 1932 — Membro do Conselho local (GB).
1937 — Presidente do Conselho local (GB).
1937 — Presidente interino do Conselho Federal.

Funções diversas

- 1934 — Procurador-Geral do Distrito Federal.
1942 — Ministro do Supremo Tribunal Federal.
1945 — Prefeito do Distrito Federal.
1946 — Juiz da Corte Internacional de Justiça, eleito para cumprir mandato de 9 anos, onde teve oportunidade de julgar inúmeras questões de relevância internacional, valendo ressaltar o caso do direito de asilo.

Cursos

- 1927 — de Direito na École de Sciences Politiques de Paris, na Sorbonne, Faculdade de Direito de Paris e Collège de France.

Examinador de Concursos

- para o Ministério Público, para o Pedro II, para o Itamarati, para livre-docente e catedrático de Direito nas Faculdades do Rio, São Paulo, Recife, Belo Horizonte, etc.

Sociedades culturais e jurídicas

- Sociedade de Direito Internacional (membro).
Cooperação Intelectual (membro, vice e presidente).
Liga de Defesa Nacional (membro do Conselho Diretor).
Instituto de Direito Comparado e Estudos Legislativos (fundador e 1.º Presidente).
Société de Législation Comparée (membro).
Association Henri Capitant "pour la culture juridique française" (membro).
Instituto de Direito Administrativo (membro).
Instituto dos Advogados de São Paulo (membro honorário).
Instituto de Direito Processual do Peru (membro).
Associação Brasileira de Educação (membro).
Academia de Direito Comparado da UNESCO (membro).

Missões e Congressos

- 1937 — Semaine Internationale de Droit (Paris).
1937 — Congresso de Direito Comparado (Haia).
1937 — Reunião da Union Internationale des Avocats (Paris).
1938 — Missão cultural ao Uruguai.
1940 — VIII Congresso Científico (Washington).

Comissões do Governo

- Consultor Jurídico do Departamento Nacional de Estatística.
Membro do Conselho Diretor do IBGE.
1931 — Membro da Comissão Legislativa.
1927 — Membro da Comissão de Registros Públicos.
1935 — Membro da Comissão elaboradora da convenção internacional de direitos autorais.
1934 — Membro da Comissão de Organização Judiciária.
1940 — Membro da 2.^a Comissão de Organização Judiciária.
1939 — Membro da Comissão de Reforma do Código Civil (Lei de Introdução).
1935 — Membro da Comissão Revisora dos atos do Governo Provisório.
1934 — Membro da Junta Administrativa da Caixa de Amortização.
1937 — Membro da Comissão de Jurisconsultos do Ministério do Exterior.

Distinção

- 1949 — Professor *honoris-causa* da Universidade de Paris (Sorbonne).

Trabalhos jurídicos

Autor de diversas teses, de *Registro Público* (1924 e 1928), de *Direito Moral do Escritor* (1930), de *Destinação do Imóvel* (1932), de *Registro de Imóveis* (1942), de *Um triênio de judicatura* (1948/50). Em colaboração, autor do projeto do Código de Processo Civil, Execuções de Sentença, Lei de Falências, anteprojeto do Código de Obrigações, Extinção da Enfiteuse, etc. Centenas de Pareceres, Conferências, Discursos, Artigos em revistas jurídicas nacionais e estrangeiras, etc.

Falecido aos 7 de maio de 1951, com 57 anos de idade, no seu posto de Juiz da Corte Internacional de Justiça, no Palácio da Paz, em Haia, Holanda.

ELOGIO FÚNEBRE

Pronunciado na abertura da Audiência Pública de 15 de maio de 1951 da CÔRTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, por JULES BASDEVANT, Presidente da Corte.

En ce mois de mai qui pour ce pays et pour quelques-uns de nous apporte de cruels anniversaires, j'ai le devoir d'évoquer le deuil qui vient de frapper la Cour et qui fut l'occasion pour elle de recevoir le témoignage des sympathies les plus hautes et les plus touchantes.

Le 7 mai, notre collègue PIIILADELPHO DE AZEVEDO nous a été brusquement enlevé.

Il était le plus jeune d'entre nous, et cette jeunesse expliquait l'ardeur que, sans défaillance, il mettait à l'accomplissement de sa tâche.

Si jeune qu'il fût, il avait apporté à la Cour le fruit de patientes études et d'une grande expérience. Il avait étudié le droit au Brésil, puis en France. Il avait enseigné la philosophie au collège Pedro II, puis le droit civil à la Faculté Nationale de Droit de l'Université du Brésil. Surtout il avait été un grand avocat avant de devenir, en 1942, juge à la Cour Suprême du Brésil.

Une grande connaissance du droit se joignait chez lui à une curiosité d'esprit qui avait fait porter son attention sur les législations étrangères: ainsi s'était-il habitué à pratiquer avec maîtrise la méthode du droit comparé. Très instruit de l'histoire, pénétré des traditions juridiques romaines, il avait au même degré les yeux ouverts sur les réalités du temps présent dont son cœur généreux était prêt à accueillir aspirations les plus récentes pourvu qu'elles apparussent légitimes à son esprit de justice.

Ainsi s'était-il fait une place éminente dans l'opinion de ses compatriotes: le 26 novembre 1949, le doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Paris, parlant dans le grande amphithéâtre de la Sorbonne à l'occasion de la remise du diplôme de docteur *honoris causa* à notre regretté collègue, en témoignait par ces mots: "M. AZEVEDO est considéré au Brésil comme le plus grand civiliste contemporain. Son érudition est immense, sa bibliothèque juridique est réputée".

De ce vaste savoir, notre regretté collègue savait faire profiter la Cour. Sa jeunesse lui avait donné le privilège et conféré la responsabilité d'être le premier à pendre la parole dans le délibéré de la Cour. Tout de suite, il apportait dans l'exposé de ses vues le fruit de ses connaissances et le

résultat d'une étude approfondie du dossier: très souvent, il faisait dès ce moment apparaître des aspects que les avocats des parties et nos propres réflexions n'avaient pas jusque-là dégagé ou mis suffisamment en lumière. Son soin scrupuleux d'une étude attentive ne lui laissait rien négliger de ce qui lui paraissait nécessaire à une bonne administration de la justice. Aux opinions qu'il arrivait ainsi à se faire, il restait volontiers attaché, tout en examinant avec la plus entière liberté d'esprit et la plus grande courtoisie les objections qui pouvaient lui être présentées. L'esprit de justice guidait essentiellement ce magistrat: on sentait en lui la sincérité, et il accueillait les opinions des autres comme s'inspirant de la même sincérité.

Le souvenir des tribunaux brésiliens dans lesquels il avait siégé et dont l'autorité est, comme en tout pays, appuyée par toute l'armature de l'État, lui faisait ressentir vivement cette particularité de notre Cour de ne pas reposer sur un tel appui et d'être néanmoins placée à l'avant-garde de l'organisation internationale, puisque le pouvoir lui a été conféré de rendre dans les affaires qui lui sont soumises des décisions obligatoires pour les États. Pouvoir qui dépasse singulièrement celui de l'Assemblée générale des Nations Unies, laquelle ne peut faire que des recommandations; qui dépasse même celui du Conseil de Sécurité, lequel, s'il peut prendre, en certaines matières politiques, des décisions obligatoires pour chacun des Membres des Nations Unies, voit ce pouvoir s'évanouir à l'égard des plus grands États à qui est réservée la prérogative d'empêcher que de telles décisions ne soient prises. Devant la Cour, il n'y a ni grands ni petits États; au sein de la Cour, la voix de chaque juge pèse du même poids. Mais les décisions ainsi prises par une Cour à laquelle on a confié la mission hardie de discipliner l'action d'États souverains dans les affaires qui lui sont régulièrement soumises, de telles décisions ne sont pas appuyées par une armature égale ou analogue à celle qui, dans l'ordre interne, vient appuyer la décision du juge.

AZEVEDO instruit par son expérience judiciaire, sentait à l'égal de chacun de nous, et peut-être plus vivement encore, la gravité de cette situation. Il discernait, en conséquence, l'importance, sous cet aspect comme sous certains autres, des facteurs psychologiques pour le respect du droit dans l'ordre international. Aussi était-il soucieux de voir les décisions de la Cour et ses propres opinions individuelles appuyées sur les motifs les plus pertinents. De là, pour y parvenir, une labeur acharné, un profond effort de pensée, de là parfois même des crises de conscience.

Cet effort pour dire le droit selon la justice, pour le dire selon les enseignements qu'il avait acquis et les données de sa conscience, il l'a poursuivi jusqu'au bout. Momentanément retenu éloigné de nous pendant nos récents délibérations préparatoires, il annonçait alors que, quoi qu'il pût arriver, il serait là au jour du délibéré final et de la décision définitive.

Quoi qu'il pût arriver!... L'inéluctable est arrivé. Ses forces l'ont trahi. Sa volonté s'est évanouie. Notre grand magistrat, notre ami n'est plus. Le plus jeune d'entre nous appartient au passé.

Mais son esprit, son exemple, son souvenir sont vivants dans notre cœur. Que sa famille veuille bien recevoir l'assurance que notre pensée lui reste fidèlement attachée.

A JUSTIÇA INTERNACIONAL

Ao convite de meu velho amigo Embaixador FREITAS VALLE, quando no exercício da pasta do Exterior, acudi pressuroso: ocupar esta nobre tribuna é sempre grato e redobrado o prazer, quando se é devedor de atenções e mercês por espaço de mais de 30 anos; em verdade, recebi a primeira incumbência do Itamarati em 1919, a de examinar o concurso com que EPITÁCIO PESSOA e AZEVEDO MARQUES instauravam a exata fórmula de recrutamento para a diplomacia — meus examinandos de então são hoje todos chefes de missão.

Sobre o tema a desenvolver, minha escolha poderia ter recaído sobre assunto mais complexo, mas ora se abre também a oportunidade para um relato a meus patricios da atuação que vou dando à penosa incumbência de juiz da mais alta Corte do Universo. Por certo, não é a prestação de contas de um mandato recebido, com o qual seria incompatível a função que, antes, obriga a um certo alheamento da pátria e, principalmente, de seus órgãos dirigentes.

Mas, essa espécie de neutralização imposta aos funcionários internacionais não tem o poder de quebrar todos os vínculos de patriotismo que, na espécie, são, ao contrário, reforçados por uma refulgente tradição que pesa sobre meus fracos ombros.

Em verdade, dois imensos vultos da pátria foram destinados a esse mesmo excelso posto — RUI BARBOSA, que infelizmente não chegou a ocupar, já aureolado todavia pelos triunfos obtidos *in loco* na segunda conferência da Paz, e EPITÁCIO PESSOA, que o substituiu com tanto brilho de 1923 a 1930.

Outros dois estão ainda ligados a essa instituição *mater* — CLÓVIS BEVILÁQUA, que, na fase de elaboração, enviou projeto completo para a nova Corte, e RAUL FERNANDES, felizmente aqui vivo e sempre útil à Pátria.

Explicados os motivos da eleição do tema, permito-me acentuar que não vou expor minúcias sobre a organização e funcionamento do tribunal, assunto aliás corriqueiro nesta casa, nem tão pouco ocupar-me exaustivamente dos trabalhos já realizados, o que exigiria um desenvolvimento incompatível com uma simples conferência.

* Conferência pronunciada por Philadelpho Azevedo, a 18 de julho de 1949, no Palácio do Itamarati.

résultat d'une étude approfondie du dossier: très souvent, il faisait dès ce moment apparaître des aspects que les avocats des parties et nos propres réflexions n'avaient pas jusque-là dégagé ou mis suffisamment en lumière. Son soin scrupuleux d'une étude attentive ne lui laissait rien négliger de ce qui lui paraissait nécessaire à une bonne administration de la justice. Aux opinions qu'il arrivait ainsi à se faire, il restait volontiers attaché, tout en examinant avec la plus entière liberté d'esprit et la plus grande courtoisie les objections qui pouvaient lui être présentées. L'esprit de justice guidait essentiellement ce magistrat: on sentait en lui la sincérité, et il accueillait les opinions des autres comme s'inspirant de la même sincérité.

Le souvenir des tribunaux brésiliens dans lesquels il avait siégé et dont l'autorité est, comme en tout pays, appuyée par toute l'armature de l'État, lui faisait ressentir vivement cette particularité de notre Cour de ne pas reposer sur un tel appui et d'être néanmoins placée à l'avant-garde de l'organisation internationale, puisque le pouvoir lui a été conféré de rendre dans les affaires qui lui sont soumises des décisions obligatoires pour les États. Pouvoir qui dépasse singulièrement celui de l'Assemblée générale des Nations Unies, laquelle ne peut faire que des recommandations; qui dépasse même celui du Conseil de Sécurité, lequel, s'il peut prendre, en certaines matières politiques, des décisions obligatoires pour chacun des Membres des Nations Unies, voit ce pouvoir s'évanouir à l'égard des plus grands États à qui est réservée la prérogative d'empêcher que de telles décisions ne soient prises. Devant la Cour, il n'y a ni grands ni petits États; au sein de la Cour, la voix de chaque juge pèse du même poids. Mais les décisions ainsi prises par une Cour à laquelle on a confié la mission hardie de discipliner l'action d'États souverains dans les affaires qui lui sont régulièrement soumises, de telles décisions ne sont pas appuyées par une armature égale ou analogue à celle qui, dans l'ordre interne, vient appuyer la décision du juge.

AZEVEDO instruit par son expérience judiciaire, sentait à l'égal de chacun de nous, et peut-être plus vivement encore, la gravité de cette situation. Il discernait, en conséquence, l'importance, sous cet aspect comme sous certains autres, des facteurs psychologiques pour le respect du droit dans l'ordre international. Aussi était-il soucieux de voir les décisions de la Cour et ses propres opinions individuelles appuyées sur les motifs les plus pertinents. De là, pour y parvenir, un labeur acharné, un profond effort de pensée, de là parfois même des crises de conscience.

Cet effort pour dire le droit selon la justice, pour le dire selon les enseignements qu'il avait acquis et les données de sa conscience, il l'a poursuivi jusqu'au bout. Momentanément retenu éloigné de nous pendant nos récents délibérations préparatoires, il annonçait alors que, quoi qu'il pût arriver, il serait là au jour du délibéré final et de la décision définitive.

Quoi qu'il pût arriver!... L'inéluctable est arrivé. Ses forces l'ont trahi. Sa volonté s'est évanouie. Notre grand magistrat, notre ami n'est plus. Le plus jeune d'entre nous appartient au passé.

Mais son esprit, son exemple, son souvenir sont vivants dans notre cœur. Que sa famille veuille bien recevoir l'assurance que notre pensée lui reste fidèlement attachée.

A JUSTIÇA INTERNACIONAL

Ao convite de meu velho amigo Embaixador FRETAS VALLE, quando no exercício da pasta do Exterior, acudi pressuroso: ocupar esta nobre tribuna é sempre grato e redobrado o prazer, quando se é devedor de atenções e mercês por espaço de mais de 30 anos; em verdade, recebi a primeira incumbência do Itamarati em 1919, a de examinar o concurso com que EPITÁCIO PESSOA e AZEVEDO MARQUES instauravam a exata fórmula de recrutamento para a diplomacia — meus examinandos de então são hoje todos chefes de missão.

Sobre o tema a desenvolver, minha escolha poderia ter recaído sobre assunto mais complexo, mas ora se abre também a oportunidade para um relato a meus patrícios da atuação que vou dando à penosa incumbência de juiz da mais alta Corte do Universo. Por certo, não é a prestação de contas de um mandato recebido, com o qual seria incompatível a função que, antes, obriga a um certo alheamento da pátria e, principalmente, de seus órgãos dirigentes.

Mas, essa espécie de neutralização imposta aos funcionários internacionais não tem o poder de quebrar todos os vínculos de patriotismo que, na espécie, são, ao contrário, reforçados por uma refulgente tradição que pesa sobre meus fracos ombros.

Em verdade, dois imensos vultos da pátria foram destinados a esse mesmo excelso posto — RUI BARBOSA, que infelizmente não chegou a ocupar, já aureolado todavia pelos triunfos obtidos *in loco* na segunda conferência da Paz, e EPITÁCIO PESSOA, que o substituiu com tanto brilho de 1923 a 1930.

Outros dois estão ainda ligados a essa instituição *mater* — CLÓVIS BEVILÁQUA, que, na fase de elaboração, enviou projeto completo para a nova Corte, e RAUL FERNANDES, felizmente aqui vivo e sempre útil à Pátria.

Explicados os motivos da eleição do tema, permito-me acentuar que não vou expor minúcias sobre a organização e funcionamento do tribunal, assunto aliás corriqueiro nesta casa, nem tão pouco ocupar-me exaustivamente dos trabalhos já realizados, o que exigiria um desenvolvimento incompatível com uma simples conferência.

* Conferência pronunciada por Philadelpho Azevedo, a 18 de julho de 1949, no Palácio do Itamarati.

Procurarei simplesmente bosquejar o quadro em que se emoldura atualmente o problema da distribuição da alta justiça no universo, fazendo o confronto entre o que existe e o que pode ou deve existir, entre o *sein* e o *sollen*.

A controvérsia se torna mais nítida ao deparar-se o ponto crucial do primado da norma jurídica, se cabe à lei interna, se à internacional; no terreno filosófico, embora abandonando o encanto do debate e a sedução das fórmulas construtoras, convém resistir ao excesso do logicismo, que pode conduzir à esterilidade. Como o propósito da análise do aparelho cognoscente levada a cabo pelo famoso filósofo de Königsberg, a crítica pura chega inevitavelmente a antinomias, que só a razão prática pode destrinçar.

Em pura dialética, tanto o monismo como o pluralismo das regras jurídicas conduzem a perplexidades, que um debate escolástico não consegue espancar — assim os que, como o grande ANZILOTTI, talvez o mais notável magistrado que já teve a Corte de Haia, apontam o *pacta sunt servanda* como alicerce do direito internacional, não saciam a curiosidade dos que querem saber em que princípio, por sua vez, assentaria o famoso postulado.

Troquemos, porém, o *noumeno* pelo fenômeno e consideremos a famosa onipotência soberana, cada vez mais precária, ainda em relação àqueles povos cujo imenso poder material facilita a ilusão de um arbítrio irrestrito.

Como o homem que se compraz em proclamar o livre arbítrio, ainda nos momentos em que é irresistivelmente conduzido por móveis ou motivos, os países também se enganam ao afirmarem a intangibilidade da soberania, quando são obrigados a cortar na própria carne, por força de contratos ou de declarações só aparentemente unilaterais.

Enfim, a força que congrega os povos em uma sociedade universal, com todas as suas falhas e hiatos, efêmeros ou duradouros, é bastante para justificar a preeminência da norma do direito internacional sobre a interna, quaisquer que sejam as dificuldades de uma explicação que satisfaça aos reclamos do raciocínio humano.

As debilidades do Direito Internacional são apontadas por leigos e técnicos e grandes tentativas para corrigi-las não têm alcançado êxito. A última, de Dumbarton Oaks, não autorizaria exagerada esperança, conforme de antemão fôra salientado na meritória *enquêta* que o *Jornal do Comércio* aqui mesmo provocara.

Por isso, aguarda-se, senão um super-Estado, ao menos uma sólida Federação entre os povos. Aspira-se a uma legislação universal, a que ainda aludira RAUL FERNANDES em recente conferência na Universidade de Montevideu através de um sorite: paz exige segurança e esta pressupõe justiça.

Sempre se agita o duende da soberania, hipertrofiada, à moda individualista, e que só à custa de rudes golpes vem aceitando auto-limitação. *Par in jurem non habet imperium*. Mas, a fórmula atenuada, encontrada na Carta de São Francisco sobre a igualdade soberana, que já permitiu o artifício de um mandato conferido ao Conselho de Segurança e às grandes potências, acomoda-se à explicação de que aquele conceito só exclui a obediência de um Estado a outro, mas não à lei que é impersonificada.

Exemplo da subordinação da órbita interna à internacional encontra-se na possibilidade de reparação de conseqüências de atos perfeitamente legíti-

timos praticados dentro de um Estado, em face das normas constitucionais aí vigentes, o que tem autorizado certos internacionalistas a exagerar o caráter original da teoria da responsabilidade dos Estados extra-fronteiras.

Apesar de tudo isso, estou com HANS KELSEN no sentido de que o primeiro passo a dar será antes de tudo no campo da atividade judiciária.

Vemos assim um homem da estirpe mental do famoso professor vienense, ora transferido aos Estados Unidos, propor denodadamente a submissão da política mundial a uma Corte, cujo esboço planejou em 1944, como única fórmula estável e segura de organização da sociedade internacional.

É fácil, porém, avaliar o quanto de esforços terão de ser despendidos para essa abdicação, que entregaria as famosas questões vitais e os casos de honra a alguns homens sem poder que, embora de valor excepcional, teriam sido escolhidos à distância de qualquer preocupação de nacionalidade e numa demonstração de absoluta igualdade das nações, sem atender sequer à heterogeneidade física, econômica e social dos grupos associados.

Examinou êle minuciosamente todas as objeções sustentáveis e as afastou de modo completo; assim, quanto ao postulado de que um país não se obriga senão com seu voto, aliás, já ultrapassado pelo tratado aqui elaborado na Quitandinha, em 1947, e a natureza constitutiva das sentenças proferidas em casos de lacuna da lei, insuficientes todavia para que o julgador pronuncie o *non liquet*.

Recordou KELSEN que o juiz sempre apareceu antes do legislador órgão assim menos necessário, e, como a filogenia repete a ontogenia, isso deverá também ocorrer na sociedade das nações.

Vejamos como a atividade judiciária desabrochou neste terreno, quando se concluiu que a violência não era modo de indicar o lado para onde pendia a justiça. Para afastar a distribuição desta pelas próprias mãos do interessado, recorreu-se, a princípio, a formas esporádicas de arbitragem para casos concretos ou preventivamente para eventual aplicação, *a posteriori*, da cláusula compromissória, ficando *in potentia* apontado o caminho, que a controvérsia *in specie* teria posteriormente de palmilhar.

A diferença entre o pacto *de compromittendo*, de caráter preliminar ou preventivo, e o verdadeiro compromisso arbitral se acentua, aliás, no campo internacional, a propósito, *v. g.*, da intervenção legislativa, quiçá exigida pelo direito interior na aprovação das obrigações externas assumidas pelo Estado.

Como nada há de novo no mundo, os pesquisadores já situaram na idade média o início de projetos e de sugestões sobre a formação de um verdadeiro tribunal para o universo.

Mas, o primeiro passo decisivo só se deu no findar do século XIX, com a criação, pela 1.^a Conferência da Paz, da Corte Permanente de Arbitragem. Bem que se tratasse de um órgão preconstituído, não passava ainda de fórmula eventual, pois em rigor não existia nem Corte nem permanência — criava-se apenas um elenco de juristas, indicados por todos os países do mundo, e onde os interessados poderiam recrutar no momento dado os árbitros para certa pendência. Prestou, contudo, grandes serviços à humanidade, pois ultrapassam de vinte as decisões proferidas, algumas

ainda depois da criação da Corte de Justiça, de que constiu, aliás, um dos elementos geradores.

Por isso, tem sido conservado esse órgão embrionário e seus elementos permanentes, Conselho e Secretaria, funcionam ainda hoje lado a lado com a Corte no famoso Palácio da Paz, que a munificência de Carnegie erigiu em Haia.

Da 2.^a Conferência da Paz não pôde ainda sair órgão mais aperfeiçoado, dadas as dificuldades encontradas para a composição e recrutamento de juizes, em cujo debate tanto se salientou RUI BARBOSA na defesa dos pequenos Estados. Nem o projeto de organização de uma simples Corte Internacional de Prêças Marítimas alcançou viabilidade por falta de ratificação dos textos, embora o número de potências interessadas nesse assunto fôsse restrito.

Entrementes, funcionou com sorte intermitente, por uma década, a Corte Centro Americana formada de juizes escolhidos pelos parlamentos das cinco repúblicas da América Central, com jurisdição ampla, iniciativa de atuação e até conhecimento de casos de interesse individual.

Afinal, após a primeira grande guerra do século, o *Covenant* da Liga das Nações, preliminar aos Tratados de Paz, prometia a instituição de uma Corte preconstituída para solução de casos da natureza legal; a seguir foi ela formada com 11, e depois 15 juizes, escolhidos sem dependência de nacionalidade, antes com participação das várias formas de civilização e diversos sistemas jurídicos, afastados apenas mais de um juiz da mesma nação. Embora na prática as grandes potências sempre fôsem contempladas nas eleições, a redação dos textos excluía melindres de qualquer dos países reunidos sob o Pacto, afastando, assim, as objeções de RUI, que Lord ROBERT CECIL ainda temia em 1919.

Em 1945, manteve-se quase o mesmo modelo, embora razões práticas houvessem excluído qualquer ligação entre o antigo órgão e o novo, formado à sua feição. O próprio nome foi alterado para excluir alusão à permanência e ligar o adjetivo Internacional à palavra "Corte" e não a "Justiça".

Sem embargo, o percurso da nova idéia não tem sido tranqüilo, ante certos embaraços, alguns, embora, de simples retardamento.

Como residuo de antigos preconceitos e fazendo-se dos magistrados como que representantes nacionais, manteve-se, assim, a intervenção dos juizes nos casos de interesses de seus próprios países, o que pode forçar sem vantagem situações contrárias à própria natureza humana; ainda pior é a medida tomada como compensação, qual a de ensejar a designação de juizes *ad hoc*, em favor dos países interessados que não tiverem um nacional seu com assento na Corte. O projeto de KELSEN razoavelmente preconizou solução oposta, proclamando o impedimento do juiz para julgar as causas de interesse de seus países.

Vários outros senões eram já notados no anterior Estatuto: a falta de sanção das sentenças, a exclusão de acesso dos indivíduos à Corte, reservada aos Estados, a caracterização dos negócios como legais e a ausência de jurisdição obrigatória.

De certo, muito teremos a caminhar até que se apague inteiramente a diferença entre os negócios *justiciable* e *non justiciable* — com a separação do jurídico e do político, na acepção mais elevada deste termo, embora aquêles elementos não se contraponham francamente, antes mesclando-se a miúdo.

Contentemo-nos em percorrer a mesma estrada áspera com que na ordem interna o judiciário alcança palmo a palmo sua intervenção nos negócios tradicionalmente excluídos de sua alçada; em nossa história poderíamos buscar exemplos dessa luta, em que se notabilizaram RUI BARBOSA e PEDRO LESSA, fazendo assentar o postulado de que a ofensa a direitos individuais não é jamais justificada pela natureza política do ato danoso, a despeito mesmo de sua caracterização como ato de *imperium*.

Passando à órbita internacional agravam-se os obstáculos que juncam a estrada até o triunfo total, quem sabe, quando das concepções de KELSEN e tantos outros.

O primeiro embaraço reside na falta de jurisdição obrigatória, que, todavia, os membros da Comissão de Juristas haviam proposto com alvoroço, em 1920. RAUL FERNANDES já então confessava que ao entusiasmo inicial sucedera apenas uma atitude de confiança, de mera expectativa. Vinte e cinco anos depois, nada se conseguiu avançar, a despeito dos esforços de muitas nações do nosso continente. Manteve-se apenas a *trouvailla* da chamada cláusula facultativa, que esse nosso ilustre patricio propusera sob aplausos gerais e que atraíra não menos de 44 países.

Ainda agora, acabo de receber o *compte rendu* da solenidade comemorativa do cinquentenário da 1.^a Conferência da Paz; na famosa sala dos cavaleiros de Haia, reliquia do século 13, o famoso internacionalista BASDEVANT, atual Presidente da Corte, fez a seguinte referência ao nosso Chanceler: *Mais, grâce à l'ingéniosité d'un Homme d'Etat brésilien, le Statut de la Cour internationale de Justice, à l'exemple de celui de la Cour permanente de Justice internationale, contient une disposition, dite facultative, autorisant chaque Etat à déclarer qu'il accepte par avance comme obligatoire la juridiction de la Cour dans certains cas spécifiés. Par cette voie, la faveur marquée par certains pour l'arbitrage obligatoire a obtenu des réalisations importantes dont il appartient à l'opinion publique de réclamer l'élargissement.*

Fôrça é porém convir que tendo a Corte de São Francisco progredido bastante no relativo à solução dos conflitos e, portanto, no assegurar a paz mundial, assinalou um regresso no que tange com o aspecto que ora nos interessa, em confronto com o organismo de Genebra.

É que a soberania, cedendo terreno, se esforça em guardar uma segunda trincheira — a da competência exclusiva ou domínio reservado, embora também aí a liberdade se venha enfraquecendo, ainda quando não convencionalmente limitada ou perdida, pois o outro pólo se engrossa, atingindo a esferas até então tidas por intangíveis — comércio, tarifas, imigração, etc.

O texto de reserva das chamadas questões domésticas é mais potestativo que o de 1919, pois se presta a uma interpretação exagerada que

cada país possa lhe atribuir sem contrôlê dos órgãos executivos da Sociedade.

O recuo repercutiu desastradamente na vida do Tribunal Internacional.

É que, no jôgo da cláusula optativa, tornando obrigatória a jurisdição da Côrte, sob várias condições de tempo, natureza de conflito, reciprocidade, etc., surgiram novas restrições que muito enfraquecem o sentido de tal solução, segundo opiniões insuspeitas têm acentuado.

Assim, além de nova reserva sôbre casos de aplicação de pactos multilaterais, onde a intervenção na lide por terceiros estivera, aliás, sempre prevista, quatro países já consignaram a ressalva de submissão de casos de natureza doméstica, *por eles mesmos assim caracterizados*, o que em rigor solapa a própria aceitação. Sômente um caso concreto poderá discernir a existência de um conflito dessa fórmula com a regra estatutária que confia à própria Côrte decidir de sua competência, em caso de impugnação. Entretanto, a Suíça, que muito se preocupara em fixar a extensão de suas obrigações em aderindo ao Estatuto da Côrte, sem contudo entrar para a ONU para não perder as vantagens de sua neutralidade, nenhuma restrição fêz ao aceitar a chamada cláusula facultativa.

Felizmente, apura-se, em sentido contrário à atitude daqueles Estados; a orientação tomada em 1948 na confecção da Carta de Bogotá, onde praticamente se transformou a cláusula facultativa em obrigatória para os países do novo continente, notando-se apenas reservas expressas nesse particular por parte de três nações.

Outra conquista aí obtida foi a da designação compulsória de árbitros em caso de recusa do país signatário da convenção, solução ainda muito discutida no próprio direito interno.

Muitos outros tratados de menor alcance têm ainda previsto a intervenção da Côrte para a solução de conflitos, e organismos, filiados ou não à ONU, vêm adotando a mesma orientação no exercício da faculdade de fazer consultas — assim, a reforma em Bruxelas da convenção de Berna sôbre propriedade literária e artística, e a Carta de Havana sôbre o comércio internacional.

A tal respeito é curioso recordar o caráter híbrido da Côrte, que também funciona como órgão de consultas, não dos Estados diretamente, mas dos órgãos da ONU e das instituições a estas filiadas; contudo, não pode esta faculdade servir para disfarçar verdadeiros julgamentos, à revelia do consentimento dos países interessados, o que já me levou a sustentar que as consultas devem ter de preferência caráter abstrato, retirada sempre a franja de fatos que porventura as tenham determinado. Assim se chega a distanciar o aspecto político, acaso mesclado na questão jurídica apresentada à Côrte para um parecer, que não goza, contudo, das imunidades do caso julgado.

Ainda eventualmente a Côrte pode ocupar o papel de órgão de recurso de decisões arbitrais, por força de Tratados ou de compromissos, embora ao tempo de sua organização se preferisse silenciar tal aspecto.

Como bem sabeis, o estatuto da Côrte contém famosa enumeração de fontes formais do Direito Internacional, que tem sido uma das melhores ferramentas do aparelhamento dêste, não importando sequer o intenso debate doutrinário a respeito, desde a hierarquia em que foram indicadas as fontes principais — convenção, costume e princípios gerais de direito, e as auxiliares, doutrina e jurisprudência, até à verdadeira natureza de algumas delas, como a dos princípios gerais de direito. Muito se tem discutido ainda sôbre a extensão da equidade, excepcionalmente admitida, ou sôbre a influência do direito interno, em sua tríplice manifestação de lei, doutrina e jurisprudência.

De mor importância é aliás o problema da hermenêutica no direito internacional, a começar pela interpretação da própria Carta.

Como em geral ocorre, nem aí se pode exagerar o valor dos trabalhos preparatórios, talvez um tanto descosidos em São Francisco; embora se haja definido a preocupação de não entregar a qualquer órgão a exegese dos textos constitucionais da ONU, irrecusável é que tal sucessão há de ser recolhida pela Côrte Internacional dada a natureza de suas próprias funções, como assim já vem acontecendo.

LAZARE KOPELMANAS justifica essa conclusão de maneira convincente e mostra como tôda interpretação tem de girar entre os pólos de atração poderosa das duas idéias-fôrças que orientaram a construção de 1945. Nem se pode acenar com uma ditadura judicial, mais perigosa, é certo, quando não existe poder legislativo ou constitucional que possa corrigir os rigores de uma aplicação técnica dos textos, em detrimento de interesses sociais, como acontece com alguns textos internos, que prevêm a sanatória de inconstitucionalidade, por uma votação qualificada do Parlamento ou diretamente pelo povo, verdadeira emenda da Constituição. É que a Carta também possui seu sistema de freios e contrapesos.

Além da pressão da opinião pública do mundo, atenta a quaisquer excessos da Côrte, o art. 94 da Carta confia exatamente ao Conselho de Segurança a melindrosa tarefa da execução das sentenças judiciais por meio de sanções facultativas, graduáveis em função das exigências da paz no mundo. Constituiu isto nítido progresso, pois até então as sentenças internacionais careciam de tôda fôrça executória, apresentando um característico na ordem interna tido por absurdo — *campaña sine pistillo*.

Quanto à prática de julgamento, é ela cercada de máximos cuidados: cada juiz dá seu voto por escrito e êstes são trocados e discutidos; depois, uma comissão de redação oferece o projeto de aresto, ainda discutido e votado em dois turnos. Os votos divergentes e separados são oferecidos antes de fechado o acôrdo, para evitar que críticas sérias fiquem sem respostas da maioria, o que sem dúvida redundaria em benefício do prestígio da Côrte. Esta preocupação, aliás, concorre para que os votos dissidentes não sejam bem vistos pela maioria dos juizes europeus, pois, em seus países, a liberdade individual de pensamento não consegue justificar que um magistrado manifeste de público seu ponto de vista, nem mesmo que declare simplesmente seu desacôrdo. Habitado ao nosso sistema, que

é o americano, onde deu ótimos resultados, não posso infelizmente me conformar com essa prática e não deixo de lançar em separado as explicações que tenho por necessárias; também o faz a miúdo um egrégio juiz, que tanto aqui apreciámos, o Sr. ALEJANDRO ALVAREZ, um dos mais avançados espíritos que conheço na especialidade.

Todavia, a atividade da nova Córte tem sido menor em relação à antiga, que proferiu cerca de 70 arestos (consultas e sentenças) em 18 anos de vida, ao passo que a atual só lavrou 4 acórdãos já se encontrando no 4.º ano de vida. É certo que uma sensação de certa instabilidade dominou o mundo até há pouco e a execução da nova Carta ainda não teria, quiçá, encontrado seu trilho normal. E a vida da Córte depende do clima internacional, como o do velho templo dedicado a Janus, embora em sentido contrário: o Tribunal de Haia fecha praticamente suas portas em tempo de guerra, enquanto a casa romana se abria exatamente nessas circunstâncias.

Tivemos apenas um caso decisório, que por sinal ensejou um curso completo de processo, em suas fases escrita e oral, com exceção preliminar, reconvenção, prova testemunhal e pericial, vitória *in loco*, amplo debate a que não faltou o pitoresco das cabeleiras usadas por sete dos maiores advogados e professores da Grã-Bretanha, contraditados por juristas franceses, a serviço da Albânia. Ainda resta *sub iudice* a liquidação da responsabilidade, mandada fixar *ex officio* pela Córte. Nada menos de quatro problemas essenciais foram abordados no aresto final e nos votos vencidos, formando um grosso volume bilingüe. Assim, a responsabilidade internacional dos Estados, a passagem de navios de guerra por águas territoriais, a condição dos estreitos e a intervenção para efeitos de polícia internacional, foram exaustivamente examinados, ensejando acórdos e dissensões, em que o espírito de *finesse* muito se acentuou.

Pessoalmente, atendi à reclamação patrimonial, única formulada pelo Reino Unido, mas me apoiando em mera culpa e colocando-me entre a maioria, que reconheceu o dolo, embora sem indicar o autor da colocação das minas, excluída a Albânia por falta de meios, e a minoria, que não encontrara prova judiciária suficiente demonstrativa de autoria, culpabilidade ou ciência de ato verdadeiramente criminoso, nem considerava cabível a hipótese de simples negligência. No que tange com a reconvenção, a Córte sem discrepância entendeu que a limpeza posterior do canal para a busca de minas e a formação do corpo de delito era contrária ao Direito Internacional e ofensiva da soberania albanesa; fiquei, porém, vencido, em relação a idênticas conclusões, ligadas ao fato anterior da passagem de navios de guerra por um estreito, sem maior importância para a navegação e sem atenção ao veto oposto por um dos Estados costeiros; aliás pareceu-me este ato mais grave que o anterior, onde, em falta de polícia internacional, um país pretendeu apenas colher provas para trazer à justiça.

Quanto à atividade consultiva, que os comentadores da antiga Córte sempre consideraram como fornecendo casos de muito maior relêvo, já proporcionou ao Tribunal dois sérios pronunciamentos.

Em um, foi examinada a admissão de novos membros da ONU, gerando profunda dissensão que quase conduziu a um empate nas opiniões dos juizes; sem embargo das divergências sobre o exame de problemas de tão acentuado teor político, se pôde acentuar sem hesitação a repulsa ao abuso de poder discricionário e à adoção de processos incompatíveis com o relêvo do organismo, quanto a transigências recíprocas, ainda que norteadas por elevados desígnios.

Outra consulta da Assembléa Geral continha em seu bôjo consequências de particular interesse para a vida da ONU — assim, a sucessão de atentados contra funcionários seus, culminando no caso Bernadotte, exigiram um exame da qualidade daquela para reclamar internacionalmente por meio de negociações diretas ou compromissos, a reparação de prejuizos, não só os diretamente sofridos pela Sociedade, como os que atingissem às vítimas e seus subrogados.

A solução exigiu referência ao principio da personalidade jurídica e exame profundo da condição dos agentes da ONU, que sofrem uma espécie de *capitis diminutio*, em beneficio da instituição, a que se têm de dedicar preferencialmente, auferindo, em retribuição, vantagens e até imunidades e privilégios.

Cogitou-se ainda de uma possível concorrência entre a reclamação da ONU e a do país de origem da vítima, ao qual fora tradicionalmente reservada até agora a faculdade de reclamação diplomática. Em opinião agregada ao aresto, tomado por onze votos contra quatro (juizes originários da Rússia, Polónia, Egito e Estados Unidos), sustentei ainda que, ao lado dos representantes por Estados, que levam o sangue venoso cheio de preconceitos e interesses, e dos funcionários, que transportam o sangue arterial, após as decisões superiores laboradas nos centros de atuação da ONU, há uma terceira espécie de agentes — os peritos, mediadores ou delegados escolhidos pela ONU, embora não funcionários desta.

Aqui residiria a meu ver a maior dificuldade, o que me levou a sugerir uma distinção a propósito da legitimação processual ativa: se o indivíduo é exclusivamente escolhido por seus méritos pessoais, como no caso Bernadotte, a primazia da reclamação deve caber à ONU, mas se é designado em atenção à nacionalidade, quer por seu país de origem, quer mesmo diretamente por aquela, difficilmente o principio de proteção aos nacionais pode ceder completamente o passo ao outro, que não pressupõe um núcleo análogo do de pátria, mas um novo elemento de simples fidelidade a grandes e nobres idéias, embora sem acarretar aquisição de outra cidadania.

Na decisão preliminar da exceção oferecida no caso de Corfu, a Córte se absteve de examinar outro aspecto interessante da Carta, qual o do valor das recomendações do Conselho de Segurança, tomadas de acôrdo com o capítulo VI da Carta, isso porque se tornara desnecessário

pronunciamento a tal respeito, após a aceitação inequívoca da competência do Tribunal pelo país réu na causa.

Permitindo o Estatuto que a Corte, ou suas câmaras, se reúnam fora de Haia, pensa ela se deslocar para o continente americano, logo que surja um litígio entre países de nosso hemisfério, notando-se que somente o Brasil, na América, já procurou a jurisdição mundial, no conhecido caso dos empréstimos franceses em franco ouro.

Outro elemento de flexibilidade da justiça internacional é o que reside na previsão de uma câmara de 5 membros para julgamentos sumários, além de outras constituídas de várias maneiras, entre os juizes da Corte, pelos países interessados; foram todavia abolidas as câmaras preorganizadas para julgamentos das questões de trabalho e de transporte, previstas no primitivo Estatuto.

Todavia, a tendência é para ampliar o trabalho da Corte, senão para estender a atividade judiciária na vida internacional; não somente questões de comércio, trabalho, empréstimos vêm exigindo projetos de novos órgãos ou de ampliação de competência dos atuais.

Já aludimos ao caso das prêsas e podemos registrar a Convenção de Havana que, instituindo a Carta do Comércio, estabeleceu até uma espécie de revisão do próprio mérito de decisões de órgãos executivos, com ou sem suspensão de efeitos, em função da reparabilidade dos danos, análogamente ao nosso caso clássico de agravo da antiga lei processual.

Ainda as reclamações administrativas de estrangeiros podem conduzir à criação de uma espécie de *Court of Claims* para agir, em primeira ou última instância, em certos casos de responsabilidade estatal no campo internacional.

A própria regra que exclui o acesso direto de indivíduos às Cortes do mundo terá que ser mui brevemente rompida, ainda fora dos casos em que os Estados encampem as reclamações de seus nacionais como aconteceu no já citado caso dos empréstimos franco-brasileiros. É inevitável a corrente que reconhece ao indivíduo um lugar ao sol na vida universal, sem exigir o intermédio dos agregados nacionais.

A proteção das minorias acaba de suceder a retumbante declaração de direitos do homem, que padecerá de raquitismo se defendida somente pelos tribunais nacionais, podendo isto levantar protestos e acusações, como a propósito da aplicação de recentes tratados de paz.

Essa tendência é mais nítida, porém, no Direito Penal, onde a rigidez do princípio territorial na punição vem sofrendo contínuos e progressivos atentados. A sanção de delitos cometidos fora do território do país e a criação de figuras novas por atos internacionais, como o tráfico das brancas ou de publicações obscenas e entorpecentes, ampliou velhos conceitos assaz estreitos, com referência, *v. g.*, à pirataria e ao transporte de escravos.

Em 1937, convenções, abordadas para a repressão ao terrorismo, já cogitavam de um tribunal internacional, em seqüência ao atentado de Marselha em 1935, contra o rei da Iugoslávia, mas só após a segunda

guerra se conseguiu resolver o problema já também previsto sem resultado no Tratado de Versalhes, com a acusação de Guilherme II.

Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio realizaram-se perante côrtes internacionais e sinto não ter tempo, para, ao menos, aflorar aqui os aspectos de direito interessantíssimos, que se projetaram.

Apenas se pode concluir com GEORGES SCHELLE, que o problema da personalidade jurídica, já antes em estado melindroso, saiu mui combatido dessa prova, em que, ao invés de se aplicarem as clássicas sanções coletivas, de multas ou anexações de territórios, sacrificando culpados e inocentes, cuidou-se de fazer justiça sem atender a ficções. Os entraves de fóro privilegiado para os governantes e de obediência a ordens superiores terão de ser afastados.

Os vários motivos de inculpação prestam-se sem dúvida a análise profunda, ainda em face do princípio basilar do *nullum crimen nulla pena sine lege*, que os vencidos, aliás, haviam desconhecido acintosamente, mas de qualquer modo constitui um reclamo da consciência jurídica universal retomar-se o assunto para uma solução integral e definitiva.

Ao lado da lei substantiva haverá que cuidar, paralelamente, da adjetiva, quanto à criação de um órgão competente preconstituído.

A recente decisão da Assembléia Geral sobre o delito de genocídio vem de reanimar o debate, pois um dos artigos da convenção ora sujeita à ratificação dos membros da ONU prevê a atuação de um órgão com competência a lhe ser oportunamente atribuída.

E o assunto foi logo colocado na agenda da Comissão de Codificação de Direito internacional, recém-criada, e da qual é relator geral nosso eminente patricio GILBERTO AMADO — restará optar entre a criação de uma nova Corte, ou a de simples câmara no Tribunal de Haia.

Eis aí recordada a largos traços a evolução do problema da jurisdição na órbita internacional; atravessa êle um ponto crítico, acentuando-se uma tendência de extensão, ainda que em prejuízo da profundidade, dadas as forças de empuxe acima apontadas. Mas, as resistências não de ser vencidas a fim de que a humanidade possa caminhar para os ideais de que se fêz arauto indefeso homem da estatura de KJELSEN.

E o Brasil, fiel às mais puras tradições jurídicas, por certo fará tudo quanto de si depender, para que essa marcha civilizadora não se embarace nem se retarde.

O DIREITO DE ASILO

(Peru versus Colômbia)

CÔRTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA
ANO DE 1950

Asilo diplomático. Direito de qualificar a natureza do delito, se político ou de direito comum; pretensão no sentido de que o Estado asilante dispõe de capacidade unilateral e definitiva para a qualificação. Falta de fundamento para tal pretensão em face da ausência de regra convencional ou costumeira que a justifique. Acôrdão Bolivariano de 1911 sobre extradição, diferenças entre asilo territorial (extradição) e asilo diplomático. Convenção de Havana de 1928 relativa ao asilo, Convenção de Montevideu de 1933 sobre asilo político; costume, elementos e prova. Garantias para a livre saída do asilado; condições requeridas para a exigência de salvo-conduto.

Reconvensão. Cabimento: conexão com o objeto do Pedido (artigo 63 do Regulamento da Côte). Mérito: interpretação do artigo 1.º, parágrafo 1.º, da Convenção de Havana; interpretação do artigo 2.º, parágrafo 2.º, da mesma Convenção; noção de urgência; natureza do perigo, cuja iminência justifica a urgência; procedimentos judiciais instaurados pelas autoridades territoriais previamente à outorga do asilo; procedimentos regulares e procedimentos manifestamente arbitrários: sem justificação a urgência desde que outorgado o asilo; proteção refletindo-se em relação aos procedimentos regulares; prorrogação do asilo em contrariedade ao artigo 2.º, parágrafo 2.º, da Convenção de Havana.

VOTO VENCIDO DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Com grande pesar sou obrigado a me afastar dos motivos e das conclusões adotadas pela Côte em acórdão, e a expor pontos de vista pessoais sobre diversos aspectos da causa.

(*) O acórdão encontra-se nas publicações da Côte (*Affaire du Droit d'Asile*) ou no *Recueil des Cours*. Tomaram parte no julgamento, além dos

1. Convém acautelarmo-nos de início para que a excessiva aplicação do método gramatical, o empenho em procurar a intenção dos autores de um texto, ou o apêgo excessivo à lógica formal, não cheguem ao ponto de tornar, por exemplo, desconhecido o modo pelo qual uma instituição jurídica se adaptou às condições sociais reinantes em determinada parte do mundo.

Não esqueçamos, por outro lado, que a solução de um caso particular, sobretudo em direito internacional, provoca profunda repercussão; os conceitos nela adotados adquirem um valor quase legislativo a despeito de todas as aplicações jurídicas afirmando que a sentença não faz lei senão entre as partes (Estatuto da Côte, art. 59).

Os processos técnicos podem ser aplicados de modo tão estrito que uma instituição cavalheiresca, cheia de tradições, e à qual ninguém contesta os serviços prestados, se amenize e se transforme a ponto de não ser mais do que uma medida de caráter policial. É assim que em matéria de asilo chegar-se-ia a apagar a diferença que serve de base à própria instituição, isto é, a distinção entre delitos políticos e delitos de direito comum: desapareceria destarte toda separação entre o respeito devido no primeiro caso e a proibição imposta no segundo.

Na verdade, se se tiver em vista exclusivamente a proteção material da pessoa contra os excessos da multidão desenfreada e apenas durante o tempo estritamente necessário à entrega do perseguido as autoridades do país, e se, por outro lado, não se pode sequer imaginar a recusa em proteger contra um linchamento iminente os mais infames criminosos de direito comum, durante o tempo indispensável à sua entrega à guarda do Estado territorial, qualquer distinção estará abofida.

Chegar-se-á igualmente a considerar um asilado em segurança com sua entrega às autoridades locais, ainda quando se houver apurado tratar-se de simples delinqüente político, sem excluir sequer o castigo por delitos

14 membros da Côte, o Juiz representante do Peru PAZ SOLDÁN, e o Juiz representante da Colômbia CAICEDO CASTILLA. O resultado do julgamento foi o seguinte:

— Sobre a pretensão da Colômbia:

— por quatorze votos a dois (CAICEDO CASTILLA e PHILADELPHO) rejeitar o primeiro pressuposto, no que implicaria em direito para a Colômbia, como país concedente do asilo, de qualificar a natureza do delito, de modo unilateral, definitivo e obrigatório para o Peru;

— por quinze votos a um, rejeitar o segundo pressuposto;

— Sobre a pretensão do Peru:

— por quinze votos a um, rejeição, uma vez que ela se fundamenta no artigo 1.º, parágrafo 1.º, da Convenção sobre asilo, assinada em Havana em 1928;

— por dez votos a seis (ALVAREZ, BADAWI PACHÁ, READ, PHILADELPHO, CAICEDO e ZORRICO), que a outorga de asilo por parte do governo colombiano não se operou de conformidade com o artigo 2.º, parágrafo 2.º, da referida Convenção.

comuns pelos quais será posteriormente inculcado, como é de regra em casos de extradição.

2. A realidade se me parece muito outra e as tradições mais assentadas na América Latina, assegurando o benefício do asilo a qualquer pessoa perseguida por crimes ou delitos políticos, seja durante movimentos revolucionários, seja durante os períodos mais ou menos perturbados que os seguem, se me afiguram bem diversas. Este resultado pode ultrapassar o que pretendiam os autores do Tratado de 1928 e se apóia não sobre a única presunção de falha na administração da Justiça, mas sobre o fato de que uma deficiência é sempre fácil nessas épocas conturbadas, sendo melhor evitar em cada caso uma investigação, que seria mais ofensiva para o país do que uma medida geral, sempre aplicada na base de rigorosa reciprocidade.

Ninguém contesta a influência no seio do direito internacional de fatores particulares, perfeitamente compatíveis; uma formação secundária pode resultar de ligações por diversos títulos, sob o ponto de vista da raça, da religião ou da contigüidade geográfica.

O asilo diplomático fornece exemplo relevante da necessidade de levar em conta, na criação ou adaptação de regras de limitada competência territorial, as circunstâncias geográficas, históricas e políticas peculiares à região de que se trata, no caso, as vinte nações da América Latina.

Enquanto na Europa, afora os movimentos sociais raros mas muito profundos, o instituto do asilo tende a desaparecer, na América Latina as perturbações, que, por serem menos graves, são mais frequentes, levaram a adaptar e a desenvolver a velha instituição que ganha novas forças em cada convenção assinada a propósito, sem que se possa ainda entrever o ponto culminante, quanto mais o declínio da curva.

3. O asilo nessa região é quase contemporâneo da autonomia dos Estados que a compõem e que não contam ainda um século e meio de independência; a extensão de sua aplicação coincide com os territórios do centro e do sul da América e não me recordo de nenhum Estado que tenha permanecido estranho a tal ação, sob os dois aspectos que a instituição apresenta. As pessoas que se beneficiaram dessa medida são contadas às centenas e a proteção de vidas preciosas me parece pesar mais fortemente na balança do que a punição de alguns delitos políticos.

Entretanto, ao lado do aspecto humanitário, de caráter nitidamente individualista, o asilo se apresenta sob um aspecto ainda mais importante. É também uma instituição altamente social cuja profunda ação educadora se exerce no sentido do domínio das paixões, do exercício do controle sobre si mesmo e do respeito devido a uma norma tão fortemente enraizada que reveste aspecto quase sacramental. Esta prática se impôs aos governos de fato mais poderosos que foram instalados no curso de guerras civis. Nos momentos mais críticos da luta política ressoa a voz fraternal que separa os rivais e incita os homens à clemência.

A força de tão profunda intuição é superior às sutilezas técnicas, e assim, pela primeira vez, uma disputa desse gênero chega diante de uma

jurisdição internacional, eis que tôdas as dificuldades, raramente suscitadas, têm sido, até agora, facilmente resolvidas.

Mas se nos ativermos ao rigor de uma única condição, negligenciando o exame do meio e dos dados de toda espécie que convém considerar, não estaremos então diante de um simples caso de *summum jus*, mas em face de um elemento perturbador que, longe de concorrer para a paz, será responsável pela multiplicação das disputas e, talvez, de lutas fratricidas no continente americano.

4. A meu ver, a instituição do asilo na América Latina apresenta, em resumo, as seguintes características:

1) Estende-se não somente aos criminosos políticos propriamente ditos, mas também aos perseguidos políticos, segundo a explicação, aliás manifestamente declaratória, contida no art. 2.º da Convenção de Montevideu de 1939: todos os adversários políticos são protegidos, quer se trate de homens de Estado afastados do poder, quer de políticos que falharam num golpe de Estado.

2) Seu fim exclusivo, ou mesmo principal, não é proteger o asilado contra os excessos da multidão. Efetivamente, tais excessos, que se têm produzido às vezes por ocasião da queda de um ditador, corrompido, são raros, dada a simpatia natural do povo por aquêles que a má sorte atingiu. A instituição do asilo não visa somente proteger a vida, mas sobretudo a liberdade contra perseguições de toda a sorte.

3) Não tem somente por objeto impedir a aplicação de legislação *ad hoc* por jurisdições de exceção, mas também subtrair o asilado à justiça ordinária, pelo fato de se tratar de delitos políticos que, por sua própria natureza, se prestam mal à apreciação judiciária e são às vezes deferidos a órgãos políticos, após um processo de impedimento. No mundo inteiro, recusa-se a extradição de criminosos políticos, ainda mesmo a pedido de países que vivem em regime constitucional normal, fato assaz notável se se considerar que o país asilante não se decide a punir êle próprio o asilado, ao menos na medida em que puniria delito idêntico se cometido em seu território. Semelhante atitude retiraria contudo a recusa de entrega qualquer fundamento moral, mostrando no fundo dúvidas sobre a boa administração de justiça no outro país.

4) A urgência, termo que comporta diversas acepções, não pode ser medida por uma unidade de tempo, mas em função de numerosas circunstâncias, entre as quais é preciso incluir até as dificuldades geográficas do asilo externo, mais fácil em regiões assaz populosas e servidas por comunicações rápidas entre fronteiras próximas.

5) Os períodos de anormalidade constitucional constituem um dos elementos primordiais de apreciação do perigo que ameaça o perseguido; quando as regras jurídicas estão suspensas ou praticamente não mais existem, as preocupações atinentes ao prestígio da Justiça são necessariamente muito graves, pelo fato da ação direta ou indireta que um poder ilimitado pode exercer sobre os tribunais ordinários ou de exceção.

6) A cláusula de tempo limitativo da duração do asilo, afora seu evidente ilogismo, já que a partida do asilado depende da boa vontade do outro Estado, não pode ser interpretada de modo que a entrega do fugitivo às autoridades represente uma equivalente garantia de segurança. Ao contrário, a par da natureza irreparável de suas conseqüências, o asilo concedido legalmente não pode, sob pretexto algum, terminar sem o consentimento do asilado.

7) A noção de asilo, como a da extradição, apresenta caráter instantâneo e deve ser apreciada em relação a um determinado momento. Os fatos posteriores, de mutável seguimento, são impossíveis de prever e tomam algumas vezes aspecto inesperado, mas só podem afetar as conseqüências e terminação de uma situação jurídica já formada.

5. Reconhecer êsses pontos fundamentais não equivale a proclamar que o asilo deva ser concedido levemente. De fato, isso teria como resultado multiplicar as perturbações sociais e incitar à ação ilegal os aventureiros às veras especialistas do asilo. E eis a razão pela qual um diplomata não deve ser sondado quanto à atitude que possa vir a tomar no futuro, chegada a ocasião de decidir. O regulamento para o serviço diplomático brasileiro dispõe expressamente que é proibido aos funcionários oferecer asilo, assim como levar à sede da missão a quem ali pretende asilar-se (H. ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, Paris, 1940-2, tomo II, § 11-70-A). Aliás, o asilo não será nunca facilitado. Como pensar efetivamente que um diplomata considere bem-vindos hóspedes estrangeiros que constituam a causa de sérias preocupações e de grande constrangimento?

Para evitar abusos, os autores americanos de direito internacional (v. g. H. ACCIOLY, ob. cit., §§ 11-70-A e 11-73; HEITOR LIRA, na *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 126) se insurgem contra qualquer interpretação extensiva da instituição e subordinam a concessão do asilo a circunstâncias graves. Os governos, acabamos de ver, dão freqüentemente instruções nesse sentido a seus agentes diplomáticos.

Mas, inversamente, uma interpretação estrita não deve chegar a deformar os fins visados pelo asilo e anulá-lo praticamente por um apêgo excessivo à letra dos textos ou até de simples preâmbulos.

6. Já recordamos a ancianidade, a extensão e sobretudo a constância dessa prática; é inegável que os países da América Latina praticam largamente o asilo, de maneira ativa ou passiva, assinam convenções, mesmo se por vezes não as ratificam; fazem declarações solenes, emitem comunicados de imprensa, louvam os serviços prestados pelo asilo, enfim, se mostram em geral orgulhosos da larga e renovada aplicação do velho instituto.

Mas poder-se-ia dizer que tal prática não pode, apesar de tudo, se apresentar como um costume, se oferece soluções de continuidade; e as partes nesta causa trouxeram particularmente à luz suas recíprocas con-

São conhecidas as dificuldades que o recurso à fonte consuetudinária acarreta no direito internacional, onde o costume representa aliás um papel importante e até principal, segundo certos autores.

Convém, portanto, examinar os elementos contrários à continuidade para lhes determinar a verdadeira natureza e apreciar se têm força suficiente para destruir o valor dos outros casos concordantes cuja quantidade revela nitidamente uma *opinio juris*. Na espécie, seria preciso, por exemplo, indagar se a natureza e os fins da instituição, tais como se depreendem da forma que tomou nesta parte do mundo, foram afetadas pelas exceções ou se, ao contrário, estas não fazem senão confirmar a regra. Ora, elas não correspondem senão a atitudes pessoais e revelam antes a conduta de certos governos, fazendo violência à consciência jurídica dos Estados, anterior e sólidamente adquirida. Tais reações transitórias ou episódicas constituem sempre o reverso de situações políticas em via de consolidação e não provêm quase nunca de órgãos constitucionais em seu estado normal. Vistas sob outro ângulo, estas reações esporádicas conservam um caráter anormal quando se limitam a uma só face do asilo — repugnância no admitir a medida concedida por um diplomata estrangeiro, enquanto que o Estado recalcitrante continua a dar asilo em outros países. Seria inútil qualificar uma tal conduta.

Não se pode, portanto, atribuir valor algum a tão fracos elementos, mesmo se eles tomam, como já aconteceu, a forma bizarra da abolição do asilo por via de declaração unilateral, abolição sempre seguida do retorno à antiga prática, que se encontra assim reforçada por fatos e não por simples presunções com que, aliás, a doutrina costuma se contentar. Os adversários da teoria voluntarista pretendem até a impossibilidade de se procurar no costume um elemento psicológico, sempre intangível (PAUL GUGGENHEIM, *Os dois elementos do costume internacional*, em *A técnica e os princípios do direito público*, Estudos em honra de Georges Scelle, Paris, 1950, tomo I, págs. 276 e segs.).

Ao contrário, essas negações fortuitas constituem violações de uma regra constituída, pois um Estado não poderia insurgir-se contra um costume já aceito.

Para destruí-lo seria preciso uma atitude clara, coerente, unilinear, como a seguida, por exemplo, pelos Estados Unidos, que, recusando comprometer-se de algum modo com a instituição do asilo, adotado por suas irmãs latinas, concederam-no, todavia, por tolerância em alguns casos extremos, se bem que limitando-lhe cuidadosamente os efeitos.

7. Mas que poderá valer o costume diante de convenções posteriores ou mesmo de uma complicação delas, cujas assinaturas e ratificações mostram às vezes uma certa incoerência de princípios da parte dos Estados que as estabelecem?

Não é necessário examinar a fundo a ação derogatória dos tratados em relação ao costume, nem a compatibilidade dessas duas fontes. Basta assinalar que os tratados recolhem muitas vezes princípios já estabelecidos pelo costume e produzem assim um efeito declaratório em relação à regra

costumeira. Dito papel se amplia no sistema onde o campo da lei escrita se estende em cada período pela recepção de novas práticas, que se afirmaram no intervalo das convenções.

É, então, muito arriscado para um Estado declarar não ficar prêso senão pelos tratados que assinou e ratificou; há um pouco de temeridade nesta afirmação puramente gratuita, sobretudo neste momento, em que o elemento contratual sofre uma transformação evidente e profunda em consequência de ação paralegislativa de ordem internacional, que se desenvolve até ao preço da substituição do princípio da unanimidade de voto pelo da simples maioria.

Foi assim que o Professor BALLADORE PALLIERI pôde recordar recentemente, num curso na Academia de Direito Internacional, "a observação corrente de que um grande número de convenções pan-americanas são observadas mesmo pelos Estados que não as ratificaram, tornando-se um direito comum e geral para a América" (*Recueil des Cours*, 1949, v. 74, pág. 450).

A prática está de tal modo enraizada que se pode observar em diversos passos do tratado de assistência mútua, assinado no Rio de Janeiro em 2 de setembro de 1947, que os signatários não poderiam participar dos votos nêles previstos antes de o haver retificado.

8. Para demonstrar a força da ação costumeira em matéria de asilo na América Latina, basta recordar o fato significativo de que a Espanha foi quase forçada a aceitar, não somente a instituição, mas até a obediência a convenções regionais, ainda que não ratificadas por diversos países americanos, e isso pelo fundamento de que a nação mãe devia recolher de suas numerosas filhas uma espécie de sucessão às avessas.

Outra contraprova decisiva pode ser lembrada: dos vinte países do grupo, restam mui poucos que não tenham jamais ratificado ou sequer assinado um tratado sobre asilo. Pensa-se logo na Bolívia e na Venezuela. Assim agindo, subtraíram-se acaso à prática geral ou, ao menos, adotaram princípios diferentes? Absolutamente. Praticam êsses países naturalmente o asilo como os outros, invocando e aceitando indiferentemente a aplicação de princípios contidos nos tratados regionais.

Uma terceira circunstância, ainda que de menor valia, pode ser referida: a da prática do pedido imediato de salvo-conduto, sem esperar a iniciativa do país territorial. É, portanto, inexato tirar-se da ausência de ratificação de novo tratado a conclusão de que o Estado interessado fica fora do grupo onde o costume é respeitado.

9. Para abalar a pretensão do réu em se apoiar ao rigor dos textos, é preciso ainda acrescentar aos dados gerais sobre o clima e o espírito do continente duas outras considerações só àquele pertinentes, ainda que a doutrina e a jurisprudência não se preocupem em procurar o reconhecimento de um costume na prática específica dos países em conflito (A. VERDROSS, *Recueil des Cours*, vol. 30, pág. 295).

Por um lado, a 12 de outubro de 1948, o Governo do réu reconheceu em nota oficial o respeito aos compromissos internacionais, e às práticas estabelecidas em 26 de outubro de 1948, ambas já se limitando às con-

venções por êle ratificadas, o réu reconhecia o direito para o agente diplomático de exigir as garantias necessárias a fim de que o refugiado saísse do país. Esse direito não poderia ser desconhecido, não menos do que o de qualificar o delito, dizia-se, na nota. Nestas condições, é difícil para a Corte aceitar a hipótese de um simples erro, como se sustentou mais tarde.

Não se tratava de uma declaração exorbitante e isolada do poder executivo — aliás de menor importância do que é aceito pelo Corte Permanente no famoso caso da Groelândia oriental e penso que, assim fazendo, o antigo tribunal aplicara o direito internacional —, mas de uma declaração simplesmente interpretativa dos tratados, conforme a atitude tomada normalmente pelo Estado declarante (J. L. BRIERLY, *Recueil des Cours*, v. 58, pág. 71), e que além do mais correspondia às teses aceitas e reconhecidas por todos os países da América.

Por outro lado, a 20 e a 28 de outubro de 1948, os representantes diplomáticos do réu na Guatemala e no Panamá pediam mui naturalmente aos governos territoriais o reconhecimento da proteção concedida com base nas Convenções de Havana e Montevideu, ao passo que pelo acórdão da Corte seria necessário demonstrar que o Estado de refúgio não concedera o asilo em medida mais larga do que lhe permitiriam seus próprios costumes, convenções ou leis.

Estas duas considerações dão a pensar que uma aplicação *more geometrico* das cláusulas dos tratados, ainda que tal aplicação coubesse uma jurisdição de direito puro, seria dificilmente justificável.

Admitamos fôsse razoável voltar à pureza a autonomia da vontade, deixando de fora tôda ação do costume que normalmente se exerce *praeter legem* paralelamente aos tratados. Não se poderia então afastar uma ação costumeira tão profunda, ao menos como fator preponderante para a simples interpretação de textos adotados sobre o mesmo assunto, sobretudo se dita ação apresentasse caráter de reciprocidade (H. LAUTERPACHT, *Recueil des Cours*, v. 62, págs. 157-161).

10. Já se assinalou que o asilo tradicionalmente praticado na América Latina tem por fim não somente proteger a própria pessoa do asilado, mas ainda subtraí-lo à jurisdição territorial em matéria de delitos políticos, exatamente como no caso de recusa ou extradição.

O cuidado de dar uma boa administração da justiça manifesta-se do mesmo modo nessas duas instituições, revestindo-se os crimes políticos de natureza puramente artificial ou convencional (G. SOTGIA, *Il delitto politico*, Roma, 1950, págs. 20 e 98).

Entretanto, poder-se-ia indagar: a proteção contra um simples perigo jurídico, qual o de ser alguém mal julgado e condenado, não deveria ser afastada no caso de asilo, que difere do de extradição no sentido de que o criminoso continua no território do Estado, de que é súdito, protegido não por uma concepção, hoje em desuso, de extraterritorialidade, mas simplesmente pelas imunidades concedidas ao diplomata estrangeiro?

Para afastar esta dúvida, bastaria apelar para outras hipóteses nas quais o direito internacional, sem visar pessoalmente os magistrados nacionais, não se conforma com julgamentos definitivos e admite reparação fundada em denegação de justiça. Isso envolve o exercício de um contrôlo recíproco, que os países são obrigados a ter na ausência de uma ordem super-estatal. Dá-se o mesmo no caso do reconhecimento dos direitos individuais, abaixo de um nível padrão, pouco importando que se aplique aos nacionais um regime insuficiente.

Procura-se hoje com insistência estabelecer no plano internacional um órgão jurisdicional encarregado de atenuar insuficiências das justiças locais para que a nova declaração dos direitos do homem não acabe frequentemente ilusória.

Também a lei francesa de 10 de março de 1924 exclui a extradição ainda em casos de crimes comuns se o pedido foi feito com "fim político" (art. 5, § 2), disposição cujo motivo foi muito bem explicado pelo Professor DONNEDIEU DE VABRES (*Tratado de direito penal e de legislação penal comparada*, 3.^a ed., 1947, § 1791).

Já no direito interno de alguns países, a hostilidade do meio local constitui razão suficiente para transferir o processo de um criminoso ao tribunal de outro distrito, bastante afastado para que os ecos do crime aí não cheguem.

Enfim, seria difícil compreender que, se, na América, o asilo não tivesse como objeto subtrair o criminoso político à justiça ordinária, o Estado Territorial se resignasse, então, em cem por cento dos casos, a aceitar tão grave resultado por simples cortesia ou complacência nacional, mesmo que, por vezes, no primeiro momento, o asilo desperte certa oposição.

Esta consideração é irrefutável, sendo mui naturalmente admittida, antes ou depois de uma negação categórica.

Observou-se todavia certa falta de nitidez nas circunstâncias dos numerosos exemplos de asilo trazidos à Corte pelas partes, mas de qualquer modo há um ponto pairando acima de qualquer contestação — é que entre os modos de extinção do asilo não se encontra a entrega do asilado às autoridades locais sem o consentimento deste, ainda que as condições do meio hajam mudado.

Não conhecemos precedente em sentido contrário, e para mostrar até onde se respeita esse ponto do código de honra diplomático, pode-se citar o episódio conhecido em que um asilado, querendo renunciar à proteção e entregar-se às autoridades locais, o embaixador, aliás acreditado na América Latina por um país europeu, exigiu uma carta explicativa, não somente assinada pelo interessado mas ainda referendada por pessoas livres de qualquer constrangimento, à qual deu ampla publicidade.

O fato se explica pela consideração decisiva de que a retirada do favor já concedido piora muito a situação do asilado. Não se pode entregá-lo impunemente; pedido o refúgio, apresenta-se em plena luz, vê-se objeto de vigilância especial e permanece impotente para procurar um outro esconderijo, como lhe teria sido mais fácil anteriormente.

11. Mas tão evidente restrição da soberania não feriria os sentimentos nacionais, sobretudo na América, onde os países são extremamente ciosos de sua independência, a ponto de terem criado doutrinas continentais bem conhecidas, como as de Monroe, Drago, Porter, etc? Uma simples referência a elementos históricos bem conhecidos mostrará, porém, que as preocupações de igualdade soberana para os Estados Americanos não são devidas a razões intracontinentais, salvo alguns casos excepcionais, pertencendo já ao passado, onde se poderia discernir o receio de hegemonia política sem contrapêso no próprio continente. A Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada em Bogotá em 2 de maio de 1948, afirma que a agressão contra um Estado americano constitui uma agressão contra todos os outros países americanos (art. 5, f).

Particularmente no grupo latino-americano, não existem suscetibilidades que possam envenenar a atmosfera fraternal que nêle reina e o menor país concede naturalmente o asilo e reclama salvo-conduto dos Estados mais poderosos, sem a menor hesitação e com a sã consciência que dá o exercício de um direito. As preocupações de soberania cedem facilmente diante de um espírito superior de justiça, quando se trata da defesa dos direitos inalienáveis do homem — e isto bem antes da admissão espetacular do indivíduo no domínio internacional em seguida à decisão da Assembléia das Nações Unidas em Paris, em 1948.

Convém igualmente observar que no tratado do Rio de Janeiro de 2 de setembro de 1947 para a defesa comum do continente, adotaram-se dois processos e duas soluções, conforme a agressão venha de um país americano ou de fora da América.

LEVI CARNEIRO, jurista brasileiro, atualmente consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, baseando-se na doutrina dos autores de maior reputação do norte e do sul do continente americano, sustenta que não se pode ver no asilo um simples caso de humanidade, mas de preocupação de justiça — e mesmo de justiça individual — provocada por certa reserva, certa suspeita em relação aos órgãos executivos do governo e aos próprios tribunais do país do acusado ou do perseguido. Não foi somente o humanitarismo que motivou no começo as primeiras concessões de asilo. Estas incluem embora uma certa apreciação dos negócios internos do país (*O direito internacional e a democracia*, Rio de Janeiro, 1945, pág. 140).

Aliás o art. 3 da Convenção de Havana tornou inteiramente acadêmica a velha discussão sobre a natureza do asilo (verdadeiro direito ou simples prática humanitária), querela aliás por si mesmo ilógica, já que contrapunha duas coisas heterogêneas, a saber, a causa e o efeito. Um direito pode se fundar em considerações éticas, ou ter uma fonte econômica, política, etc.; em todo caso, a referida convenção estabeleceu que os efeitos do asilo são equivalentes, não importando a que título haja sido concedido.

Se se considerar agora o vínculo formado entre o indivíduo e o país asilante, toda restrição arrisca a se tornar anacrônica, eis que o asilo começa a ser considerado não como simples faculdade, mas como direito,

já aliás reconhecido, sob a forma externa, pela Declaração dos Direitos do Homem.

Felizmente passou o tempo em que se dizia nos trabalhos preparatórios do Código Rocco, na Itália, 1930, que “o direito de asilo político é um anacronismo incompatível com a situação de um Estado forte”.

Já em 1939 o Uruguai propunha incluir na convenção que ali se elaborava uma regra substituindo a faculdade do diplomata em conceder ou não o asilo por uma obrigação que ele assume em relação a todo indivíduo necessitado de tal proteção (FRANCHINI NETO, *O asilo diplomático e o costume internacional*, São Paulo, 1939, pág. 100). Por consequência, não se trata de simples tolerância, incompatível, aliás, com qualquer codificação, ficando o asilo na boa vontade de cada governo. Ao contrário, um escritor europeu, CABRAL DE MONCADA, confia no futuro desta instituição no domínio do direito internacional, quanto à determinação dos direitos menores da pessoa humana (*O asilo interno em Direito Internacional Público*, Coimbra, 1946, página 158).

12. Para conhecer o verdadeiro espírito americano, é preciso levar ainda em conta outros elementos que dificilmente poderiam ser notados fora do continente.

Assim, por exemplo, encontra-se na Convenção de 1928, relativa aos efeitos dos tratados, uma cláusula assim redigida: “Os tratados continuarão a produzir seus efeitos mesmo quando a Constituição dos Estados contratantes fôr modificada” (art. 11).

Enfim, foram nações americanas que, pela primeira vez no mundo, aceitaram direta e explicitamente que decisões obrigatórias para todos pudessem ser tomadas por maioria. Esta é atualmente de dois terços e vale para assuntos de maior importância, principalmente para a assistência mútua em caso de agressão, excetuando-se apenas a colaboração armada, que depende ainda do consentimento de cada um (tratado citado de 1947, arts. 8, 17 e 20).

13. Pouco importa que, sobre a questão do reconhecimento de novos governos de fato, a ação coletiva dos países americanos não permitisse ainda chegar a uma solução clara, por meio de consultas prévias; segundo novas tendências e novas doutrinas, como as de ESTRADA, TOBAR, LARRETA, etc., procura-se obter uma aplicação perfeita e imediata dos princípios democráticos após cada mudança política (CHARLES FENWICK, *The problem of the recognition of de facto governments*, in *Inter-American Justice Year-book*, 1948, Washington, 1949, pág. 18).

De qualquer modo não se poderia pretender assimilar os dois casos, pois a necessidade de estabelecer ou de continuar boas relações entre vizinhos explica que se deva contentar com certas condições formais para o reconhecimento de novo governo, por exemplo, a aparência de estabilidade, a conservação da ordem pública, o respeito aos compromissos internacionais. Mas essas condições não bastam para autorizar o sacrifício das preocupações de justiça e da proteção da dignidade do homem; as restrições à administração da justiça no domínio político não ofendem aliás aos governos do

mesmo modo que a recusa de reconhecimento, ainda que o novo governo seja oriundo da força.

Eis porque os países latino-americanos tão dócilmente aceitam as consequências do asilo que, à primeira vista, poderiam trazer danos a sua soberania; a reciprocidade que está na sua base contribui por outro lado para afastar qualquer aspecto intervencionista dessa medida adotada por um grupo fechado de países. Julgou-se, portanto, preferível admitir, ainda ao preço da impunidade, um privilégio equivalente a uma espécie de amnistia de aplicação geral, em matéria política, afastada assim qualquer suspeita de caráter pessoal em relação aos membros do Poder Judiciário de cada país.

Se se admitir que em Havana, em 1928, a intenção fôra a de acabar com os abusos, nada demonstra que tal escopo haja sido atingido, dada a imperfeição dos textos ali adotados. Aliás, não se poderia atribuir aos trabalhos preparatórios um valor excessivo, sobretudo em se tratando de trabalhos complexos realizados em uma assembléia muito numerosa (MAX. SORENSEN, *As fontes do direito internacional*, Copenhagen, 1946, pág. 215). Pelo contrário, é forçoso reconhecer que justamente após aquela data a instituição do asilo tomou maior importância, fenômeno análogo àquele tantas vezes apreciado a propósito de artigos de códigos que, com o tempo, vieram a produzir efeitos que seus autores não podiam sequer prever, para atender a exigências sociais prementes.

Tôdas estas considerações bem marcaram a atitude tomada pelo réu, como em seguida veremos. A êste respeito, é preciso encarar diretamente a cláusula desastrosamente introduzida em Havana e que originou tantos mal-entendidos. Trata-se, evidentemente, do texto relativo ao “tempo estritamente indispensável para que o refugiado se ponha em segurança de outra maneira”. Referir-se-á ao asilante? Mas, se se houver de concluir que o país territorial pode recusar a qualificação e sobretudo negar a concessão de salvo-conduto, a regra não terá sentido. Efetivamente, quem seria responsável pelo atraso? Seria preciso abrir inquérito para apreciar a conduta de cada Estado, podendo-se apurar até uma violação da cláusula sem culpa de ninguém.

Não se compreenderia, pois, êsse texto pudesse ser concludente, sobretudo no caso atual, onde a resposta às três notas iniciais do litigante foi expedida 48 dias após o envio da primeira.

Mas o que toca aos limites do exagêro é considerar que, por força da dita cláusula, o asilado deva ser entregue às autoridades locais na primeira ocasião, como se isto envolvesse uma garantia de segurança pessoal equivalente à proteção na própria embaixada.

14. Apoiando quase tudo o que venho de afirmar, poderia invocar uma série de artigos datados de 1945, mas publicados de janeiro de 1947 a agosto de 1948 na *Revista Peruana de Derecho Internacional*, órgão da Sociedade Peruana de Derecho Internacional (tomos 7 e 8, ns. 23 a 28) por um dos diretores da revista, ALEJANDRO DEUSTUA A., e cujo resumo se encontra no Anuário da União Pan-Americana 1948 (Washington, 1949, pág. 219).

Recordemos brevemente os pontos principais desse trabalho: o autor, fundando-se na definição de asilo dada pelo eminente internacionalista ALBERTO ULLOA, demonstra a ineficácia dos argumentos invocados pelos escritores europeus, tocando especialmente à reserva da soberania e à autoridade das jurisdições locais. Passando a expor a opinião dominante em seu país, o escritor assinala como única exceção um só autor, WIESSE, todos os outros apoiando a prática continental americana; examina a instituição em face de todas as convenções americanas, sem nenhuma restrição, e observa que a vida não é o único valor humano protegido pelo asilo, mas que este tem também por fim evitar qualquer castigo injusto. A noção de urgência é apreciada com especial cuidado a fim de assegurar ao perseguido a liberdade de escolher o momento preciso onde subsiste a necessidade; em seguida, recorda que o governo local não se opõe em princípio a tal escolha, esforçando-se, ao contrário, sem contestar a urgência da proteção, por negar o caráter político da criminalidade atribuída ao asilado. Continuando a análise quase divinatória dos fatos que se iam passar imediatamente, o autor procura afastar a confusão entre asilo e simples refúgio, demonstrando que sem o reconhecimento dos crimes políticos aquela instituição não poderia subsistir. Enfim, depois de ter assinalado que a qualificação do delito não deve caber a um interessado mas a uma autoridade neutra, como, por exemplo, um *gante* estrangeiro, passa a outras considerações, sempre interessantes, sobre a instituição, que estudou desde suas origens históricas, para finalizar em dezesseis conclusões, das quais a quarta afasta o caráter de urgência e a nona reconhece ao Estado asilante a faculdade de qualificação.

15. Deve-se insistir em dois aspectos particulares do asilo: a imutabilidade das condições, encaradas no momento da outorga, e o caráter irreparável das conseqüências, que acarreta para o asilado a retirada do asilo.

Considerado como simples faculdade, como ato de humanidade ou como verdadeiro direito, o asilo, uma vez concedido, cria uma obrigação a cargo do Estado concedente. Certamente o perseguido corre o grave risco de ver fechadas as portas da legação, mas, se consegue ser acolhido, adquire a segurança de que não será pôsto na rua sem motivo grave.

As observações que acabamos de sublinhar permitem afastar qualquer confusão entre a concessão do asilo, produzindo efeitos instantâneos e definitivos, e as vicissitudes que podem sobreviver até o fim da proteção.

Seguramente uma mudança radical na situação política pode deixar entrever a hipótese da partida do asilado, não para uma entrega à polícia, mas para a volta tranquila ao próprio domicílio, pois a intervenção de novos fatores, sem afetar a boa ou má concessão do asilo, que permanece inalterável, pode acarretar o desaparecimento das razões que o justificaram, isto é, o perigo de vida ou da liberdade decorrente da atividade política anterior. Nesses casos, que não são muito raros, a posição do asilado constituiria simples abuso ao qual o direito jamais dá apoio, podendo a regra *rebus sic stantibus* ser então aplicada. Fora desta situação excep-

cional, o asilado não pode ser entregue às autoridades locais sem seu livre consentimento.

A concessão do asilo produz efeitos *ex tunc* e não *ex nunc*, do contrário, neste último caso, o Estado territorial poderia sempre retardar a outorga do salvo-conduto ou qualquer outra solução de acôrdo, na esperança de retomar o asilado, em conseqüência a uma mudança do *status quo ante*, pois os acontecimentos políticos tomam muitas vezes direções inesperadas; já se assistiu, mesmo, a troca de residências entre os palácios de governo e os de missões diplomáticas.

No caso presente, pode-se observar, por exemplo, que o Ministro que havia formulado grave denúncia contra o atual asilado se encaminhou três semanas mais tarde ao mesmo embaixador e este, acima dos partidos, abriu sua hospitalidade ao nôvo perseguido.

A concessão do asilo constitui, portanto, um fato consumado, cujas circunstâncias devem ficar fixadas uma vez por todas, *ad perpetuam rei memoriam*, em vista de qualquer apreciação futura. Nada tem a ver com sua manutenção por tempo necessariamente indefinito, sobretudo se reconhece que não depende exclusivamente do asilante o fixar seu termo. Do mesmo modo que, nas obrigações de qualquer natureza, a formação e os efeitos do laço contratual não se confundem com seus modos de extinção. Na própria extradição, deve-se tomar um momento preciso para apreciar o pedido de entrega do acusado sem que modificações posteriores possam ter influência; ao contrário, procura-se evitar que a situação do extraditando seja piorada por outras acusações.

16. O réu compreendeu muito bem o problema, como se conclui da nitidez com que formulou a petição de reconvenção *in verbis*: "a concessão do asilo pelo embaixador... em... foi feita com violação".

Mais tarde, o reconhecimento da separação das duas etapas, ainda admitida quando dos debates orais para rebater certa maneira de dar fim ao asilo, cedeu lugar à teoria da continuidade do asilo como um todo.

Dita mudança exigiu, entretanto, uma modificação da demanda, formalmente apresentada com o consentimento do agente do réu, para acrescentar à noção de concessão do asilo a de sua manutenção.

Essa pretensão subsidiária foi afastada pelo acórdão como inútil, mas foi admitida uma extensão até 31 de agosto de 1949 das circunstâncias constitutivas da urgência, conceito transitório por sua própria natureza, embora tal extensão fôsse também inútil, já que se considerou o asilo como mal concedido desde 3 de janeiro de 1949.

A meu ver, semelhante aplicação da teoria do asilo "contínuo" é ainda menos defensável, desafiando até o sentido corrente dos verbos comumente empregados a tal propósito ("conceder", "permitir", "outorgar", etc.).

Como já foi observado, é difícil tirar conseqüências de atraso decorrente da própria natureza de um conflito de pontos de vista, sobretudo se as partes chegaram a um acôrdo quanto à maneira de resolver o conflito, de modo regular, afastando assim reciprocamente os efeitos do retardamento, já exigido pela marcha natural do processo. Na verdade, as partes assim decidiram cancelar mutuamente as conseqüências da mora em que houvessem incorrido.

Notemos finalmente que o projeto aprovado pelo Instituto de Direito Internacional em Bath empregou a conjunção "ou" para separar a frase de concessão daquela relativa à manutenção do asilo, em lugar de ligá-la pela conjunção "e".

17. Não me quero alongar sobre pontos que se tornaram secundários, após a transformação da fisionomia do caso.

Assim, no que se refere à qualificação dos crimes, acabamos de ver que o próprio réu, invocando precedente que lhe era peculiar, considerou tocar ao país asilante a qualificação do fato causador do asilo. Tal declaração seria também suficiente para afastar a afirmação incidentalmente feita no processo, consoante a qual o réu não teria ratificado as Convenções de 1933 e 1939, de Montevidéu, por aversão à faculdade unilateral de qualificação; ora, bom número de outras razões poderia explicar a omissão, muito corrente na América Latina, em ratificar uma convenção que, aliás, continha outros textos. Para caracterizar essa aversão, seria preciso produzir um elemento material qualquer; ela ainda não existia em 1939, pois os delegados do réu então renovariam a assinatura aposta no mesmo sentido em 1933.

Mas é inútil argumentar *ad hominem*, pois, a meu ver, a cláusula de qualificação unilateral é por si mesma evidente e constitui a única maneira de regular problema tão delicado; assim em Montevidéu por duas vezes recolheu-se a prática e limitou-se a declarar o que já era observado a esse tempo (H. ACCIOLY, *ob. cit.*, § 1.171-A); uma simples expressão empregada no preâmbulo do tratado, registrado aliás o fato incontestável de modificação material do texto, não se poderia contrapor a uma realidade, admitida sem exceção até 1949. Isto explica ainda mui naturalmente porque quatro dos Estados signatários de 1928 podiam ter julgado inútil abundar por declaração, no sentido do direito já existente.

Se a qualificação coubesse ao país territorial, isso envolveria um elemento praticamente potestativo; quanto ao acôrdo prévio, seria incompatível com a indispensável rapidez de ação. Ao contrário, a separação das soluções no que se refere às duas espécies de delito — respeito do asilo no caso político e entrega do asilado no caso comum — e a devolução ao direito interno do país asilante, feito de modo muito amplo, autorizam a considerar que o Tratado de 1928 pressupôs para a qualificação exclusiva a preferência pelo Estado asilante, que quatorze países aceitariam mais tarde expressamente (onze em 1933, mais a Nicarágua, que não tinha ainda entregue a ratificação dada, e dois em 1939) e que seis outros aceitaram na prática. Aliás o Tratado de 1939, como o de 1889, está fora da série pan-americana, ambos restritos a seis países de origem puramente espanhola, situados no extremo da América do Sul.

Fica, assim, demonstrado que tal preferência não fere de nenhum modo a soberania nacional, não só em razão da reciprocidade, pelo objetivo visado, a saber, a proteção dos direitos do homem contra as contingências da vida política.

18. A qualificação do asilo deve ser, pois, não somente unilateral, mas ainda estável, como já vimos.

Não se trata de qualificação provisória nem de simples questão de eficácia, mas, ao contrário de consequência necessária ao funcionamento normal do asilo, tal como este é concebido na prática da América Latina.

Este juízo sobre a natureza da qualificação não pode, todavia, ir ao pacto de atribuir valor de coisa julgada à decisão unilateral do país asilante, ainda que a qualificação se revista de caráter definitivo. Não é irrefragável, devendo ao contrário comportar, não uma revisão ordinária dos fatos em cada caso, mas, a título excepcional, uma espécie de recurso de cassação ou reunião em hipótese de infração manifesta ao direito internacional. Abusos evidentes, desvios de poder, podem insinuar-se na concessão do asilo; o direito internacional, como o direito interno, intervirá então para suprimir todo arbítrio, mediante o emprêgo dos métodos específicos de solução pacífica das disputas, processos aliás lembrados em certos tratados (de Montevidéu, 1939, art. 16).

19. No que se refere à obrigação de conceder salvo-conduto sem reservas, estou, em princípio, de acôrdo com a solução da maioria da Côrte, se bem que dita solução seja inteiramente independente do problema da qualificação. Basta, a este propósito, recordar que o asilo pode ser concedido a justo título e que, no entanto, o Estado se recuse a conceder salvo-conduto por motivos graves de ordem política.

É certo que a prática corrente se formou no sentido da iniciativa do Estado asilante, mas aqui entra em linha de conta um elemento fundamental de ordem psicológica. Para respeitar a qualificação do asilo, um Estado cede, age contra seus desejos e interesses e demonstra que obedece a uma norma coativa. Mas, quanto ao salvo-conduto, não se pode descobrir o mesmo sentimento de uma obrigação a ser cumprida embora a contragosto.

Sem dúvida, a concessão fácil de salvo-conduto pode coincidir com o interesse do Estado; assim, se consente na partida de um elemento perigoso, capaz de causar dificuldades, ainda que esteja este isolado numa residência diplomática e sujeito a severas restrições, pois a barreira material seria insuficiente para conter eventualmente os excessos da multidão apaixonada.

Tal atitude denuncia por outro lado a convicção da parte do Estado territorial de que não poderá punir o asilado, senão após sua partida e por meio de extradição regular.

Mas pode acontecer, ao contrário, que o Estado territorial tenha interesse razoável em que o asilado não saia do território à vista dos perigos maiores que possa ele causar à ordem pública, principalmente juntando-se a grupos de insurretos, além ou mesmo aquém fronteiras.

Por meio de negociações diretas ou pela intervenção de um terceiro Estado, pode-se chegar a fórmulas conciliatórias preservando os ditos interesses à custa de restrições, que aliás certas convenções ou simples projetos (Pessoa, 1912, *Projetos dos juriconsultos reunidos no Rio de Janeiro, 1927*) adotaram, recordando, além disso, que o asilo não deve proporcionar vantagens a uma das facções em luta. É portanto, muito natural que, com ou sem a garantia do Estado que dá o refúgio, o asilado se comprometa a não retomar as armas, ou a não se fixar perto das fronteiras,

sem o que sua partida pura e simples poderia ser extremamente prejudicial ao Estado territorial.

20. Nos casos de asilo e de não extradição dos criminosos políticos, uma espécie de servidão pesa sobre o Estado que se acha assim impossibilitado de fazer aplicar sua lei penal — o obstáculo é constituído ou pela fuga do criminoso para território estrangeiro ou por sua entrada em residência diplomática.

Convém acentuar esse aspecto negativo, porquanto é coisa mais grave obrigar o Estado a um ato positivo, como a outorga de licença de saída cuja repercussão psicológica é muito séria.

A tal propósito, é preciso ainda reconhecer ao Estado a possibilidade de fazer discriminar e de apreciar o perigo da partida de cada refugiado, sem que a apreciação possa dar lugar a críticas.

As reservas feitas por um Estado serão ainda mais compreensíveis quando considerar êle o asilo envolvendo abuso de direito. Exerce, então, uma espécie de retenção, comparável a *exceptio non adimpleti contractus* e que consiste em diferir a concessão do salvo-conduto até à solução da disputa, invés de autorizar a partida imediata, ainda que sob reserva de posterior extradição, sobretudo se no país de refúgio a apreciação desta última medida é da alçada exclusiva do Poder Judiciário, o que tira toda eficácia e obrigação assumida pelo governo a tal propósito.

21. Passemos ao caso em tela.

Em seguida à concessão de asilo ao Sr. Haya de la Torre, os dois países interessados entablaram longa correspondência diplomática que terminou por fixar uma controvérsia jurídica muito nítida — o réu, ligado exclusivamente às Convenções de 1911 e de 1928, não contestava a legitimidade do asilo senão porque não se tratava de delinqüente político, mas sim de criminoso de direito comum, anteriormente acusado de atos de terrorismo. Ninguém pretendia que o elemento de urgência, exigido pela Convenção de Haia, estivesse ausente e, todavia, três meses já haviam decorrido desde o principal fato de que eram acusados os chefes do partido em questão, Apra, isto é, desde a rebelião militar no pôrto de Callao, de 3 de outubro de 1949.

Trata-se de algum erro ou esquecimento? Não, pois, em resposta à comunicação de 4 de janeiro de 1949, a primeira carta do réu começava por uma alusão às regras de Havana, inclusive à circunstância de urgência, sem levantar qualquer objeção a tal respeito.

Isso importaria em reconhecer plenamente que o asilo havia sido oportunamente concedido, pois era inútil entabular penosa discussão sobre qualquer outro ponto. Semelhante atitude vem novamente confirmar o modo pelo qual a instituição do asilo é encarada em seu meio natural: nenhum jurista local se preocupava com o aspecto aritmético da demora.

Nesse estado de espírito uma única questão ou controvérsia se levantou, com clareza cristalina, tendo sido várias vezes indicados seus pontos principais. Decerto, as partes não se puseram de acôrdo sobre a fórmula a submeter à Côrte, mas nada implica que essa ausência de acôrdo fôsse devida a uma questão a êsse tempo inexistente; ao contrário, a divergência criada se referia à questão da criminalidade, preferindo o autor se limitar

aos dois problemas abstratos, o direito de qualificação e a obrigação de fornecer salvo-conduto, ao passo que o réu desejava pôr em causa a existência de uma acusação anterior por crimes de direito comum.

De qualquer maneira, o Ato de Lima foi concluído para submeter à Côrte a controvérsia “que surgira a propósito do pedido de salvo-conduto...” etc. Logo, nas duas ocasiões, isto é, em 3 de janeiro e em 30 de agosto de 1949, a controvérsia se limitava a pontos precisos, conforme o consentimento das próprias partes manifestado de modo reiterado.

Mas, saído do meio onde tinha sido gerado, compreendido e delimitado, o caso começou a sofrer os efeitos de um processo modificativo, a princípio de maneira discreta, mas que finalmente chegou a transformar profundamente a demanda.

22. Assim é que a reconvenção veio acrescentar à queixa de violação do art. 1.º, § 1.º, do Pacto de Havana, o da violação do art. 2.º, § 2.º, inciso primeiro, do mesmo Ato.

Segundo os antecedentes do caso, poder-se-ia admitir, na ausência de explicação precisa sobre o desenvolvimento que tal parágrafo pudesse autorizar, que, longe de estabelecer um nôvo motivo, a reconvenção aludia a uma alternativa decorrente da discussão anterior e que conservou o mesmo tom no desenrolar posterior do processo judicial até o fim do debate oral, como um *leit motiv* do caso, isto é, se a incriminação de direito comum por atos de terrorismo possui uma certa força de “depolitização”.

Poder-se-ia, pois, admitir que, após declarações tão expressivas, se imporia a conclusão segundo a qual, afastada a existência de acusações anteriores de direito comum, o asilo em questão se apresentaria incensurável em se tratando de simples político em desgraça ou de criminoso político, em relação aos quais o réu teria sempre reconhecido, em princípio, a legitimidade da proteção diplomática.

Em outros têrmos, se a Côrte rejeitasse qualquer acusação anterior de direito comum, o asilo devia ser mantido.

Seria preciso muita atenção para descobrir, em duas ou três referências das mais discretas à “urgência”, uma nova condição para aceitação do asilo, ainda que exigida a título subsidiário. A clareza dessas referências estava ainda longe de satisfazer.

Mas tudo foi mudado na tréplica oral para se dizer à Côrte que ela estaria livre para reter ou não o problema da qualificação do delito, questão que o réu passou então a considerar fora dos debates e da “direção que êstes haviam tomado”, pois então se preocupava a título principal com a circunstância de urgência, ligada a um perigo material e passageiro.

O cerne da querela fôra assim deslocado, desaparecendo todos os cuidados pela criminalidade de direito comum, que havia até então constituído o único motivo para o desconhecimento do asilo. Chegou-se, então, a pôr em dúvida a competência da Côrte para decidir problemas que só a reconvenção havia criado.

Por mim, não poderia permanecer indiferente a uma tal atitude, que bem lembraria o conceito anglo-saxão do *estoppel*. Menos ainda poderia admitir a transferência, no último momento, do encargo da prova da “urgência” para as costas do autor, que, maximé quando, na ausência de

impugnação oportuna em reconvenção, teria entretanto a qualidade de réu sobre a urgência, seria aplicável a regra de processo que presume exatos os fatos não contestados pelo adversário.

Em todo caso, o aspecto da prova não tem neste caso maior importância porquanto os documentos trazidos pelas duas partes com diferentes designios são bastante suficientes para a prova dos fatos pertinentes à decisão da causa.

23. A meu juízo, a Corte era até incompetente para decidir qualquer controvérsia acaso inexistente ao tempo da conclusão do Ato de Lima, que fixara um litígio já nascido e claramente delimitado. Ainda, nos termos do protocolo assinado entre as mesmas partes a 24 de maio de 1934 no Rio de Janeiro, seria igualmente necessária uma prévia e direta discussão diplomática para que um caso pudesse vir à Corte.

Preferiu-se fazer prevalecer um assentimento tácito das partes, tirado da circunstância de que nas conclusões orais o Autor não voltaria a falar da competência da Corte para conhecer do que se chamou primeira reconvenção, ao passo que ali renovara alusão à incompetência a propósito da segunda demanda reconvenicional.

Semelhante motivo, ainda que apoiado em jurisprudência da antiga Corte, me pareceu bem fraco. Aliás a tal jurisprudência preferiria a opinião dissidente apresentada, entre outros, pelo juiz MAX HUBER (C.P.J.I. Série A, n.º 15, *arrêt* n.º 12, p. 53). De qualquer modo, tratar-se-ia de incompetência *ratione materiae* que o Autor aliás destacou a propósito do dever que tem a Corte de examinar *ex officio* as duas condições exigidas pelo art. 63 do regulamento (competência e conexidade).

Mas existe ainda uma circunstância mais importante — é que a modificação do fundamento essencial da ação foi pleiteada em momento em que a outra Parte não podia mais responder, condição em todo o caso exigida pela Corte permanente no que se refere até a simples modificação de conclusões (M. O. HUDSON, *The Permanent Court of International Justice*, Nova York, 1943, pág. 576 e nota 25).

Em todo o caso, em lugar de encontrar o consentimento das partes na débil medida de um abandono tácito ou *a contrario*, prefiro procurá-lo num documento solene, como o Ato de Lima, que é o alicerce de todo o caso, como limite de uma competência que não é concedida à Corte senão pela vontade das partes e que esta tem de observar *ex officio* (VIKTOR BRUNS, *Recueil des Cours*, vol. 62, pág. 603).

24. O pedido de reconvenção e sobretudo a importância que tomou de modo inesperado a circunstância de urgência acarretaram profunda modificação da causa, retirando-a do campo de simples discussão jurídica para trazê-la a um domínio, em que os aspectos políticos ocupam o lugar principal — pretendeu-se claramente “rasgar um abcesso”.

O Autor, que tinha mantido grande reserva na discussão diplomática, evitando apreciar os fatos e se entricheirando atrás dos aspectos gerais do direito, viu-se forçado a invocar os argumentos de ordem política adequada, na primeira ocasião que teve para falar após a contestação, isto é, na réplica.

A Corte afastou, pela quase unanimidade dos votos, a pretensão concernente à existência de crime comum, quando da concessão do asilo; eis aí completamente rejeitado o ponto de vista sustentado pelo réu até a data da contestação e que só passou a uma posição subsidiária em 9 de outubro de 1950.

Mas considerou-se violada outra disposição da Convenção de Havana, porquanto, três meses após o fato principal, não mais haveria urgência, não existindo a 3 de janeiro de 1949 perigo real suficiente para legitimar o asilo.

25. Mas até essa data, diversos diplomatas haviam concedido asilo a grande número de pessoas sem a menor oposição, circunstância que ainda corrobora o afastamento da interpretação em sentido estreito do termo “urgência” e segundo o qual não se deveria tratar senão de contar um número de dias, aliás, incerto.

Mas é assaz difícil admitir interpretação que não leve em conta as particularidades do meio que deram origem ao texto, comportando uma gama de fatos mui numerosa.

As vezes não existe sequer uma data precisa que permita um cálculo de tempo, sendo igualmente necessário levar em conta as dificuldades de acesso a uma legação, pois o primeiro cuidado da polícia nessas ocasiões é vigiar as residências diplomáticas para impedir que os suspeitos delas se aproximem; nesses casos, o fugitivo tem de esperar muito tempo e aguardar ocasião favorável para entrar despercebido, em geral durante a noite.

Apura-se no presente caso que o primeiro elemento certo de acusação de delito político foi a citação edital somente publicada no jornal oficial de 16 de novembro de 1948; a carta ministerial a que se fez alusão, mais tarde, teria ficado secreta.

Um pedido antecipado do asilo teria, entretanto, sido acolhido de boa vontade por um agente diplomático ou, ao contrário, este o recusaria em virtude de seu caráter prematuro? É extremamente difícil julgar uma tal situação em condições tão diferentes de tempo e lugar para compreender as hesitações que poderiam ter assaltado o espírito do fugitivo.

Mas, dirão, havia desde 4 de outubro de 1948 um decreto que punha fora da lei o Partido Apra, após considerações em que figuram alusões claras à vontade de punir os autores morais dos fatos contrários desde muito conhecidos e que muitos de seus membros fizessem parte do Congresso e do Governo. Mas a constitucionalidade deste ato era, entretanto, suscetível de apreciação judiciária, já que a Constituição peruana estava em vigor antes de 27 de outubro, com as únicas restrições do estado de sítio. Basta constatar que o citado decreto se baseava no art. 154, n.º 2, da Constituição, que atribui ao Poder Executivo a manutenção da ordem pública, mas sem autorizá-lo a violar a dita Constituição ou as leis.

Outras circunstâncias poderiam ainda ser consideradas para apreciar a conduta do Embaixador, e também a de seu Governo, que veio a seguir apoiá-lo: em primeiro lugar, a carta do Ministro do Interior de 5 de outubro de 1948 denunciando crimes que, embora de natureza claramente polí-

tica produziu, se bem que mantida em segredo, efeitos visíveis, como o seqüestro de bens e jornais; em seguida, as prorrogações sucessivas do estado de sítio, a última das quais na véspera do asilo, mostrando que o receio de perturbações sociais não havia de modo algum desaparecido; enfim, o Decreto-lei de 4 de novembro, de que falaremos mais tarde.

Por outro lado, poderia subsistir o perigo de atentados de origem privada, por exemplo, de inimigos pessoais, iludindo quiçá tôdas as precauções tomadas pela proteção policial.

26. Mas o que demonstra sem dúvida alguma que a decisão do embaixador não fôra anormal, ilícita ou precipitada, foi a profunda mudança de circunstâncias verificada durante o período de três meses decorrido entre os dois fatos — a revolução e o asilo.

É mui possível sermos obrigados a examinar fatos políticos, mas não há outro meio de apreciar os problemas criados pelo pedido reconvenicional, ainda que se tenha sempre de argumentar de modo hipotético e retrospectivo, já que se trata de situação já acabada.

O triunfo, em 27 de outubro de 1948, de outro movimento revoltoso agravou a situação do asilado, sobretudo se se lhe atribui a responsabilidade da distribuição dos panfletos, que foram trazidas à Côrte.

Considerou-se talvez insuficiente a ação punitiva desenvolvida pelo Presidente Constitucional, contra o Partido Aprista e, por outro lado, afirmou-se que o novo Governo não se julgava obrigado pelas opiniões expressadas pelo Governo precedente sobre questão tão importante, como a qualificação do asilo.

Importa recordar que uma Junta Militar de Governo foi instalada, ou, como diz o acórdão, "apoderou-se do poder supremo". Ora, uma tal situação seria como qualquer Constituição, notadamente a que havia sido violada pela própria instalação do novo órgão. As limitações de poder que se impõem a si mesmos os que o exercem em virtude de ato de violência são sempre illusórias, já que resultam de simples expressão de vontade, susceptível de mudança a qualquer momento. O decreto de 4 de novembro se baseia, por exemplo, nos poderes que foram conferidos à Junta, sem que se tenha achado necessário dar a menor explicação sobre a origem dessa outorga.

Assim a renovação mensal do estado de sítio, que normalmente se limita a suspender determinadas garantias constitucionais, não teria, portanto, senão muito fraca significação se se levar em conta a extensão ilimitada dos poderes que o governo de fato poderia se atribuir de tôda a maneira; dito decreto de 4 de novembro, prevendo a pena de morte e simplificando o processo em matéria de delitos políticos, demonstrou com bastante evidência a força de um poder praticamente ilimitado.

Deve-se, portanto, admitir em princípio que um diplomata estrangeiro concebesse dúvidas sérias quanto ao próprio funcionamento da justiça ordinária, de exoneração, sob diversos pretextos, não somente de juizes militares, mas de juizes permanentes, ainda que pertencendo a uma Côrte Suprema, não constitui hipótese insólita, quando um país se encontra temporariamente fora de um quadro constitucional normal. Para que tal suposição não cause maior espanto, basta recordar a famosa tentativa de

mudança do sentido da maioria de uma Côrte numa das maiores democracias do mundo, se bem que então se tratasse exclusivamente de servir ao interesse fundamental do país, na transformação do sistema econômico vigente.

Pouco importa que o Decreto-lei de 4 de novembro não tenha sido efetivamente aplicado no processo que se abriu contra os acusados secundários na rebelião, pois a todo momento outro ato baseado nos mesmos poderes ilimitados poderia, com uma penada, traçar orientação diferente, sendo impossível qualquer previsão em situação demasiadamente instável.

Assim, um diplomata colocado em tais circunstâncias, não poderia estar certo de que a antiga e profunda tradição de cultura do país perante o qual estava acreditado constituísse barreira suficiente contra a aplicação retroativa da nova lei, cujo efeito intimidativo, era, aliás, inegável.

Certamente, uma declaração feita perante a Côrte, a 15 de junho e a 2 de outubro de 1950, por um governo constitucional, exige absoluto respeito e constitui garantia suficiente contra a aplicação futura da lei de exceção no caso em que o asilado fôsse submetido a julgamento, se bem que a tarefa de aplicar uma lei pertença ao Poder Judiciário e não ao Executivo; mas, de tôda maneira, uma tal declaração nada tem a ver com a situação de fato, existente na época, quando se acreditava, aliás, fácil abandonar a orientação do governo constitucional precedente.

A observação feita pelo réu de que o autor adotara leis semelhantes, relativas à agravação das penas e à simplificação do processo para os crimes políticos, não constitui argumento em apoio de sua tese; ao contrário, se um governo constitucional pode, no curso de simples estado de sítio, exercer tais funções essencialmente legislativas, em virtude de disposições particulares de sua Constituição, pode-se facilmente imaginar o que poderia acontecer no caso em que não existe ou não é aplicada senão em parte, a disposição de poderes de fato.

O Embaixador pôde também verificar que o processo deveria prosseguir na ausência dos inculcados, após notificação oficialmente publicada por ordem de um juiz de instrução militar. Poderia êle imaginar que tal sanção viria a ser afastada, graças a um dispositivo legal, excluindo os processos a revelia e cujos termos exatos não são, aliás, ainda conhecidos da Côrte, exigindo, ao revés, explicações, principalmente quanto ao significado das alusões contidas na parte final da decisão transcrita na tréplica? Pouco importa que o julgamento proferido a 22 de março de 1950, sem nenhuma precipitação e excluídos os ausentes, haja sido moderado; em compensação, nele se proclamou com antecipação injustificada a principal responsabilidade dos chefes da Apra por fatos de que deviam tirar vantagem pessoalmente (ver contra-réplica).

27. Na verdade, não há senão uma maneira de apreciar uma questão qualquer de responsabilidade: é a de volver às condições de lugar, tempo e meio em que os fatos se produziram, se bem que se possa hesitar entre uma apreciação subjetiva ou objetiva, pondo-se, no primeiro caso, em lugar do acusado, e adotando, no segundo, uma posição abstrata para comparar a atitude criticada com uma conduta ideal, segundo o critério bem conhecido do *bonus pater familias*.

A aprovação dada pelo Governo do autor à ação do seu representante não mudou o aspecto do problema nem deslocou os fatos um só dia após 3 de janeiro de 1949. Não seria, portanto, razoável opor aos fatos passados naquele momento uma versão criada a grande distância e dois anos após os acontecimentos.

A discussão diplomática teve somente por fim obter uma reconsideração de atitude, à luz de razões que remontam todas à época da outorga do asilo. Ditas negociações não lograram resultado e a questão continuou no estado reconhecido diante da Corte com a redação do pedido reconvenicional.

A querela continuava a mesma e não se poderia escapar ao dilema seguinte: ou bem a violação é apurada e, então, o Embaixador agiu mal, em face das únicas circunstâncias suscetíveis de consideração, ou então ele agiu bem e não se pode falar de violação, nem mesmo — fórmula mais branda — de falta de conformidade com o texto do tratado.

Sair desta dura alternativa, seria penetrar no campo do arbítrio, pois não se trata de proferir julgamento sobre a conduta pessoal do Embaixador, ao ponto de saber se cometeu ele ou não uma falta, se sua culpa é ou não escusável ou ainda se deve ser absolvido.

28. Os autos fornecem outros elementos de cujo exame a Corte não poderia negligenciar, sobretudo no que se refere à pretensa modificação da situação de 3 de janeiro até o momento presente, a fim de se concluir se a outorga do asilado permitirá garantir sua segurança.

Pode-se, assim, registrar, além da carta do Ministro do Interior de 5 de outubro de 1948, que:

1) a 7 de setembro de 1949, outro sumário é aberto por falsificação de documento, que deveria beneficiar ao partido e ao asilado;

2) a 13 de setembro de 1949, o Procurador lança acusação contra o asilado como tendo participado de um crime de homicídio por uma instigação de segundo grau e responsabilidade presumida;

3) a 13 de setembro de 1949, o Procurador lança acusação contra o asilado por delito de usurpação de autoridade;

4) a 21 de setembro de 1949, sumário é iniciado pelo motivo acima indicado no n.º 3;

5) a 5 de dezembro de 1949, o julgamento acolhe, a título preliminar, as acusações por homicídio e delitos contra a administração da justiça e contra a fé pública;

6) a 31 de dezembro de 1949, um juiz de instrução é designado e no mesmo dia dito magistrado ordena a abertura de dois inquéritos pelos motivos acima indicados no n.º 5;

7) a 22 de abril de 1950 conclui-se o inquérito pelos delitos contra a fé pública e contra a administração da justiça e ordena-se a aplicação das disposições legais contra os culpados revéis, sem que o alcance destas sanções seja conhecido.

Todos esses fatos permitiram dizer-se, no debate oral, que “a justiça interna (do país de que é originário o asilado) o crê responsável pelo assassinato de Graña, assim como de delitos contra a administração da

justiça e contra a fé pública, motivo pelos quais processos foram instaurados”.

29. A conclusão à qual cheguei rejeitando a demanda principal e também o pedido de reconvenção, poderia evidentemente suscitar crítica no sentido de continuar ainda o “impasse” após decorridos vinte e dois meses. Mas as duas Partes, tendo dirigido enérgicos apelos à Corte para a solução do conflito, não lhe forneceram os meios para chegar a uma fórmula independente, como o poderiam ter feito nos termos do art. 38, § 2.º, do Estatuto (“julgamento *ex aequo et bono*”). Ao contrário, as Partes limitaram a ação da Corte indicando-lhe os dados jurídicos somente aplicáveis à espécie.

Mas, se os pontos fundamentais ficassem definitivamente assentados nos termos de minha opinião, isto é, se o réu não fôsse constrangido a expedir um salvo-conduto, embora não autorizado a exigir a entrega do asilado, ver-se-iam nítidas as linhas mestras do acôrdo, compatível com as exigências de segurança do Estado Territorial e os direitos individuais do homem, mediante condições recíprocas relativas a proteção dos interesses fundamentais do país e da dignidade do cidadão.

Não se poderia, portanto, falar de prisão perpétua, ou mesmo indefinida, pois o termo do asilo se aproximaria facilmente, como em todos os outros casos anteriores em que teria surgido uma disputa.

30. Mas, se se repele o autor principal, aceitando, ao revés, a reconvenção, posso indagar se o réu, que até agora ainda não pediu a entrega do asilado, não o fará a seguir, segundo a reserva que já consignou a tal respeito. Pergunto a mim mesmo qual viria a ser a atitude do autor diante de tal pretensão, se ela vier a produzir-se ou mesmo se, na ausência de reclamação, ele resolva convidar o asilado a deixar a Embaixada. Interrogo-me, ainda, se de uma forma ou de outra, não se terá de admitir que a entrega do asilado à justiça territorial é a única solução cabível na espécie. Se assim fôsse, assistir-se-ia, talvez pela primeira vez ao menos na América Latina, após centenas de casos de asilo, à entrega de um criminoso político à justiça territorial, civil ou militar. Indago, por fim, se, nessa hipótese, dita justiça o julgaria não somente pelo delito político, que lhe é imputado, mas ainda por tantos crimes de direito comum, aplicando-lhe o estranho art. 248 do Código de Justiça Militar, que prevê, na ignorância dos verdadeiros autores dos delitos comuns conexos, a punição dos principais chefes da revolta. Tais resultados parecem-me contrários à idéia que se faz na América Latina do asilo concedido aos criminosos políticos.

O CASO DO ESTREITO DE CORFU

(Inglaterra versus Albânia)

CÔRTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA
ANO DE 1949

Responsabilidade internacional pela explosão de minas em águas internacionais. Convivência de um terceiro Estado; provas. Lançamento de minas por autores desconhecidos. Conhecimento do lançamento por um dos Estados. Parte na questão: policiamento do território como fundamento de responsabilidade; influência da escolha dos meios de prova; meios de prova indireta, presunções por fatos concordantes. Das obrigações resultantes do conhecimento do lançamento das minas, fundamento da responsabilidade. Competência da Corte para fixar o montante das reparações; interpretação do Compromisso Inicial; atitude subsequente dos Estados-Partes.

Direito de passagem em tempo de paz de navios de guerra por estreitos que separam duas zonas em alto mar. Costume internacional. Estreitos em relação aos quais existe um direito de passagem. Estreito do Norte de Corfu. Passagem inocente; finalidade da passagem; modo de operá-la. Apresentação de documentos por exigência da Corte; recusa; artigo 49 do Estatuto da Corte e artigo 54 do Regulamento. Operação de limpeza de minas nas águas territoriais de Estado estrangeiro contra a vontade do mesmo; justificativas fundamentadas na teoria da intervenção e a noção de self-help. Violação da soberania territorial; responsabilidade internacional; satisfação em forma de constatação pela Corte do direito violado.

VOTO VENCIDO DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

1 — As observações que se seguem têm por objetivo expressar as razões pelas quais sou obrigado, bem a contragosto, a discordar da decisão,

(*) A ementa do acórdão esclarece perfeitamente a hipótese, tendo sido o resultado do julgamento o seguinte:

a — por 11 x 5, a Corte decidiu que a República Popular da Albânia é responsável, segundo o direito internacional, pelas explosões que ocorreram

em alguns dos seus aspectos, seja quanto aos fundamentos ou seja quanto a certas conclusões.

Fixando-se como ponto de partida, para o exame dos fatos relacionados com o caso, o mês de outubro de 1944, vê-se que, já batida a Itália, o avanço dos Aliados lhes dava liberdade de ação no Mediterrâneo para a perseguição ao inimigo.

Nessa época, a situação nos Bálcãs era verdadeiramente caótica; dada a complexidade das lutas intestinas, não havia união entre os diversos grupos de resistência que, constituídos contra o Eixo, se combatiam uns aos outros.

Na Albânia, um desses grupos assumiu a gestão dos negócios públicos, em contato com os Aliados, principalmente os ingleses e os americanos, que haviam acreditado missões militares junto a esse governo provisório. Mas, após as eleições gerais de dezembro de 1945, nem sempre primaram pela perfeita harmonia as relações entre o governo confirmado pelo sufrágio popular e as missões militares. De qualquer forma, passos foram dados em maio de 1946 para o estabelecimento de relações diplomáticas entre a Inglaterra e a Albânia, não obstante esta última ver adiada a sua admissão à Organização das Nações Unidas, como decorrência do voto de alguns países, entre os quais a Grã-Bretanha.

2 — Ao findar o ano de 1944, um dos problemas que mais preocupavam os Aliados era o da desobstrução das vias marítimas, a fim de facilitar o avanço das forças navais. No Adriático, esse encargo cabia predominantemente, senão de forma exclusiva, aos ingleses. As forças incumbidas de varrer as minas desciam para o sul e, em comêços de outubro, procediam à desobstrução do Canal de Corfu, enquanto os albaneses, nos seus últimos esforços, estabeleciam ainda um campo de minas em Salônica, aos 23 desse mês.

Com a cessação das hostilidades, tornou-se ainda mais necessário intensificar esse trabalho de reabertura das vias de comunicação marítima e, com tal objetivo, foram criados alguns organismos de caráter internacional.

Constituíram-se, assim, em maio de 1945, o Comité Internacional Central de Limpeza de Minas e o Comité de Limpeza de Minas para o

a 22-10-46 em águas albanesas e pelos danos e perdas humanas que delas decorreram;

b — por 10 x 6, a Corte decidiu que se reservava o direito de fixar o montante das reparações, desde logo fixando as regras processuais a observar;

c — por 14 x 2, a Corte decidiu que a Inglaterra, em decorrência da atuação de sua marinha de guerra em águas territoriais albanesas a 22-10-46, não violou a soberania da República Popular da Albânia;

d — por unanimidade, a Corte decidiu que a Inglaterra, em decorrência da atuação de sua marinha de guerra em águas territoriais albanesas no curso da operação de 12 e 15-11-46, violou a soberania da República Popular da Albânia, valendo esta afirmativa como satisfação bastante.

Segundo o regulamento da Corte, cada país em litígio deve ter um nacional seu integrando o Plenário. Esta a razão que levou a Albânia a indicar um Juiz *ad hoc*.

Mediterrâneo (Medzon), seguindo-se, em julho, o Comité Internacional de Itinerários e Informações.

Do trabalho conjunto desses organismos resultou, a partir de outubro de 1945, a publicação de duas séries de documentos para uso da navegação, os folhetos e as cartas (1) Medri.

Por outro lado, deve-se lembrar que era do conhecimento da Albânia a existência do canal (2) Medri n.º 18/32, pelo menos como indicado nas cartas e folhetos entregues, a uma certa data, pelo general que chefiava a missão militar inglesa em Tirana.

Tem-se alegado que em outubro de 1944 o Reino Unido procedera simplesmente à redragagem de um antigo canal alemão. Todavia, só no mês de maio de 1945 é que se tornaram conhecidas as cartas alemãs e estas apenas indicavam a direção e não os limites desse canal. Convém observar que a verificação ulterior não revelou diferença muito acentuada entre as duas vias, embora se deva reconhecer que o novo canal se aproximava um pouco mais da costa.

Também chama a atenção o deslocamento gradativo da linha verde do canal em quase todas as edições das cartas Medri, embora os folhetos conservem as coordenadas indicadas no radiograma de 7 de novembro de 1944, que se disse ter sido interceptado por acaso. Não se compreende a razão dessas alterações, pois que não há notícia de qualquer trabalho de varredura de minas após fevereiro de 1945. De outra parte, é de lamentar-se que pormenores mais precisos da operação de limpeza de minas não tenham sido conservados para que a Corte os pudesse examinar, não obstante se compreenda muito bem que a necessidade urgente da tarefa tenha levado a emprestar-se maior importância ao trabalho efetivo do que à preparação de relatórios.

Deve-se acrescentar que, durante a operação de limpeza de minas realizada em 13 de novembro, se verificou um erro de posição na carta do Almirantado Britânico n.º 206, da costa albanesa ao sul do cabo Kiephali, erro que foi imediatamente anotado no traçado.

3 — Mais de um ano após os trabalhos de limpeza de minas, dois cruzadores ingleses passaram pelo referido canal, vindo do norte; suportaram o fogo de uma bateria costeira, mas não foram atingidos pelos projéteis e continuaram sua rota para Corfu.

A esse respeito surgiu uma controvérsia que de início ficou circunscrita à esfera jurídica; verificou-se uma pausa na questão entre 21 de junho e a terceira nota britânica, de 2 de agosto. Contudo, não haviam melhorado as relações entre os dois países. A Albânia considerava mesmo o Reino Unido como aliado ou pelo menos como amigo fiel de uma nação vizinha que manifestara perante a ONU o propósito de reivindicar uma parte do território albanês.

(1) Embora o próprio texto já o indique, é útil observar que se trata de cartas marítimas para uso da navegação (N. do T.).

(2) Canal é aí empregado no senso restrito de via navegável aberta num campo de minas fundeadas (N. do T.).

Mas, em resposta à afirmação britânica de que havia um direito de travessia inocente, a Albânia respondera que se opunha à passagem de qualquer navio pelo canal de Corfu sem pedido prévio e sem autorização de sua parte. Além disso, em 7 de maio de 1946, a Albânia levava ao conhecimento do Reino Unido e de alguns outros países que o seu governo proibia a passagem nas condições acima indicadas.

Em resumo, o Reino Unido não se contentava em adotar uma atitude platônica e em formular meras ressalvas. Se no dia 15 de maio o comandante da força naval não respondera ao fogo, embora podendo ter a justificativa de legítima defesa, o Reino Unido, uma vez conhecida a estranha proibição, preferiu agir enérgicamente.

Convém observar que a Grécia, o país mais interessado na livre navegação de um canal sobre cujas águas possuía direitos, e que sobretudo dava acesso aos seus portos, preferiu abster-se de usar a passagem, a fim de evitar que se tornassem mais graves os incidentes fronteiriços.

A Grã-Bretanha dera uma ordem semelhante, porém foi ela de início cancelada, em 21 de agosto, no sentido restrito de admitir o uso da passagem quando tal se fizesse necessário. Outra modificação decorreu de telegramas do Almirantado, aos 15 e 22 de setembro, que, embora sob forma indireta, induziam o comandante da frota do Mediterrâneo a tentar uma passagem pelo canal norte de Corfu, mesmo sem caso de necessidade.

Nas suas palavras finais, a nota britânica anterior, de 2 de agosto, continha a ameaça de responder ao fogo pelo fogo. Como se poderia sondar se havia modificações na atitude assumida pelo país que recebera esse desafio? Para saber se as autoridades albanesas já haviam adquirido um certo padrão de conduta diplomática, deviam as mesmas ser avisadas da experiência, ao menos para poderem compreender as medidas planejadas com a intenção de dar à travessia a aparência de ato não hostil, medidas tais como a direção para a qual estavam apontados os canhões, etc.

4 — A frota do Mediterrâneo termina as manobras do outono. Desde 15 de agosto, o comando havia estabelecido um programa a concluir-se com uma reunião de todas as unidades em Argostoli, aos 23 de outubro; esse programa teve, portanto, de ser alterado, para que quatro dos navios pudessem passar pelo canal.

Foi extremamente doloroso o desfecho dessa experiência; duas explosões de minas acarretaram praticamente a destruição de um destróier, que teve de ser abandonado, graves avarias num outro, 44 mortos e 42 feridos.

A propósito das circunstâncias dessa passagem, várias divergências foram sendo gradativamente aplainadas após as explicações e averiguações, sobretudo após a correção de numerosos erros, alguns dos quais apresentavam certa gravidade. Mesmo os diários de bordo, que são universalmente considerados como dignos de fé, continham sérias inexatidões.

Quanto à determinação do local em que ocorreram os acidentes, foram apontados erros que deram margem a discussões, e quanto à hora da segunda explosão houve desacôrdo em diversos dados, o que exigiu explicações suplementares para a conciliação dessas diferenças.

Existe ainda a ser apontada uma última circunstância: a ordem de mudar de rota diante da Ponta Denta foi dada com um pequeno retardo e disso resultou um desvio em relação ao eixo do canal e, por conseqüência, maior aproximação da costa.

A conjugação de todos esses erros e de outras circunstâncias já salientadas teria deixado um resíduo de sérias dúvidas se não nos defrontássemos com um fato incontestável, que se impõe em seu conjunto e que simples mitúcias não poderiam obscurecer. Tem-se, portanto, de admitir que as duas explosões ocorreram dentro dos limites do canal. Mas, não se pode ter como certo que a Albânia possuía, na época, todos os elementos necessários para chegar à mesma conclusão.

5 — Uma vez adquirida a certeza quanto ao dano, primeiro elemento a ser considerado, é necessário indicar o fato que gerou esse dano, fixando-se o vínculo de causalidade indispensável entre o antecedente e o conseqüente, de tal modo que eles não sejam ligados no tempo só por uma relação de mera contigüidade.

No caso em aprêço, que teria causado o dano? Verifica-se primeiro que já havia minas colocadas pelos alemães; mas, por outro lado, é de se aceitar, de acôrdo com os peritos da Côte, que um trabalho de desobstrução bem executado oferece cem por cento de garantia quanto à limpeza de minas. Razões técnicas tornaram inadmissível a hipótese de minas colocadas por submarino ou por avião, assim como a de minas magnéticas. Deve-se também afastar a hipótese de minas flutuantes, sobretudo pela marcante coincidência de terem as duas explosões ocorrido quase nas mesmas circunstâncias de tempo e de lugar, sem que tais circunstâncias sejam atenuadas pelo fato de que outras embarcações tenham passado ilesas.

Ademais, constituiu-se num testemunho eloqüente a natureza das avarias, que revelam extraordinária violência, conforme a prova decisiva, que consta dos autos, embora não se conheça a carga de explosivo das minas italianas, empregadas nos campos minados do inimigo.

Assim, restaria, ao fim de contas, apenas uma explicação — a de que um campo de minas fôra criado após cessar a ação inimiga; por eliminação, chegava-se a isolar um antecedente único, transformado em verdadeira causa, segundo as regras clássicas de JOHN STUART MILL.

Essa conclusão, por si mesma impressionante, encontrou apoio decisivo no desdobramento de novo campo minado, em 13 de novembro de 1946.

Entretanto, admitido, afinal, que um novo campo de minas fôra colocado, a Albânia apenas mudou de posição, pois continua a negar que tais minas tenham sido causadoras do dano. Exige, em suma, a prova de que o campo minado tenha sido pôsto antes de 22 de outubro, ao mesmo tempo em que argüi a hipótese de que o lançamento das minas se tenha efetuado após os acontecimentos, para criar dificuldades ao país ribeirinho.

Mas, se a criação de um campo minado em tempo de paz constitui, sem dúvida, um fato quase inconcebível, a hipótese levantada pela Albânia

conduziria à criação sucessiva de dois campos em curto intervalo, o que seria ainda mais insólito.

6 — Quando, em seguida, se aprecia o caráter ilícito do fato ocasionador do dano, tem-se de levar em consideração critérios que devem orientar o juiz a esse respeito, assim como a respeito do problema relativo à imputabilidade, que àquele intimamente se liga. Essa verificação preliminar torna-se necessária quando se segue um caminho diferente para se chegar, entretanto, ao mesmo fim; impõe-se, então, uma explanação prévia de cunho nitidamente doutrinário.

As Partes, por exemplo, têm ressaltado insistentemente a necessidade de se demonstrar, na espécie, a existência de inadmissibilidade de uma obrigação internacional. Essa noção é tão forte que incitou apreciável número de autores a conferir-lhe o primeiro lugar numa teoria da responsabilidade, atualmente muito em voga.

7 — Mas a fórmula, se bem que incessantemente louvada por seus adeptos, não contribui de modo útil a eliminar dificuldades que, aliás, são conhecidas no direito interno.

Embora atuando exclusivamente num plano restrito, como o da infração a uma norma do direito positivo, a referida doutrina procura ser detentora de vantagens que só a aplicação de um outro princípio poderia proporcionar. Assim, as discordâncias quanto à exigência de textos específicos relativos a obrigações preexistentes nada têm a ver com a ação paralela de um outro princípio que condiciona, ou não, a imputabilidade à exigência de um elemento moral de culpabilidade.

Dêsse modo, a doutrina do inadimplemento da obrigação internacional não pode pretender ao título de objetiva senão por uma confusão de palavras, a menos que ela acrescente ao seu princípio fundamental um outro princípio ligado ao afastamento da noção de culpa.

Mas o fato de que a doutrina não pode invocar a seu favor esse último elemento está demonstrado pela circunstância de que os seus adeptos se dividem em três grupos distintos: o grupo que não dispensa o requisito de uma culpa, outro que não vê a necessidade de tal elemento e ainda outro que mantém as duas posições, segundo o direito internacional imponha ou não, conforme o caso, um recurso à noção de culpa (omissão, responsabilidade indireta, etc.).

O ponto fraco encontra-se, aliás, no próprio âmago da teoria, isto é, na primazia atribuída à natureza da violação. O resultado é que se reduz o campo de aplicação prática da responsabilidade.

Procurando caracterizar a conduta dos Estados, essa concepção conduz a uma alternativa, orientada para duas tendências opostas: ou bem fixar obrigações determinadas ou, ao contrário, admitir uma regra geral de conduta sem marcas precisas. E a escolha entre essas duas forças, uma de expansão e a outra de contração, pode tornar-se funesta à própria doutrina.

Por exemplo, se aceita a exigência de que seja previamente estabelecida em cada caso a violação de uma obrigação, é indispensável fazer-se uma catalogação completa dos casos de responsabilidade. Entretanto, isso

corresponderia a uma fase menos avançada, a da enumeração limitativa das fontes de delitos e quase-delitos, segundo a tradição geral do Direito Romano. Teríamos, assim, de nos aproximar do direito criminal e acabariamos adotando o princípio do *nultum crimen sine lege*.

Mas, se, ao contrário, preferirmos renunciar a essa rigidez, estaremos expostos a um outro perigo. Pondo de lado as convenções e os costumes para aceitar a influência dos princípios gerais do direito, perde-se todo o controle, sem se poder parar no meio do caminho. Chegar-se-ia mesmo à contingência de ir até à trilogia fundamental para estabelecer a responsabilidade civil pela simples violação do princípio *neminem laedere*, ou mesmo de tirar-se arbitrariamente corolários precisos de princípios vagos.

Aí então já terá desaparecido toda a utilidade da inovação e a própria doutrina estará em colapso.

8 — Essa crítica, aliás bem conhecida (v.g. ROBERTO AGO, *Recueil des Cours*, vol. 68, pág. 843; GEORGES SCHELLÉ, *Cours de Droit International*, publ. Paris, 1948, pág. 912), pode seguir no mesmo plano ao examinar-se pormenorizadamente a preexistência de um dever cujo desrespeito tenha de acarretar a responsabilidade pecuniária ou moral.

Verifica-se, de início, que a determinação dessas obrigações internacionais positivas, fontes da responsabilidade, envolve obstáculos difíceis de vencer, especialmente quando o juiz se defronta com um caso novo, que antes não fôra claramente previsto.

Se não pode invocar nem convenção nem costume que já tenha diretamente regulado a questão, deverá o juiz pronunciar *non liquet*, entrando assim todo e qualquer avanço na teoria da responsabilidade? O costume é feito de precedentes reconhecidos e não se deve coartar a formação de novos precedentes; um litígio internacional pode também favorecer essa formação, pondo fim à incerteza até então reinante.

9 — A existência de uma regra convencional não basta para afastar as dificuldades e o caso em aprêço constitui exemplo bem eloqüente de quanto é necessário um afastamento puro e simples de uma norma excessivamente rígida. Os fatos em exame não se ajustam aos precedentes conhecidos e, na ausência de um costume a ser invocado, o recurso a uma convenção não chega a suprimir de todo a dificuldade.

É curioso observar-se que o Reino Unido não se fiou na mera invocação da Convenção VIII de Haia, de 1907, mas reconheceu a necessidade de fazer apêlo aos princípios gerais do direito internacional e até mesmo a simples razões de humanidade.

Com efeito, o referido pacto não seria realmente aplicável à espécie, a não ser por uma interpretação que leve muito longe o método da analogia. Teria sido preciso acentuar o seu caráter declaratório, o que equivaleria a considerá-lo supérfluo. No seu texto, a citada convenção só cogita de tempo de guerra e não tempo de paz; só cogita da colocação direta de minas e não da colocação feita por interposta pessoa. A Albânia não foi signatária da convenção e à mesma jamais aderiu.

Entretanto, a Albânia confessou não ignorar ser inadmissível a colocação de minas em tempo de paz; com efeito, bastaria uma simples argumentação *a fortiori*.

Mas as reiteradas afirmações nesse sentido não impediram, por exemplo, que em certo momento se tivesse alegado perante a Corte que a notificação da existência de um campo de minas incumbiria tão só ao responsável pela sua colocação e não a um terceiro que disso tivesse conhecimento, de tal modo que a abstenção desse último não constituiria nenhuma violação de uma obrigação internacional.

Por outro lado, é preciso não esquecer que, se em relação aos fatos, é válido o acôrdo das partes ainda que uma corte internacional (com maior liberdade na apreciação da prova de que os juizes de direito interno) possa opor algumas restrições, tal acôrdo seria inteiramente inadmissível quanto ao direito a ser aplicado.

Assim, mesmo considerando como acima de qualquer dúvida razoável uma adesão eventual da Albânia à mencionada convenção, esta não poderia prevalecer, pois atribuiria retroativamente caráter ilícito a um fato já consumado.

10 — A limitação da responsabilidade na esfera contratual corresponde também à já salientada pretensão que se atribui essa doutrina, a de suprimir o elemento subjetivo da responsabilidade. É que o descumprimento de uma obrigação contratual em si mesmo contém a marca da culpa, de tal modo que o devedor não se libera a não ser no caso de provar uma causa estranha; entretanto, pode-se ter a impressão de que a própria culpa está ausente.

Esse, porém, não é o caminho certo. É preciso restabelecer no direito internacional as duas fontes que, aliás, apresentam uma unidade básica, a culpa contratual e a culpa delitual, ainda mesmo que se continue a distinguir nos dois setores os casos de conduta nitidamente indicada de antemão e os casos subordinados simplesmente a uma norma geral de prudência (HENRI e LÉON MAZEAUD, *Traité de la Responsabilité Civile*, Paris, 1948).

As tentativas de conciliação desses dois critérios, de regras precisas e de um padrão geral de conduta, não poderão vingar jamais, como se comprovou na Conferência de Haia, de 1930, não obstante as infundáveis discussões travadas no seio da Terceira Comissão.

Os Códigos de obrigações não procuram enumerar os atos danosos; no entanto, é de se reconhecer que os homens estão sujeitos a um certo padrão de procedimento, por cuja desobediência se tornam responsáveis. Da mesma forma os Estados devem respeitar entre eles certo teor de conduta, determinado pelas condições da coexistência internacional, verificadas num dado momento da História.

Mesmo na ausência de toda e qualquer convenção, não se pode admitir que o lançamento sigiloso de minas, em tempo de paz, deixe de implicar na responsabilidade do Estado que praticou o ato, pois esse ato apresenta um caráter anormal, insólito, e constituiria mesmo um crime quando insti-

tuida uma jurisdição penal no mundo. A comunidade universal não poderia subsistir se não tivesse punição um ato que, independentemente de qualquer definição convencional, tenha a característica plena de dolo.

Tratando-se mesmo de uma infração de natureza formal, consistente em simples perigo, qualquer país poderia pedir a condenação do autor de um tal ato, prejudicial à navegação, ainda que não pudesse reclamar reparação de um dano verificado *in casu*. Pelo menos a sentença ordenaria, para defender o interesse já virtualmente lesado, a limpeza das minas por conta do autor, tal qual, no direito interno, um juiz ordena a demolição de um muro mal colocado.

11 — Por outro lado, deve-se tomar em consideração o elemento subjetivo, mesmo que se tenha a disposição de levar até ao risco a responsabilidade internacional, dando-lhe um caráter verdadeiramente objetivo.

É inegável que uma condenação fundada sobre elementos morais de culpabilidade em coexistência com o descumprimento de uma obrigação estaria mais em consonância com os reclamos que ainda hoje se impõem à consciência do homem e à consciência da humanidade.

A noção de culpa está submetida, por sua parte, a um processo de constante mutação e obedece a uma lenta evolução que, afastando-se dos elementos clássicos de imprudência e negligência, tende a aproximar-se do sistema da responsabilidade objetiva; isso tem levado presentemente certos autores a negarem que a culpa seja fundamentalmente autônoma, em consideração a uma teoria baseada exclusivamente no risco. Afastando-se mesmo das noções de escolha e de vigilância, chega-se praticamente a uma fusão das soluções sugeridas pela culpa contratual e a culpa delitual.

Assim, sem prejuízo para a manutenção do sentido tradicional da culpa, e para evitar as dificuldades da prova quanto a um elemento subjetivo, tem-se procurado estabelecer presunções que simplesmente deslocam a responsabilidade da prova, como na teoria do depósito, a qual não se satisfaz com uma atitude negativa ou com a mera demonstração de ausência de culpa quanto ao que tem o dever de guardar a coisa. À vítima incumbe exclusivamente provar o dano e o vínculo de causalidade; isso é o bastante para implicar em responsabilidade, a menos que o réu prove a culpa de um terceiro ou da vítima, ou a ocorrência de força maior — únicos motivos capazes de eximi-lo de responsabilidade.

Essa tendência já invadiu o âmbito do Direito Administrativo, com a noção da culpa de serviço, e com maior razão deve ser aceita no campo do Direito Internacional, em que, aliás, se observa uma propensão muito mais acentuada do que no direito privado para admitir a responsabilidade objetiva.

Assim, no que concerne ao mar territorial, se o Estado não tem a obrigação de afastar os obstáculos naturais resultantes de acidentes geográficos, pretende-se que lhe incumbe atender devidamente aos aspectos relacionados com a ação humana, tais como o funcionamento dos faróis, etc.; isso, ressalvados os casos excepcionais já referidos, cuja demonstração, aliás, cabe ao réu, com a inversão do ônus da prova.

Não obstante algumas observações doutrinárias em sentido oposto, a Corte de Cassação da Itália, em seu julgamento de 19 de dezembro de 1906, reformando a decisão do Tribunal de Savona, considerou o Estado responsável pelo mau funcionamento das luzes com as quais assegura o serviço dos navegantes (*Rev. int. de Droit Maritime*, 1907, páginas 466 e 711).

12 — Quanto à imputabilidade no caso presente, deve-se de início encarar a hipótese de ação voluntária, inspirada num propósito maligno, mas sem se deixar de pôr em realce, como preliminar, que, não obstante a gravidade do fato delituoso, não se cogita de aplicação de uma lei penal.

No direito interno, sucede frequentemente que o juiz, numa causa cível, tenha de apurar fatos que são também de natureza penal, mas sem aplicar penas; daí resulta o cuidado dos legisladores em conciliar a atividade de jurisdições paralelas, sempre com a predominância do elemento criminal sobre o elemento cível. No domínio do direito internacional, nem haveria o perigo de se ter de enfrentar uma contradição.

De vez que as minas não poderiam advir de uma geração espontânea, tem-se de admitir que o seu lançamento deve ser atribuído às Partes, seja isoladamente ou com a ajuda de terceiros, ou seja a outros Estados, os quais teriam agido por sua própria iniciativa, iniciativa essa, entretanto, determinada por motivos favoráveis ou hostis às mencionadas Partes.

O Reino Unido acusou a Albânia de ter lançado diretamente as minas e nunca afastou de modo claro essa hipótese. Em contrapartida, a Albânia, que por vezes enunciou insinuações vagas contra o Reino Unido, renunciou, no último momento, a qualquer acusação desse gênero.

A imputação do lançamento das minas ao Reino Unido, imputação formulada, aliás, sem muita convicção, era destituída de qualquer consistência.

Vem a seguir a hipótese, muitas vezes insinuada, de um lançamento de minas efetuado por um terceiro país, que seria inimigo da Albânia e que teria procurado criar-lhe dificuldades com uma grande Potência.

Tal insinuação não encontra absolutamente explicação que satisfaça às exigências mínimas do senso comum. Ainda mesmo que se atribua à fórmula um caráter concreto, com referência a um país inimigo ou adversário da Albânia, nem assim se torna mais compreensível tal insinuação. Não há um só indício nesse sentido, nem o mais leve rumor. Ao contrário, existem contra-indicações, tais como o controle britânico sobre a esquadra desse país e, quanto ao mesmo país, a impossibilidade moral de querer causar graves danos a um aliado ou amigo.

Em princípio seria também pouco aceitável a imputação à Albânia do lançamento das minas. Entretanto, o desespero, o ânimo de vingança, em indivíduos, grupos ou povos de pouca experiência, podem levá-los a esquecer os seus próprios interesses e à adoção de métodos desatinados, se esses métodos lhes parecem os únicos de que possam dispor a fim de assegurar o respeito a uma medida cujo emprêgo entendam depender do

seu exclusivo critério. A luta cotidiana contra vizinhos tenderia certamente a aqular o desejo de recorrer a tais processos.

Um ato de tal natureza, que constitua ameaça aos navios do mundo inteiro, sejam mercantes ou de guerra, amigos ou inimigos, e capaz de atingir às próprias embarcações nacionais, apresentaria mesmo um certo aspecto de auto-mutilação. As condições de fato talvez afastassem o perigo para a navegação de cabotagem e os barcos de pesca, pois somente navios de pelo menos doze pés de calado poderiam ser atingidos pelas minas; entretanto, nunca se consegue imaginar tôdas as possibilidades que a vida material tem a oferecer.

13 — Deve-se, todavia, afastar a hipótese de que a própria Albânia tenha lançado as minas, pois lhe faltavam tanto os meios de efetuar a colocação como até as minas. Já o Conselho de Segurança admitiria que as minas tivessem sido lançadas com o conhecimento da Albânia.

A verificação de ser materialmente impossível o lançamento das minas não evitaria, entretanto, o pleno exame da ação dolosa, pois o ato poderia ter sido executado por um outro país ligado por estreita amizade às Partes e agindo a título de mandatário. Sem dúvida, é muito difícil admitir-se a tese da responsabilidade de um mandante, sem ser identificada a pessoa do mandatário, sobretudo quando é extremamente limitado o número dos autores eventuais do ato.

Mas tal versão foi aventada contra a Albânia e, no curso do processo, veio mesmo a ser transformada em acusação; primeiro, na Réplica, sob forma de interpelação, e em seguida perante o plenário da Côte, com precisão de detalhes.

14 — Declarou-se, pois, que o campo de minas fôra lançado por uma terceira Potência, não por sua própria iniciativa, mas no interesse da Albânia.

No curso das razões finais, o Reino Unido examinou uma série de hipóteses, porém nada autoriza a pensar que, assim fazendo, haja admitido, mesmo condicionalmente, estar exculpada a Albânia pelo fato de que vizinhos teriam colocado as minas sem ser a seu pedido, a sua conivência ou mesmo o seu conhecimento.

A situação de um país considerado como protegido e dependente de um outro, por efeito de tratados e convênios, não bastaria para inverter os papéis desempenhados, na sugerida hipótese de um lançamento de minas para servir ao interesse da nação que, embora sendo a mais fraca, ficaria sempre, nessa operação, como a Potência mandante, sem jamais se tornar mandatária.

Modificação de tal profundidade na apresentação dos fatos foi determinada pelo depoimento de antigo oficial de marinha que emigrou em outubro de 1947. Esse oficial formulou a versão de que as minas haviam sido embarcadas em dois pequenos navios caça-minas, com destino a Corfu, alguns dias antes de 22 de outubro de 1946. Essa versão, apreciada *in abstracto*, muito se aproximaria dos fatos a exigir explicação, pois minas GY não seriam carga ordinária a ser transportada nas vizinhanças de Corfu,

Mas o conteúdo dos documentos em que está expressa essa acusação foi levado ao conhecimento do terceiro Estado e este limitou-se a publicar um comunicado cujo texto foi incluído nos autos por iniciativa da Albânia. Essa refutação radical não foi aceita pelo Reino Unido, que tratou de fornecer novos argumentos e provas em apoio às declarações da testemunha; isso induziu a Albânia a apresentar periodicamente outros documentos.

Por certo, um Estado que, abstendo-se de intervir no caso, afasta assim a possibilidade de uma decisão que lhe seja adversa, também não poderá pretender, conseqüentemente, ser declarado isento de culpa: nem poderá mesmo gozar de uma situação privilegiada em relação às Partes, investindo-se com um direito de veto quanto ao exame de documentos que são, na verdade, documentos da Parte em causa.

Sem dúvida, as afirmações dos Estados que são partes no litigio, ou mesmo as de um terceiro, devem ser aceitas, apoiadas ou não em documentos, mas, sob a ressalva de prova em contrário, pois suas afirmativas não gozam de imunidade absoluta; se elas fôsem intangíveis, a justiça internacional não poderia atuar.

Por exemplo, é forçosamente de se lastimar que haja sido negada a existência de certos navios, quando mais tarde se veio a reconhecer que eles existiam, embora sob outras denominações.

Insinuar contestações de tal sutileza tende a enfraquecer os melhores argumentos. Uma negativa absoluta é sempre preferível a uma série de alegações que forneçam explicações parciais e que possam entrar em contradição; é o caso da prova de que certos navios não estavam em condições de navegar numa determinada data.

Além disso, a análise profunda a que foi submetido o depoimento do antigo oficial contrastou, de uma parte, a inverossimilhança de quase todos os pormenores, a contradição entre as minúcias relatadas e os dados correntes omitidos, e, de outra parte, a explicação geral da operação que coincidiria com as possibilidades da sua realização.

De qualquer forma, é-se levado a reconhecer a insuficiência de uma prova fundada quase tôda sobre um só testemunho, incorreto em vários dos pontos principais.

Outros elementos seriam ainda contrários ao acolhimento dessa versão, como, por exemplo, a insuficiência de provas quanto à posse de minas do tipo GY pela Potência tida como mandatária. A observação relativa à cruz gamada aposta nas minas não é também de caráter decisivo, pois os próprios alemães poderiam ter feito uso dessa marca, que aliás não está referida nos relatos das autoridades britânicas e foi apenas assinalada por meio de uma fotografia, sem conduzir a uma firme convicção.

Por fim, deve-se notar que um Estado cheio de experiência não se arriscaria com facilidade a provocar um *casus belli* com uma grande Potência. Mesmo que contra a última houvesse ressentimentos, aquêlê Estado teria escolhido métodos mais admissíveis do que o de fazer-se instrumento de uma ação de tal gravidade, a ser facilmente descoberta, pois a manuten-

ção do segredo dependeria de centenas de pessoas; e isso sem nenhuma vantagem possível, como se verifica pelas alusões das duas Partes ao velho adágio *cui prodest*.

15 — E mesmo se fôsse evidente a participação de um terceiro país, não se poderia fundamentar nesse fato a condenação do réu.

Um tribunal nacional tem jurisdição sobre todos os cidadãos e pode admitir que um certo ato tenha sido praticado por um terceiro, estranho ao processo, embora deva agir cautelosamente e sempre com a ressalva dos direitos econômicos e morais do mesmo terceiro, pois a decisão não pode atingi-lo, salvo no caso de solidariedade.

Mas o juiz internacional não pode proceder da mesma forma, pois a sua jurisdição se baseia na vontade das partes, seja de modo direto ou seja indiretamente, pela aplicação da cláusula do artigo 36 do Estatuto da Corte, o que exclui a simples alusão aos atos de um terceiro Estado. Um país que não é parte no litígio e não recebeu citação fica a coberto não só dos efeitos do julgamento mas também de qualquer menção acessória como mandatário ou executor de um ato ilícito.

Por certo, era difícil a posição do Reino Unido, porque não podia, nem ao início nem no curso da questão, citar perante a Corte um país que não subscrevera a Cláusula Facultativa e não se encontrava absolutamente na mesma situação da Albânia, obrigada pela decisão do Conselho de Segurança a aceitar a jurisdição da Corte. Era igualmente inútil propor a esse terceiro Estado um compromisso no curso do processo, sobretudo porque o mesmo Estado, após a comunicação de documento por ele solicitada, não quis intervir na demanda.

De qualquer maneira, a Corte não poderia ampliar os limites da sua competência, nem mesmo implicitamente, por apreciações *in concreto* sobre a conduta de um terceiro país, fôsse num sentido ou noutro.

16 — Assim, pela eliminação de todas as hipóteses concebíveis, forçoso é concluir-se que o lançamento de minas foi obra de um autor desconhecido. Mas, ainda assim, a Albânia poderia ter conhecido a existência das minas; e o país que conhece a ação capaz de causar danos, produzida por um outro, e nada faz para impedi-la, incorre na mesma responsabilidade quanto ao ato ilícito, sem qualquer atenuante. Se lhe era impossível evitar as consequências perigosas, nem por isso deixava de ter a obrigação de revelar o perigo.

Mas como dar como certo um fato que escapa à verificação direta?

Uma condenação, mesmo à pena de morte, pode ter fundamento sólido em provas circunstanciais, sem, no entanto, deixar de ter valor igual ao de uma sentença resultante de convicção baseada em depoimentos.

Seria, portanto, injustificado que uma corte internacional se acastelasse no campo da prova direta e visual, recusando-se a admitir, após reflexão cuidadosa, uma soma razoável de presunções capazes de levar a essa certeza moral e humana que se impõe aos tribunais, não obstante os casos infreqüentes de erro judiciário.

17 — A tal respeito, foram ainda invocadas contra a Albânia algumas presunções de caráter bem preciso, embora desiguais em sua força. Primeiro, a sua atitude passiva, após o descobrimento das minas, que devera, ao contrário, motivar um enérgico protesto. Ela, porém, se declara totalmente estranha a esses fatos e sua reclamação imediata e reiterada à ONU constitui uma contra-indicação razoável: quem tem a temer geralmente não recorre às autoridades.

A ausência de sinais, em 22 de outubro, também se explica pela inutilidade de uma forma de advertência que já fôra rejeitada pela nota de 2 de agosto.

Da mesma forma, a sua oposição ao trabalho de limpeza das minas não pode ser interpretada tão rigorosamente ao ponto de se ver nisso uma demonstração do receio quanto ao descobrimento do corpo de delito, pois a Albânia apresentou objeções com o fito de defender a própria soberania em suas águas territoriais.

Aí se insere um argumento, que, aliás, as duas Partes têm utilizado para fins opostos; a possibilidade, para a Albânia, de fazer as minas desaparecerem antes da operação de 13 de novembro. Mas, essa eventualidade não é aceitável, porque, além da grande repercussão dos acontecimentos de 22 de outubro na opinião mundial, houve certamente uma discreta vigilância exercida pelo Reino Unido. Por outro lado, tratar-se-ia de uma operação bem mais complexa do que o lançamento das minas, mesmo se conhecido exatamente o número delas a serem dragadas.

18 — Todavia, há outros indícios que podemos aceitar como definidos, certos e concordantes.

É, assim, a possibilidade de que o lançamento de minas tenha sido necessariamente observado de terra; e, a esse respeito, o último laudo dos peritos acentuou muito a probabilidade dessa observação, quer funcionasse então na Ponta Denta um posto de guarda, quer na hipótese contrária.

De outra parte, a Albânia pretendia interditar rigorosamente a passagem de todo navio estrangeiro na zona onde se encontrava o campo minado e poder-se-ia mesmo admitir que o incidente de 15 de maio constituiu uma aplicação antecipada da doutrina que, alguns dias mais tarde, ela expôs clara e publicamente, doutrina que chegou mesmo a aplicar a navios mercantes, como, por exemplo, no caso de um rebocador da U.N.R.R.A. A solicitação dos Estados Unidos, quanto ao envio de destróiers para transportar a sua missão militar que se retirava da Albânia, forneceu mesmo ao último país ocasião para dirigir uma queixa à ONU.

A existência de ordens militares secretas, não comunicadas à Corte, poderia ser considerada como um reforço a essa suposição, assim como a observação bem pouco explicável da nota de 29 de outubro: "O Governo Albanês não assume nenhuma responsabilidade no caso em que tal operação se efetue em suas águas territoriais".

A rigor, portanto, poder-se-ia considerar que, seguindo o curso ordinário das coisas, o governo albanês não poderia ser estranho à colocação de minas ou, pelo menos, deixar de ter conhecimento de tal fato.

Apesar de tudo, as conclusões da perícia giraram em torno de várias hipóteses e continua a ser ignorado o autor do lançamento das minas, como também não se sabe quando foram elas colocadas nem por que meios.

A ausência de explicações sobre esses pontos torna muito difícil afirmar-se peremptoriamente que era conhecido pela Albânia um fato envolto numa tal imprecisão. Assim, não constitui excesso de prudência a hesitação em se dar como provado que na espécie a conduta da Albânia foi nitidamente dolosa.

A existência de dúvidas semelhantes foi manifestada no Conselho de Segurança, quando este aceitou a substituição, proposta pelo representante francês, das palavras "com o conhecimento" pelas palavras "sem o conhecimento"; embora não se tratasse de uma decisão judicial, a mudança de termos não teria sido motivada por mera cortesia (122.^a Seção — 27 de março de 1947, pág. 596).

19 — Aliás, uma comprovação de tal gravidade não é absolutamente necessária ao êxito de uma demanda de natureza exclusivamente pecuniária.

Desde o instante em que a insuficiência de elementos comprovatórios permite afastar a afirmação irrefragável de que a colocação das minas era conhecida pela Albânia, a mesma relatividade é aplicável quanto a uma afirmativa de que o mesmo país estava na ignorância daquele fato. Por certo, isso não pode ser provado, mas, em contrapartida, é de se examinar se a Albânia devia ou podia ter tido conhecimento da operação.

Se não se chega a esclarecer o mistério e a descobrir os autores do fato, ou aqueles que o conheciam sem dar aviso aos interessados, não há porque renunciar à esperança de ser dada compensação à vítima sem antes procurar outra justificativa para tal reparação, embora excluída a idéia de dolo; primeiro seria considerada a culpa não intencional e, por fim, uma responsabilidade presumida ou mesmo simplesmente objetiva.

A vítima conserva a faculdade de apresentar o pedido de reparação contra um só dos responsáveis *in solidum*, de acordo com uma escolha que é sempre deixada à sua discricção, no domínio puramente econômico; entretanto, um juiz criminal não deve, em princípio, pronunciar-se sobre a responsabilidade de um cúmplice ou de um mandante, sem ao mesmo tempo estabelecer a imputabilidade em relação ao autor principal ou ao executante material da infração.

20 — Examinando-se a espécie sob o ângulo de uma culpa por ação ou omissão, verifica-se, de início, a debilidade da defesa albanesa numa costa deserta ao longo de muitos quilômetros, com alguns núcleos de população desprovidos de meios fáceis de comunicação.

Travou-se um longo e minucioso debate quanto à eficácia da vigilância costeira e a possibilidade de um lançamento de minas passar despercebido da população e especialmente dos guardas do litoral. Falou-se muito sobre a facilidade de uma tal operação, sobre os meios e o tempo da sua execução, mas seria difícil reconstituir todos os dados de um fato que se teria consumado num dia incerto, ou melhor, numa noite indeterminada.

Os peritos esforçaram-se para aclarar as coisas, procurando indicar as condições mais condizentes com as que podem ter sido encontradas na região, a essa época, mas no terreno das hipóteses há sempre uma margem de erro.

De qualquer forma, a invocada deficiência dos meios de defesa não exclui a existência de uma vigilância zelosa do canal, inspirada pela desconfiança; miúdos fatos constituíram-se em objeto de relatórios e denúncias internacionais. Uma operação de lançamento de minas, por mais rápida que fôsse e executada por homens dos mais experimentados, correria grande risco de ser descoberta.

Por outro lado, levantou-se esta hipótese: o lançamento das minas poderia ter sido efetuado numa operação artilosa, os navios com todos os seus fogos acesos. Isso, porém, não teria deixado de atrair a atenção; em 22 de outubro, as luzes das embarcações foram observadas por longo tempo.

E mesmo que se excluísse qualquer possibilidade para a Albânia de aumentar os seus meios materiais e humanos de defesa, ainda seria forçoso reconhecer que ela pelo menos negligenciara em colocar postos de observação nos pontos considerados como os mais convenientes, quando foi organizada a defesa da costa, por volta de maio de 1946, e, portanto, o mesmo país deve sofrer as conseqüências daquele descuido. O último laudo dos peritos bem esclareceu a Côte quanto à acessibilidade da Ponta Denta, ao menos por via marítima, afastando assim as razões que pudessem ter justificado a deficiência já referida.

A alegação da Albânia, segundo a qual a vigilância era insuficiente e ineficaz ou exercida de maneira deficiente, depõe contra ela própria, mesmo se essa vigilância visava a fim bem diverso, o de evitar as incursões de vizinhos. É preciso ainda assinalar que tal objetivo seria incompatível com a interdição de passagem decretada contra todos os outros países. Essa generalização agravou indubitavelmente a responsabilidade da Albânia em relação a êsses terceiros.

A respeito, devemos evitar que se aponte uma contradição; o fato de haver uma vigilância normal, ou mesmo excepcional, era justamente invocada como argumento favorável à existência de dolo, isto é, o conhecimento das minas; mas essa circunstância também seria válida para a demonstração de uma simples culpa, caso não se chegasse a ter como satisfatórias as presunções destinadas a estear a conclusão mais grave.

21 — Diante dessas razões já não se poderia afastar absolutamente a hipótese de que a Potência costeira incorreria numa negligência, pe'a qual se tornava responsável; essa responsabilidade ainda mais se agravaria com a apreciação dos fatos à luz dos novos princípios sobre a culpa, mencionados acima.

Por exemplo, ainda que para o Estado ribeirinho o lançamento das minas possa ser considerado como um fato imprevisível, não estaria preenchida a outra condição para qualificação de força maior ou de caso fortuito, isto é, a inevitabilidade?

Pouco importa que a vigilância tenha visado a outros fins, desde que suficiente para descobrir a operação e expulsar os seus autores, com os mesmos recursos que foram usados para afastar os navios ingleses em 15 de maio, isto é, a bateria postada diante da zona em que foi descoberto o campo de minas.

Sem dúvida, a Albânia poderia ter invocado uma razão sólida diante da teoria da culpa ou mesmo da teoria do risco: o fato de ter sido afastada do encargo de limpar as suas águas territoriais, quando lhe foi recusada uma participação nos comités de limpeza de minas, sendo transferida a terceiros essa função de segurança. Foi nisso que se fundamentou o voto do representante da Síria no Conselho de Segurança, recusando-se a admitir a responsabilidade da Albânia, que sete outros Membros haviam reconhecido. Arguiu que fatos de guerra teriam afastado, na espécie, o dever que incumbe a todo Estado soberano de ter os meios, a capacidade e a obrigação de proteger o seu território e de manter a segurança de suas vias de comunicação.

Mas a questão foi apresentada à Corte sob uma luz diferente, já que a colocação de um novo campo de minas fôra admitida pela Albânia. Não se tratava mais de uma responsabilidade por ter deixado de proceder a limpeza de minas, tarefa de que a Albânia fôra desincumbida, e sim da colocação de um novo campo minado, no decorrer de um período em que aquêle país estava no pleno exercício da sua soberania e vigiava sozinho as suas costas.

Assim, na espécie, não há necessidade de se falar em risco. A presunção de culpa é suficiente e encontra plena aplicação no caso de vigilância reconhecida e confessada. Seja na apreciação *in concreto* ou seja em relação a um critério médio de *bona res publica*, a conclusão é a mesma.

Tudo isso, portanto, autoriza a concluir-se, não obstante a verificação de que estamos em face de um caso de autor incerto, pela responsabilidade da Albânia, de acordo com o Direito Internacional.

22 — Pouco importa que se situe o caso no plano do quase-delito, pois o argumento *de majus ad minus* justificaria de modo pleno uma conclusão que não se afasta absolutamente da *litis contestatio*, ou melhor, de compromisso, em que o objeto da queixa principal permaneceu no terreno pecuniário. E isso ainda se torna mais evidente quando comparado com a contestação, pela reconvenção.

Nenhum erro de interpretação quanto à *causa petendi* poderia aliás, levar a uma qualificação jurídica diferente da que propuseram as Partes, qualificação que uma Corte pode sempre atribuir aos mesmos fatos, alegados e provados no processo, seja para chegar à mesma conclusão visada pelas referidas partes, seja para reduzir, por exemplo, a importância pretendida ou a pena reclamada. Somente em obediência a uma forma de maior rigidez do que a inspirada pelas *legis actiones* ou outros sistemas análogos, já abandonados, é que se poderia pensar em afastar-se uma tal solução.

Os princípios que orientam atualmente a economia de todo processo só se deveriam deter no caso em que o peticionário estabelecesse como *conditio sine qua non* para o êxito da ação a verificação do dolo. Nesse caso, a *exceptio rei judicatae* não atuaria em relação a uma nova queixa fundada exclusivamente na culpa.

Na espécie, ao contrário, a Grã-Bretanha não deixou de fazer alusão à doutrina do simples risco e mesmo de pedir a sua aplicação.

23 — Se se tivesse admitido a existência de uma intenção dolosa, essa não deixaria margem à invocação de justificativas ou de circunstâncias atenuantes; nenhum pretexto, aliás, teria justificado um ato de tal brutalidade.

A desproporção do revide persistiria, mesmo se encarada a hipótese como algo semelhante a um delito preterintencional, supondo-se, por exemplo, que o autor não poderia prever que embarcações viessem a passar por aquêle local, persuadido talvez de que o campo de minas se encontrava fora do canal desobstruído. Também não se pode atribuir maior significação ao fato de que as minas teriam sido colocadas para prejudicar pessoas determinadas, pois subsistia o risco de vir um terceiro a sofrer dano, como de fato acontecera. A própria lei criminal não admite redução da pena na hipótese de *aberratio ictus*.

24 — Mas, seja de acordo com o sistema da culpa ou seja segundo o sistema do risco, deve ser levada em consideração a conduta da vítima, para uma certa redução da responsabilidade e, por consequência, a proporcionalidade na indenização.

É inútil recordar que a reparação não corresponde a nenhuma espécie de pena e não pode, portanto, ser aumentada nem reduzida conforme a apreciação da conduta, seja a mesma taxada de culpa grave ou de *culpa levissima*. As cortes de justiça encontram sempre os meios de examinar a culpa *in concreto* quando calculam as perdas a serem indenizadas.

A própria justiça internacional não tem escapado a essa influência de ordem moral, que GEORGE RIPERT bem salientou em diversas ocasiões.

Como acentua J. PERSONNAZ (*La Réparation du Préjudice au Droit International Public*, Paris, 1938, págs. 106 e segs.), a jurisprudência internacional tem frequentemente levado em consideração o caráter mais ou menos grave dos fatos imputados, assim como a negligência ou a culpa da vítima, para, em consequência, aumentar ou diminuir o vulto da indenização. Os árbitros têm enunciado, muitas vezes, declarações de princípio bem claras a esse respeito. Por exemplo, o Comissário Britânico na questão do *Alabama* (Rec. LAPRADELLE e POLITIS, II, 825) considerou que a reparação devia ser proporcionada não somente à perda, consequência da culpa, mas também à gravidade dessa culpa, em si mesma. Também o árbitro na questão da baía de Delagoa justificou, pelas culpas da vítima, uma redução da indenização abonada (Pasier. La Fontaine, p. 307).

Na espécie, várias circunstâncias, referidas acima ou salientadas na reconvenção, permitiriam, se vier a ser o caso, reduzir num certo grau o montante da reparação. Esse critério é, sem dúvida, incompatível com

uma condenação baseada na ação dolosa, mas se imporá no caso em que a condenação tenha permanecido no terreno da culpa.

25 — No que diz respeito à fixação do montante da indenização, deve-se recordar que o pedido inicial foi inteiramente substituído por uma espécie de novação produzida pelo acôrdo, que modificou o curso normal do processo.

Por certo, as renúncias não se presumem; mas, nos casos de novação, é sempre necessário fazer-se uma ressalva expressa, como no caso de garantias de uma dívida.

Além disso, o Reino Unido conhecia exatamente as duas posições possíveis: a solução que havia proposto ao Conselho de Segurança, isto é, um simples reconhecimento de responsabilidade, com a reserva de um ajuste ulterior, e a solução que preferiu ao levar o caso à Côrte, ou seja a de pleitear uma importância determinada, a título de perdas e danos. Ora, no momento de redigir o compromisso, o Reino Unido escolheu o primeiro caminho e, por conseguinte, não pode pretender a volta ao segundo, sob a invocação de uma ressalva mental enunciada em referências vagas noutros documentos e restabelecida à última hora por uma alusão em termos nítidos à avaliação dos danos a reparar.

Não se trata propriamente de uma questão de competência, mas de se fixar o conteúdo do *petitum*.

O paralelismo das pretensões expostas no compromisso demonstra ainda que, em ambos os casos, a responsabilidade e a reparação foram referidas tão somente para acentuar uma diferença em sua natureza. O Reino Unido visava simplesmente a uma reparação pecuniária e a Albânia, uma reparação diversa, de ordem puramente moral. Assim, a cláusula não seria sem objetivo; mas, de qualquer modo, foi evitada deliberadamente uma indicação precisa, seja quanto à espécie de satisfação moral, seja quanto ao vulto da indenização material.

Além disso, se subsistissem quaisquer dúvidas, não poderiam elas ser dissipadas por uma interpretação contrária ao devedor e favorável ao credor negligente.

26 — Poder-se-ia ainda acentuar a necessidade de procurar-se uma complementação ao reconhecimento da responsabilidade, para ser evitada uma interpretação que tornasse inócua o compromisso; em outros termos, tratar-se-ia de atribuir um efeito prático às cláusulas adotadas pelas Partes.

Mas, sob esse ponto de vista, será necessário frisar que o compromisso revela a formulação simultânea de duas reivindicações, apresentadas reciprocamente pelas Partes, com um caráter puramente declaratório.

No direito interno, as sentenças são, em regra geral, executáveis por coerção e antigamente nem mesmo se admitia uma decisão desprovida de tal efeito — *campana sine pistillo*. Mas, com a evolução da teoria do processo, a existência de sentenças meramente declaratórias passou a ser admitida, especialmente na Alemanha e nos Estados Unidos; o postulante resigna-se, por uma razão qualquer, a pleitear apenas o reconhecimento de seu direito, sem querer, em consequência, torná-lo efetivo, reservando-se

todavia, a faculdade de apresentar uma outra ação, de natureza executória: *actio de iudicato*.

Mas o que é excepcional no direito interno corresponde à normalidade no direito internacional. Sabe-se que as decisões formuladas contra Estados soberanos não eram diretamente executórias e apenas se apoiavam num alto valor moral para obter uma submissão voluntária; foi a Carta de São Francisco que começou a assegurar a eficácia de decisões da Côrte Internacional de Justiça por um processo *sui generis*, cujo alcance será graduado, em cada caso, pelo Conselho de Segurança.

Não se deve, portanto, considerar como excepcional, inútil, ou destinada a acarretar mera desistência, a adoção de um compromisso — que, aliás, pressupõe naturalmente renúncias recíprocas — para limitar o efeito da decisão da Côrte ao fato principal do reconhecimento da responsabilidade, visando à função essencial da justiça internacional, que é a de declarar o direito.

As questões complementares, como as que se relacionam com a fixação do montante das perdas e a maneira de repará-las, foram deixadas pelas Partes a outras fórmulas, mais favoráveis aos seus interesses, a serem determinadas posteriormente.

27 — O pedido de reconvenção tem origem na pretensão sustentada pela Albânia quanto à navegação pelo canal norte de Corfu e apresenta-se sob dois aspectos distintos: a passagem de uma esquadra pelo canal e a limpeza de minas efetuada posteriormente.

O caráter radical de uma tal interdição foi certamente negado desde os debates no Conselho de Segurança e a Albânia afirma que jamais teve o intento de excluir a passagem de navios mercantes, como se depreenderia, entretanto, de uma interpretação literal da nota e mesmo dos incidentes já mencionados.

Após esse recuo, ainda se torna necessário considerar se a medida era ou não legítima quanto a navios de guerra.

O direito de passagem de navios estrangeiros pelo mar territorial tem o seu fundamento na liberdade do comércio, que pressupõe a liberdade de navegação como meio principal do seu exercício. Mas não se pode aceitar a idéia de uma oposição entre essas duas concepções de liberdade, nem mesmo para justificar a diferença entre uma simples passagem e a entrada nos portos, como propõem alguns autores. Por certo, toda passagem de navio tem por objetivo a entrada num porto, não importando que seja desse ou daquele país. Não há dúvida de que os dois casos têm tratamento diverso, com maiores ou menores restrições para o Estado ribeirinho. Mas a diferença de regime não impõe de forma nenhuma a abolição do postulado segundo o qual a liberdade de navegação decorre da liberdade de comércio, idéia mais ampla no domínio econômico.

Ao tempo da Sociedade das Nações, o problema foi objeto de excepcional atenção, como atestam as referências do Pacto (arts. 16 e 23), a criação da Comissão de Comunicações de Trânsito, e o teor das Conferências de Barcelona e Genebra, em 1921 e 1923 respectivamente. A idéia.

do trânsito mercantil tem, pois, uma relevância bem acentuada. No sistema atual, essa idéia não adquiriu tanto relêvo, mas, ainda assim, é inegável que, desde a Carta de São Francisco, ela não sofreu redução em sua essência.

Mas profunda é a diferença de ponto de vista quando se trata da passagem de navios de guerra, seja quanto ao princípio ou seja quanto às suas variadas aplicações.

Sem dúvida, esse trânsito também se baseia na liberdade de navegação, mas aí o mesmo meio serve à consecução de fins inteiramente diversos; de tal modo, pode-se naturalmente chegar a conclusões diferentes. Será necessário, portanto, que nos acautelemos em face de qua'quer analogia apressada, devendo-se, pois, rejeitar explicações tais como a de FAUCHILLE, o qual considerava a marinha de guerra como um acessório da marinha mercante, exatamente como no tempo dos corsários e da pirataria.

28 — Considerável número de autores sustenta que prevalece tão só uma espécie de tolerância, condicionada a normas reguladoras mais simples do que as geralmente adotadas com referência a medidas técnicas, sanitárias ou aduaneiras, e que são também aplicáveis aos navios de comércio.

Outros, entretanto, pronunciam-se favoravelmente a uma igualdade de tratamento.

De qualquer modo, o Reino Unido reivindicou a supremacia do costume sobre a doutrina, em consonância com o artigo 38 do Estatuto da Côte, embora reconhecendo, aliás, que esse texto não estabeleceu uma hierarquia entre as fontes do direito internacional.

Mas, nessa matéria, é bem duvidoso que se possa discernir a existência de um costume, por falta de precedentes nítidos. Como no caso da posse, o equívoco impede a ação geradora e confirmadora do tempo; este só não basta, segundo o direito tradicional, a tornar efetivo, por exemplo, o usucapião: *in facultatis non datur praescriptio*.

Ora, a passagem "lateral" na estreita faixa das águas territoriais, sem escala nos portos adjacentes, fato que não é habitual quanto a embarcações de comércio, torna-se extremamente raro quanto a navios de guerra. Pode-se mesmo observar que tal fato quase só se verifica em canais ou estreitos, casos que devemos encarar separadamente. As notificações para a entrada nos portos freqüentemente são juntadas às que têm por objetivo a mera passagem pelas águas territoriais.

Haja visto o caso em aprêço, no qual se pode verificar que o programa para a Frota do Mediterrâneo previa comunicações distintas à Grécia e ao Egito dos movimentos projetados, indicando ainda a possibilidade de uma visita do comandante-chefe a certos portos egípcios.

Nenhuma razão válida justificaria uma restrição maior ao direito do Estado ribeirinho, em benefício das naves de guerra. É óbvio que seria um abuso desse direito a interdição de passagem sem nenhum motivo ponderável, dada a ausência de qualquer perigo, interdição apenas ins-

pirada no desejo de criar dificuldade, ou mesmo por mero capricho e leviandade.

A permissão de passagem, bem mais útil, que em tempo de guerra os países neutros quase invariavelmente concedem às belonaves, explica-se por outras razões. como, por exemplo, o propósito de manter imparcialidade na maneira de tratar os beligerantes ou o cuidado escrupuloso de não proibir um ato que a esses neutros seja indiferente, sob condição de que o ato conserve tal caráter. A natureza precária de tal permissão é confirmada pela proibição ou a limitação de passagem de navios de guerra, mesmo em tempo de paz, por certos estreitos, cujo tráfego é regido por tratados multilaterais.

Em suma, não há fatos significativos e constantes que permitam considerar que os Estados já aceitaram reconhecer um direito consuetudinário de livre passagem para navios de guerra no mar territorial. Não existe, pois, a força vivificante da reiteração, que é a base do costume.

A tendência favorável à liberdade dos mares não poderia ser acolhida sem reserva no caso de águas territoriais, especialmente no que diz respeito às razões militares. Bastaria recordar a extensão dos direitos dos neutros (*Annuaire de L'Institut de Dr. Int.*, Paris, 1910, págs. 37, 91, etc.), a criação por cissiparidade de águas adjacentes ou contíguas, a zona para a proteção das leis anti-alcoólicas ou de jazidas petrolíferas, etc. (v. BUSTAMANTE, *La Mer Territoriale*, Paris, 1930, pág. 156).

No acórdão pronunciado em 11 de dezembro de 1931, na questão do acesso e do estacionamento de belonaves polonêsas no porto de Dantzig, a Côte Permanente de Justiça Internacional recusou-se a admitir uma interpretação extensiva dos textos, inclusive os do Tratado de Versalhes, que derogavam o direito internacional geral, assim como também se recusou a incluir o livre acesso e permanência dos navios de guerra numa fórmula que só dizia respeito ao tráfego comercial, às importações e às exportações, tarefa exclusivamente a cargo de navios mercantes; a Côte concluiu finalmente por considerar infundadas as pretensões polonesas, (C. P. J. I., Série A/B 43, págs. 145 e segs.).

29 — O Reino Unido invocou os trabalhos da Conferência de Haia para a codificação do direito internacional, mas para isso teve de minimizar uma boa parte dos resultados dessa reunião, sobre os quais também se apoiava a Albânia.

Com efeito, alegou o Reino Unido que as bases de discussão, aprovadas pela Conferência a título meramente científico, continham um caráter de compromisso necessário à fixação da regra para o futuro e que, ao contrário, uma simples observação adotada à última hora tinha mais força do que a própria base a que se ligava. Por mais bem fundamentadas que possam ser essas afirmativas, o certo é que o exame dos tão valiosos trabalhos realizados, seja por escrito ou seja em debates orais, nesse momento brilhante do direito internacional, poderia autorizar conclusões diferentes. Por exemplo, o informe inicial salientou a confusão que se insi-

nuara nas respostas a propósito do direito existente e do direito a ser criado. (S. D. N. C., 74, M. 39, 1929, pág. 7).

Os primeiros projetos redigidos, em 1926, por SCHÜCKING, antigo Juiz da Côte Permanente e adepto da livre passagem dos navios de guerra, poderiam deixar algumas dúvidas, se postos em confronto os seus artigos 7 e 12. O primeiro ressaltava somente a permanência dos navios de guerra e o último regulava todos os aspectos da passagem (S. D. N., C. 196, M. 70, 1927, págs. 59, 62 e 72). A mesma incerteza pode ser verificada na segunda consulta aos Estados por meio de um questionário adotado por um comitê de revisão (IX e X, S. D. N., C. 74, M. 39, 1929, pág. 105). Só após o recebimento de novas respostas foi que se reconheceu a clara diferença entre os dois casos (bases 19 e 20 — S. D. N., págs. 71 a 75). Tal diferença foi mantida e acentuada na discussão e aprovação do projeto pela Segunda Comissão.

A leitura de tôdas as respostas às duas séries de questões não autoriza, de maneira nenhuma, a concluir-se inequivocamente pela igualdade de tratamento para as duas categorias de navio; em verdade, poucos Estados responderam de forma peremptória a favor de tal igualdade.

Verifica-se, por exemplo, que não somente dois países, a Bulgária e a Letônia, se manifestaram contra um direito de livre passagem para navios de guerra, mas ainda outros Estados exprimiram uma opinião semelhante, seja em suas respostas ou seja no curso da discussão. Por exemplo, a Grã-Bretanha sentiu a necessidade de destruir a atitude radical e coerente adotada pelos Estados Unidos nessa Conferência. Contudo, é difícil imaginar que as declarações escritas e orais dos representantes americanos, fundadas, aliás, na idéia de ameaça, sugerida por ELIHU ROOT e reformulada nos trabalhos preliminares realizados pe'a *Harvard Law School*, pudessem ser demolidas por terceiros, mesmo que estes se apoiassem em ótimos argumentos.

A própria orientação da Grã-Bretanha não foi muito clara, seja nas respostas preliminares (*doc. cit.*, págs. 67 e 74), em que fez mesmo alusão a uma regulamentação da matéria apresentada à Conferência e cuja não publicação é lamentada por GIDEL (*Droit International Public de la Mer*, Paris, 1934, tomo 3.º, pág. 283), ou seja na discussão em que afirmou que a proposta no sentido de mera tolerância, apresentada pelos Estados Unidos, não diferia da proposta britânica para a manutenção do *status quo* (S. D. N., C. 351, M. 145 b, 1930, págs. 62/3). Essa é a impressão deixada no espírito dos autores que têm comentado os trabalhos de Haia, como BALDONI (*Il Mare Territoriale*, Pádua, 1934, pág. 94, n.º 1) e JAURÉGUIBERRY (*La Mer Territoriale*, Paris, 1932, pág. 92).

A diferenciação dos dois casos esteve presente aos trabalhos de base da Conferência e reaparece como um *leit motiv* na redação do projeto, mesmo sem se levar em conta a discordância, freqüentemente ressaltada, entre o texto francês e o inglês.

O próprio relator, frisou, por fim, que o artigo 12, relativo à passagem dos navios de guerra, correspondia ao critério aceito a êsse tempo.

O próprio relator, frisou, por fim, que o artigo 12, relativo à passagem dos navios de guerra, correspondia ao critério aceito a êsse tempo.

30 — Do mesmo modo, o exame dos textos de leis internas nos diversos países — muito embora na maioria delas se estabeleça uma distinção entre a simples passagem, a permanência nas águas territoriais e a entrada nos portos — não encaminha suficientemente o espírito do leitor no sentido da liberdade de passagem para os navios de guerra, mesmo que se conceda grande elasticidade à argumentação *a contrario sensu*, sempre perigosa.

Observa-se, ao fim de contas, que o equívoco paira sobre todos os elementos invocados, pelo menos de modo a afastar o reconhecimento de um costume de acôrdo com os requisitos clássicos.

Em suma, o trânsito de navios de guerra pelas águas territoriais está submetido a um regime precário e que, portanto, pode ser modificado de maneira razoável pelo Estado costeiro.

É um regime análogo ao que tem sido adotado para reger o tráfego aéreo, em que a passagem sobre o território estrangeiro, embora mais perigosa, é infinitamente mais necessária do que o trânsito pela faixa de três milhas do mar territorial. A tendência é para assegurar a livre passagem aos aviões comerciais e, de outra parte, para negar tal direito aos aviões militares, em relação aos quais o Estado territorial poderá agir a seu bel prazer.

31 — Os termos da base de discussão aprovados em Haia, em 1930, também consagraram a ressalva de casos excepcionais, admitida mesmo por aquêles que reconhecem um verdadeiro direito de passagem aos navios de guerra ou os situam no mesmo plano dos navios mercantes. O que pode ser abusivo em época normal torna-se legítimo pela força das circunstâncias.

Assim, as exigências quanto a autorização ou notificação prévia, em regra geral afastadas pelo texto, tornar-se-iam justificáveis em face de certas condições, a começar pelo estado de guerra, que, aliás, cria muitos entraves à navegação mercante, como salientou BRUEL em diversos pronunciamentos.

Mas, há também, como lembra GIDEL, o caso de tensão entre dois países vizinhos, quando incidentes de fronteira ocorrem com freqüência; isso bem justifica a conduta do Estado mais fraco, alarmado pelas reivindicações territoriais do outro.

De igual forma, a ausência de relações diplomáticas deve ser admitida como razão suficiente para a recusa de permissão de passagem, pois esta pressupõe a existência de boas relações. BUSTAMANTE deu especial relêvo à hipótese (*op. cit.*, pág. 173); GIDEL apoia-o, não obstante haver a Conferência de Haia silenciado sobre êsse ponto (*op. cit.*, pág. 285).

Algumas leis internas só concedem passagem aos navios dos países em situação de paz (França, 29 de outubro de 1929, art. 1.º), aos navios dos países amigos (Bulgária, 4 de novembro de 1922, art. 1.º), ou mesmo às naves de Potências estrangeiras amigas (Bélgica, 30 de dezembro de 1923, art. 2.º).

Como decorrência da ruptura de relações diplomáticas com a França, em 1793, e com a Inglaterra, em 1815, os Estados Unidos, por meio de proclamações, estabeleceram contra os navios franceses e ingleses uma interdição geral de passagem, salvo em caso de perigo ou com autorização especial.

No caso da via férrea de Landwarów-Kaisiadorys, a Corte Permanente de Justiça Internacional, exarando o seu pronunciamento, em 15 de outubro de 1931 (C. P. J. I., A/B, 42, págs. 108 e segs.), levou em consideração a natureza anormal das relações políticas existentes, em tempo de paz, entre a Polônia e a Lituânia, reportando-se aos termos da Convenção de Barcelona sobre a matéria de segurança ou dos interesses vitais dos Estados aos quais incumbiria facilitar o trânsito.

A lei belga (cit. art. 11) e a lei holandesa (30 de outubro de 1909, art. 14) aludem a outras considerações de natureza excepcional.

O Reino Unido declarou-se disposto a aceitar que o influxo de certos acontecimentos possa atingir o que considera como indubitável direito consuetudinário, mas recusa a admitir, de qualquer modo, que o Estado ribeirinho seja o único juiz da procedência dessas razões.

Mas a lei belga (art. 11) declara precisamente que o país beneficiário da ressalva deve ser o único a regular a sua aplicação; por sua vez a lei italiana (28 de maio de 1928, renovada em 1933) e a lei iugoslava (20 de junho de 1924) prevêm a supressão da tolerância, sem qualquer motivo. BALDONI (*op. cit.*, pág. 93) alude à revogação *ad nutum* e RAESTAD (*La Mer Territoriale*, 1913, pág. 173) considera a cassação como um ato inamistoso, porém não contrário ao direito internacional.

Pouco importa que a exigência da autorização equivalha na prática a uma interdição; é a consequência prevista pelas leis que examinamos, pela doutrina e pelo artigo 12 do projeto de Haia. A regulamentação de caráter normal existe sempre e opõe-se, portanto, ao regime da regime da exceção, ao qual pode vir a ser acrescentada a permissão previamente concedida; de outra parte, seria inútil prever uma modificação para as situações anormais.

Sem dúvida, poderão ocorrer abusos; mas, para combatê-los haverá os meios de caráter jurídico para a solução dos litígios internacionais.

Na espécie, é indiscutível que a Albânia não mantinha relações amistosas com os seus vizinhos do Sul e que não existiam relações diplomáticas entre ela e a Grã-Bretanha; mas, se a Albânia agiu mal, isso constituiria um fato consumado, cuja retratação só poderia ser pleiteada por meios pacíficos.

Finalmente, não é de se levar em consideração a forma da regulamentação, porque esta não está submetida a nenhuma regra e a lei italiana (cit. art. 9) é a única a indicar a maneira de divulgação. Mas, ainda que pudesse suscitar objeções qualquer aplicação antecipada da medida, tal censura não poderia ser formulada após a notificação e o seu recebimento. O mesmo raciocínio aplica-se à ausência de motivação na própria nota, de

vez que não foram contestados os motivos expostos de modo claro na correspondência diplomática.

32 — O fato de que as águas territoriais estão compreendidas num estreito modifica essas conclusões?

No conflito entre os interesses da coletividade e os de grupos particulares, conflito que é subjacente ao direito marítimo, a balança tem frequentemente oscilado entre a tese e a antítese: a controvérsia entre o *mare liberum* e o *mare clausum* ainda não está encerrada. Certos pontos deixaram de acompanhar a evolução geral, tais como, no tempo dos Stuarts, os *King's Chambers* e, presentemente, o que se chama de baías históricas.

A predominância do interesse geral faz pender a balança contra o Estado costeiro se, por uma fatalidade geográfica, uma parte do seu território marítimo forma um estreito. Pelo reclamo da utilidade mundial, deve esse Estado sofrer uma espécie de expropriação, que seria sem indenização, mas limitada, naturalmente, ao que exige tal utilidade. BRUEL fala de um mandato internacional ou da *negotiorum gestio* (*International Straits*, Copenhagen-Londres, 1947, vol. 1, pág. 254; vol. 2, pág. 424).

O direito constitui um sistema de compensação em que a estimativa dos motivos obedece aos mesmos processos tanto no plano interno de um só país como entre as nações. Resulta daí um freqüente apêlo do direito internacional às regras do direito privado, que são mais precisas e de grande rigor técnico.

Assim, tem-se debatido muito sobre essa transposição de princípios no que tange à teoria dos direitos reais e especialmente à noção de servidões, mas não é posta em dúvida, apesar disso, a extensão de suas normas fundamentais.

Tomando-se como exemplo o direito de propriedade, observa-se que ele só admite limitações no caso de necessidade (encravamento, etc.). Por consequência, deixa-se à livre convenção de vizinhos interessados a solução de outras hipóteses que digam respeito não só ao supérfluo mas também à simples utilidade; subsistem sempre o domínio da exceção e consequentemente, o da interpretação *civiliter uti*.

De igual forma, não se pode restringir impunemente os direitos de um Estado sem motivo suficiente, quer esses direitos derivem ou não do princípio da soberania. A apreciação da necessidade pública não poderia basear-se nos interesses particulares de Estados terceiros, cujos reclamos vão além da média — como já se tem verificado na História — mas deve fundar-se numa estimativa das vantagens e desvantagens em geral, que permita fixar os encargos resultantes de um simples acidente geográfico e que o Estado costeiro tem que suportar.

33 — Daí a extrema importância do problema dos estreitos. Certos autores entendem que as grandes diferenças entre um estreito e outro impedem a adoção de uma regra geral; convênios especiais já regulam a situação dos principais estreitos e outros canais artificiais e novas disposições terão de ser adotadas para reger os casos cuja importância venha a ser verificada no futuro. Essa teoria, muitas vezes sustentada em Haia, sub-

mete todos os outros estreitos aos princípios normais aplicáveis ao mar territorial. Em contrapartida, segundo uma outra teoria, igualmente radical, todos os estreitos obedecem a regras comuns, características de um regime geral inerente aos mesmos, que só nos casos de maior importância têm a complementação de regras mais pormenorizadas para cada estreito.

Como quase sempre acontece, a solução razoável é encontrada num meio termo. Um bom sistema exige a adoção de uma regra geral para certos estreitos caracterizados, suplementada por uma regulamentação especial de casos especiais e, de outra parte, pela remissão, nos casos banais, aos princípios gerais sobre o uso do mar territorial.

34 — Mas, antes de chegar-se a uma conclusão, é preciso ressaltar a conexão que subsiste entre o problema dos estreitos e o das águas territoriais. A passagem de embarcações mercantes por qualquer estreito é meramente um caso particular, disciplinado pela regra sobre o mar territorial e, assim, não apresenta nenhuma dificuldade. Os navios de comércio podem utilizar os estreitos sem a obrigação de demonstrar as vantagens que tais rotas lhes possam oferecer.

Uma prova decisiva pode ser encontrada no fato de que os estreitos não foram motivo de cogitação nos trabalhos preparatórios da Conferência de Haia, salvo quanto aos métodos de delimitar as águas territoriais entre dois estados ribeirinhos; só quando se tratou da distinção entre navios de comércio e navios de guerra foi que se impôs a necessidade de regular o problema em relação aos últimos.

A questão, portanto, só diz respeito aos navios de guerra. Aí já não se trata da simples aplicação de um princípio geral, pois a noção da liberdade de trânsito aparece divorciada do objetivo econômico, a que ordinariamente se prende. E como essa liberdade perde muito de significação e de prestígio quando atende a necessidades de uma outra natureza, a sua aferição não deve ser feita por meio de outros padrões? O critério de ordem econômica deve tomar por base os aspectos geográficos, tendo-se em vista a procura de meios de comunicação que possam apresentar um índice razoável de utilidade.

Eis porque, ao lado dos estreitos que obedecem a uma regulamentação convencional, são geralmente mencionados os de Gibraltar, Bonifácio, Hong Kong, etc., como sendo submetidos a um regime especial, diferente das regras ordinárias que se aplicam às águas territoriais.

Observe-se, de início, que o elemento essencial para um estreito figurar na categoria internacional é o de servir à navegação internacional; contudo, seria simplificar demais o problema ter-se em conta exclusivamente o fato de que o estreito dá acesso ao alto mar e não só a locais encravados nas águas territoriais.

É indispensável proceder-se a um exame das circunstâncias para a apreciação do valor intrínseco de cada via de comunicação.

Evidentemente, todo e qualquer estreito oferece passagem de que se poderá aproveitar a navegação; mas, por outro lado, também se poderia admitir que nenhum estreito lhe é indispensável, por haver sempre a

possibilidade de encontrar-se um outro meio de ir de um mar a outro, como, por exemplo, antes da abertura dos canais de Suez e do Panamá.

Mas não se poderia admitir sem ressalvas uma restrição aos direitos do Estado ribeirinho, destinada a satisfazer a tôdas as necessidades militares de Estados terceiros, mesmo em se tratando de simples manobras ou viagens de mera cortesia, nas quais as belonaves poderiam conomizar algumas horas de marcha. Outro critério só poderia ser admitido se o fechamento do estreito viesse tornar a navegação praticamente impossível ou muito difícil — hipótese que suscitou a regulamentação especial dos grandes estreitos e justificou algumas outras exceções.

A noção de estreito internacional fica sempre ligada a um mínimo de utilidade especial, capaz de justificar a restrição aos direitos do Estado costeiro, direitos que se devem presumir como plenos e iguais aos dos outros Estados. A doutrina do menor sacrifício, sustentada por PILLET, pode-se acrescentar a afirmação de SÉPÉRIADÈS: "quanto maior é a utilidade da passagem... mais se ampliam e mais se agravam as violações aos direitos de Estados ribeirinhos" (*Recueil des Cours*, vol. 34, pág. 439).

Pode-se considerar como irrefutável toda classificação de estreito que se baseie na importância dos mesmos. A obra de BRUEL demonstra-o de várias formas e o exame de outros trabalhos conduz a conclusões semelhantes em termos bem expressivos: via principal, rota independente, caminho mais curto e necessário, comunicação entre dois mares livres, dois altos mares, grandes rotas, via única, etc.

35 — Em 1930, esse problema foi considerado em Haia de acordo com os princípios correntes, mas é preciso evitar-se o exame apressado dos termos ali adotados, que tenderiam a incluir na segunda observação relativa à Base 12 todo e qualquer estreito, inclusive os que tornassem o trânsito mais longo ou mais difícil.

A observação do art. 12 reveste-se de grande prestígio por ter sido adotada sem oposição, mas, por outro lado, não se pode esquecer a maneira imprevista pela qual a questão foi apresentada à última hora. Merece especial atenção a cláusula "servindo à navegação internacional", sempre acrescida às expressões antes adotadas em alguns textos que se referiam simplesmente a comunicações entre duas regiões do alto mar.

Foi a essa altura que SCHÜCKING focalizou o caso excepcional de navios que, entrados num estreito, não teriam meios de voltar à sua pátria. (*Atas da Conferência*, vol. III, 1930, pág. 171).

BRUEL, que é, aliás, favorável à passagem de navios de guerra, refere-se à oscilação de tendências que impede qualquer afirmativa bem definida num sentido ou noutro (*op. cit.*, vol. 1, págs. 202-5).

Mas à referida cláusula de 1930 poderá ser vinculada não só a noção de estreito internacional, mas também a expressão *highway*, que conta com a simpatia de grandes autores, como OPPENHEIM, e introduzida pelo Reino Unido logo ao início desta demanda.

36 — O Estreito de Corfu pode ser considerado como um *highway*?

Verifica-se a um simples lance d'olhos sobre as cartas marítimas quanto seria difícil incluí-lo em tal classificação, o que aliás, ainda não foi feito por nenhum autor especializado.

Aquêle canal não pode ser de utilidade à navegação internacional, pois não abrevia a rota e não oferece às manobras vantagens especiais. No que concerne ao pórtio de Saranda, não tem serventia, mesmo para viagens na direção do sul. Não há dúvida de que êle serve eficazmente ao pórtio de Corfu, no rumo Norte. Mas o encurtamento da distância não chega a 100 milhas. Apenas em algumas horas, o *Leander* contornou quase toda a ilha, cuja costa meridional é ainda bordejada por um campo de minas que o navio teve de evitar.

Falando com a maior naturalidade perante a Côrte, um dos peritos britânicos fêz alusão às rotas internacionais importantes para o tráfego, notadamente as que conduzem aos Dardanelos, vindo de Alexandria ou de Suez e do Mediterrâneo Oriental. O canal artificial de Corinto, que liga o Mar Jônio ao Mar Egeu, proporcionando redução de viagem, seria muito mais importante e, apesar disso, todos os autores que ao mesmo se referem consideram-no como rota secundária nas poucas linhas que lhe devotam.

Após os acontecimentos de 22 de outubro, foi proposta ao Comité Medzon a adoção de novas rotas para Corfu, seja pela dragagem de um canal ao norte ou seja pela desobstrução, ao sul, do campo de minas n.º 530; mas, na realidade, o canal Norte permaneceu fechado por mais de dois anos, sem prejuízo para a navegação internacional.

37 — Devemos ainda examinar se uma última consideração não poderia determinar desvio à linha normal a ser seguida.

Trata-se de uma espécie de *condominium* sobre as águas do canal, pelo fato de que uma das margens é grega e a outra é albanesa — muito embora não seja a existência de um ou vários Estados ribeirinhos o que deva caracterizar um estreito como via de navegação internacional. Haja vista que o Sund está situado entre dois países, enquanto os Belts e os Dardanelos estão insertos entre as costas de um só Estado.

Pouco importa o método para a divisão das águas nos estreitos mais apertados, pois essa divisão nada teria a ver com as terceiras Potências. Ao contrário, na espécie, a situação do estreito, servindo de fronteira a dois Estados, justificaria maiores restrições em relação a terceiros, a menos que êstes demonstrem existir um interesse especial de navegação.

Foi feita referência à opinião de um técnico norte-americano no Comité de Limpeza de Minas, a propósito do canal de Corfu, mas deve ser recordado que os Estados Unidos afirmaram, em Haia, que êles e a Grã-Bretanha eram os únicos a ter interesse no estabelecimento de um regime para o estreito de Juan-de-Fuca, evidentemente mais importante que o de Corfu, ao mesmo tempo em que consideravam o estreito de Magalhães como essencialmente internacional.

Hyde justificou abundantemente essa doutrina, comparando o canal de Kiel, nitidamente internacional pelas vantagens vitais que oferece

ao comércio, com o Long-Island Sound ou o estreito de Juan-de-Fuca, reservados aos interesses de um só país ou de dois (*International Law*, Boston, 1947, vol. 1, parágrafos 150 e 155). Também a Suécia, na resposta aos questionários de Haia, reivindicou situações análogas à do estreito de Kalmar (S. N. D., C. 74, M. 39, 1929, pág. 58).

As proporções constituem sempre um aspecto a ser considerado. Pode-se, em consequência, concluir que mesmo a situação de estreito não constitui argumento favorável à pretensão do Reino Unido e, pelo contrário, serve de apoio à interdição de passagem decretada pela Albânia, sob ressalva de autorização concedida após notificação, tendo-se em vista as circunstâncias anormais daquela época.

E nenhuma circunstância que tenha existido, em relação a fatos já bem distanciados no tempo, poderia criar, por uma espécie de usucapião, um direito contra a Albânia.

Nem será preciso dizer que essa solução não pode ser aplicada em caso de navios de guerra da Potência que tem soberania sobre a outra margem do estreito, dada a perfeita igualdade entre os Estados com interesse direto no trânsito, mesmo sem caráter comercial, através do estreito.

38 — Ainda que se considerasse como injustificada, no todo ou em parte, a conduta adotada pela Albânia, ter-se-ia que desaconselhar toda intervenção destinada a pôr fim àquela conduta, todo revide à força pela força, exceto no calor de uma ação violenta, como a de 15 de maio.

Se tal forma de impor uma doutrina errônea era anormal, seria de se esperar que a mesma conduta não fôsse adotada pelos que a criticavam tão vivamente. A resposta *vim vi repellere* equivaleria a reverter à força das armas a solução de um problema puramente jurídico. Como não existia razão de urgência, abster-se de usar a passagem seria o procedimento mais adequado.

Salvo em caso de legítima defesa, de um revide *confestim*, da *hot pursuit*, ou de um estado de necessidade, nada justifica o uso da violência, mesmo a pretexto de represália; uma violação não justifica outra, fora da pena de talião.

Seria formalmente contrário ao espírito da Carta de São Francisco e a muitos dos seus artigos que um país se tornasse árbitro de suas próprias questões. O Estado ribeirinho também exerce a posse sobre o seu território marítimo e, se adota uma nova medida, esta não poderá ser afastada pela violência, mesmo a pretexto de se restabelecer o *status quo*. A situação passiva da parte que decretou a interdição constitui um fato consumado e fica sob a proteção da velha norma *in dubio melior est conditio possidentis*.

Forçar a entrada nos portos de um país, como aconteceu no século XIX, não se justifica hoje em dia, ainda que disso possam tirar proveito o comércio ou a civilização; menos ainda seria justificável o uso de força para a passagem por um estreito, como no caso de Shimonoseki, em 1864.

A tolerância em face de um ato de força, sob condição de ser exami-

nada *a posteriori* a sua legitimidade, conduziria à anarquia na vida internacional.

De outra parte, não se poderia invocar um estado de necessidade, nem mesmo um dano irreparável, quando se tratava de simples dificuldade em executar manobras navais, que aliás tinham sido previstas numa outra direção.

39 — As disposições reguladoras, no plano interno dos Estados, incluem muitas vezes restrições relativas ao número e à tonelagem dos navios, à repetição das visitas, etc. Isso revela o caráter ameaçador atribuído às belonaves e serve para afastar o argumento segundo o qual, se um navio é admitido, terá de se admitir um outro, e mais outro, e outro mais, até o infinito.

Além disso, considerando-se que a admissão aos portos é influenciada pelo número de navios, chega-se à conclusão de que o mesmo fato pode influenciar a simples passagem.

Mesmo no que tange aos estreitos, os autores mais favoráveis aos barcos de guerra, como FAUCHILLE, reconhecem limitações à passagem, *v. g.*, a concentração de uma esquadra poderosa (*Traité de Droit International Public*, Paris, 1925, vol. II, parágrafo 507).

Sem dúvida, a recordação do primeiro incidente justificava o emprêgo de certas precauções, mas de qualquer maneira houve evidente desproporção entre as forças usadas e os fins a alcançar. Isso constitui o traço característico dessa passagem, considerada puramente de um ângulo objetivo, sobretudo sem se tomar conhecimento das instruções enviadas pelo comandante-chefe.

Aliás, não podemos deixar de lado inteiramente o aspecto da passagem, recomendado por vários autores, especialmente quando nos encontramos em face de documentos apresentados pela própria Parte acusada de uma passagem não *inermis et innoxia*. Houve, no caso, uma demonstração de força naval, que mesmo a título de represália não seria admissível, como se ponderou nas sessões do *Institut de Droit International*, de Paris, em 1934.

40 — Quanto à segunda operação, é necessário observar, de início, que a Albânia não foi admitida no Comité Medzon, ao constituir-se esse organismo, e que não lograram êxito as propostas, várias vezes apresentadas, para a sua admissão ao mesmo Comité, embora a simples título de observador.

A despeito do papel preponderante que, como era natural, dadas a sua maior experiência e abundância de recursos, o Reino Unido desempenhou no referido Comité, como também no Comité Central de Limpeza de Minas, não se pode atribuir exclusivamente à influência da Grã-Bretanha o malôgro daquelas propostas, ainda que as razões dadas para a sua rejeição, e repetidas no curso do processo, não cheguem a satisfazer e por vezes incorram até em contradições.

Também pode ser considerado como ato pouco amistoso a atribuição à Grécia do Setor 18A. É que o mesmo já estava dragado, tal qual o de

número 17, que não foi atribuído a nenhum país; além disso, a Grécia não dispunha, naquela época, de recursos para realizar a incumbência e solicitava mesmo a ajuda do Reino Unido.

Como já foi salientado, os britânicos, num momento crítico, haviam aberto um canal que supunham corresponder à mesma localização do canal mantido pelos alemães durante a guerra. Como seria mais trabalhoso dragar os campos de minas existentes, foi preferida a solução de seguir-se o caminho considerado mais fácil, ao em vez de rota normal na equidistância das duas margens, muito embora não se devesse presumir que o inimigo tivesse escolhido a hipótese mais simples, e, sim, uma rota mais difícil de ser descoberta pelos adversários.

Mas, quando, ano e meio depois, surgiu o litígio entre a Albânia e a Grã-Bretanha, esta, se ainda interessada na passagem após a cessação das hostilidades, deveria ter restaurado a rota nas condições normais de antes da guerra. Se o inimigo havia perturbado o antigo equilíbrio, por que persistir numa via inconveniente, ao ser estabelecida a calma? Já se conhecia a localização exata das minas e uma dragagem poderia ser feita em apenas algumas horas de trabalho, como na Operação Retail.

Após a explosão, o Governo do Reino Unido não tardou a tomar a decisão de varrer o campo de minas, disso notificando a Albânia.

Antes, porém de agir, procurou obter o apoio ou o assentimento dos Comités de limpeza de minas, oferecendo-se para assegurar o trabalho da operação, como seqüência natural ao que realizara em 1944.

Entretanto, em 28 de outubro, o Comité Medzon, embora considerasse recomendável a operação, recusou-se a aprová-la, tendo em vista o caráter político que a mesma assumiria, caso houvesse recusa da Albânia.

O Comité Central também adotou uma atitude reticente: em 31 de outubro recomendou a limpeza de minas, mas sob reserva de certas condições, incluindo-se entre elas a concordância do Estado ribeirinho.

41 — Foi alegado que o objetivo da operação Retail teria sido o de proteger a navegação ou de assegurar o acesso aos portos locais, inclusive o de Saranda, ou mesmo livrar de responsabilidade o Estado que realizara o primeiro trabalho de varredura de minas.

Ora, não foram atendidas as necessidades da navegação nem ficou assegurado o acesso a Saranda, pois não chegou a ser concluída a limpeza de minas.

Entretanto, está claramente definido na Réplica o fim principal da operação: recolher provas para determinar a causa dos explosões e indicar os culpados.

Temia-se, de outra parte, que faltassem eficácia e rapidez a toda e qualquer providência solicitada à ONU e decidida por ela.

Mas nenhuma dessas razões poderia justificar uma tal ação unilateral, cuja gravidade teria adquirido muito maior realce caso fossem negativos os seus resultados. Também não encontraria justificativa uma ação de auto-proteção, decidida a sangue frio, em contraste com a inação no momento em que os destróiers foram vitimados pelas explosões. A reper-

cussão do fato por si só teria afastado qualquer tentativa audaciosa de fazer desaparecer a evidência do delito.

42 — Em lugar de fazer justiça com suas próprias mãos, num caso que não era de urgência nem suscetível de reparação adequada, teria sido mais fácil e mais aconselhável procurar um meio de conciliação ou mesmo um recurso à ONU, sobretudo depois que a Albânia à mesma já fizera apêlo, embora não figurasse entre os seus membros. Não poderia ser encarada de antemão uma recusa radical da parte de um país que subsequente-mente aceitara um convite capaz de acarretar conseqüências bem mais graves, como por exemplo, o de confiar a solução de todo o litígio ao Conselho de Segurança, embora se tenha oposto mais tarde ao encaminhamento do assunto à Côrte. O trabalho de limpeza das minas deveria ter sido efetuado sob os auspícios da ONU, com imparcialidade e presteza, a fim de evitar qualquer alteração nas condições do canal.

Se a justiça internacional ainda não dispõe de meios satisfatórios, a responsabilidade por isso cabe às Potências que, em sua maioria, ainda não consideraram ter chegado o momento de lhe conceder uma jurisdição compulsória.

Não se pode verberar a Côrte pela limitação dos seus meios nem por disposições como a que autoriza um Estado a recusar-se a apresentar um documento, a exemplo do que se verificou mais de uma vez no caso em aprêço.

Apesar de suas imperfeições, não devemos perder a esperança de que se encaminhe para o tribunal internacional a solução de tôdas as disputas de caráter jurídico. A êsse propósito não se deve deixar de observar o cuidado com que a Grã-Bretanha, em diversas ocasiões, tratou de levar à Côrte disputas que até há bem pouco tempo teriam sido liquidadas de outra maneira.

De qualquer forma, a coleta de provas jamais poderia justificar um ato de intervenção, que afinal veio a ser francamente reconhecido, mas que contraria tanto a letra como o espírito da Carta de São Francisco. O mundo de hoje já não tolera uma prática a que jamais pôde ser sinceramente atribuído um caráter jurídico e em que os propósitos mais nobres da humanidade se arriscam a ser falseados por abusos que se acobertam facilmente sob o seu manto.

Seria preciso também evitar-se um nôvo emprêgo de força, sobretudo após advertências discretas de órgãos internacionais que se ocupavam especialmente da questão, uso de força realizado sem grandes contemplações pela outra parte, que nem mesmo fôra convidada a observar a operação ou a entrar em negociações, após o seu protesto inicial e a sugestão por ela feita quanto a uma comissão mista.

Não é satisfatório o argumento baseado na ausência de reclamação, em 1944, em vista das condições acima referidas, que prevaleciam durante a guerra. Além do mais, não haveria na Albânia, pelo menos até o fim de 1945, um govêrno estável, reconhecido por outras Potências.

A Albânia poderia, pois, pretender intervir na determinação do canal que iria tornar-se a rota definitiva, pois já havia ela reconquistado a sua independência, sem que esta se presumisse estar sujeita a condições atentatórias à soberania alcançada.

Por outro lado, a Albânia não demonstrou que tivera a intenção sincera de aproximar-se da Grã-Bretanha para chegar a uma solução exigida pelo dever, fundamental para todo Estado, de cooperar nos interesses da justiça e da harmonia internacional, mesmo por meio de negociações diretas. Ao contrário, as suas respostas um tanto evasivas, embora baseadas em razões jurídicas, permitem atenuar a responsabilidade do Reino Unido e atribuir à sua atitude de 13 de novembro menor gravidade do que à adotada em 22 de outubro.

43 — A ilegitimidade da operação veio juntar-se o excesso de meios, de tal sorte que, no primeiro momento, o próprio Almirantado previu acusações de duplicidade e de ofensa à soberania albanesa.

Não se pode também esquecer a maneira pela qual foi conduzida a operação, no que se refere à destruição das minas, pois as mesmas em sua maioria foram deixadas à deriva. Por certo, a Convenção de Haia estabeleceu como condição essencial para o uso desses engenhos de guerra, o emprêgo de um dispositivo que os desarma automaticamente quando se desprendem dos seus cabos. Contudo, essa garantia jurídica não nos satisfaz inteiramente e é crença geral que subsiste sempre um certo coeficiente de perigo. Pouco importa que os peritos em sua generalidade substituam êsse perigo, pois não se pode ter confiança plena em instrumentos mecânicos, mesmo de alta precisão, e no caso em aprêço houve muitas ocasiões em que foram observados erros da aparelhagem e de homens que a empregaram ou que interpretaram as suas indicações. Além do mais, foram mencionados casos de minas que permaneceram perigosas e outros casos em que, com a continuação do tempo, a ferrugem inutiliza os dispositivos para a deflagração.

O simples cuidado do Reino Unido em explicar as medidas tomadas para destruir as minas demonstraria a utilidade de uma tal ação, que entretanto veio a ser abandonada por outras razões.

Essas minas podiam ser arrastadas pela correnteza e recolhidas noutros pontos, motivando queixas contra a Albânia, como sucedeu quando o destróier americano, em 14 de novembro de 1946, localizou uma mina flutuante ao largo de Durazzo e indicou a sua presença por um sinal; não se pode afirmar, entretanto, que essa mina tenha sido desprendida pela operação de limpeza, efetuada na véspera, a uma certa distância.

44 — Assim, somos levados a concluir pela responsabilidade do Reino Unido nas operações de 22 de outubro e de 13 de novembro de 1946, com violações à soberania albanesa.

Sem dúvida, a Albânia não pleiteia a recuperação de um dano material, pretendendo apenas que seja aplicada uma sanção de ordem moral.

Nesse terreno, deve-se ter ainda maior prudência do que no plano do direito interno. Ainda que se tenha verificado uma premeditação na deci-

são e na execução de duas medidas tidas por ilegítimas, seria difícil concluir-se claramente que houve propósito maligno, especialmente no que diz respeito à segunda operação; havia os incidentes anteriores e sobretudo recordação recente de uma quase-hecatombe. Por outro lado, observou-se uma certa hesitação do Reino Unido no caminho a seguir para chegar a uma solução que considerava de natureza urgente, enquanto a Albânia se aferrava numa atitude muito rígida, fazendo que crescessem as suspeitas da Grã-Bretanha, fundadas, aliás, em presunções bem graves.

De outra parte, não se pode perder de vista a maneira anormal pela qual foram levadas a efeito as mencionadas operações: mesmo os que proclamam não ter a intenção de prejudicar, invocando, *qui jure suo vitur neminem laedit*, ou até declaram não agir por simples capricho, respondem pelas conseqüências de uma ação abusiva, à qual não se pode aplicar o padrão de conduta exigido de um bom pai de família, de acôrdo com velhas concepções que aliás, continuam a ser aceitas.

A Albânia não especificou a sanção a ser aplicada, limitando-se no curso do processo a uma alusão à prática francesa, que concede às vezes o pagamento simbólico de um franco.

Mas, pelos termos do acôrdo, não foi pedida uma sanção de natureza pecuniária e, assim, a mesma não pode ser concedida, embora em caráter simbólico.

Por outro lado, a Côrte deve deixar de lado soluções superadas e que apresentam um cunho medieval, já mesmo incompatíveis com os modernos métodos pedagógicos, tais como pedidos de desculpa, saudações à bandeira, etc. Tudo isso faz lembrar o tom dos *ultimata*, cada vez mais em desuso.

45 — Resta uma única sanção de ordem moral que pode ser aplicada sem entrar em desacôrdo com a atitude de abstenção que a Albânia preferiu assumir, na disputa, quanto à fixação de indenização material.

A matéria não pode ser deixada para o futuro, pois a sanção deve conter-se *re ipsa* no próprio julgamento. Terá êste um alcance puramente declaratório, considerando a conduta seguida pelo Reino Unido como contrária ao direito internacional, e inteiramente anormal.

Nesses limites, dou satisfação à Albânia, tendo como precedente a queixa reconvençional que formulou no compromisso de 23 de março de 1948.

INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE PAZ CONCLUÍDOS COM A BULGÁRIA, A HUNGRIA E A ROMÊNIA

1.^a fase

Decisão de 30 de março de 1950

Função consultiva. Competência da Côrte: conseqüente à alegada incompetência da Assembléa Geral e fundada na natureza da Côrte como órgão das Nações Unidas; artigo 2.^o, parágrafo 7.^o, da Carta. Poder da Côrte de responder a consultas não obstante a oposição de certos Estados; obrigação de responder; limites dessa obrigação; artigo 65 dos Estatutos. Questões envolvendo exclusivamente as condições de aplicação de procedimentos estabelecidos em tratado, para efeito de acôrto de disputas. Existência da disputa; aplicabilidade do procedimento para seu acôrto previsto em tratado, tendo em vista a interpretação ou a execução desse mesmo tratado. Interpretação de uma questão submetida à Côrte. Acôrto obrigatório das disputas seguindo as comissões previstas no tratado; obrigação para as partes em disputa de cooperar na constituição das comissões, indicando representantes.

OPINIÃO INDIVIDUAL DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Não podendo conciliar em meu espírito noções de natureza diferente, mas que foram submetidas a um só e mesmo voto — isto é, o ponto preliminar relacionando-se com a capacidade da Côrte para atender à consulta pedida e com a própria solução a dar às questões propostas — senti

(*) Os três Estados assinalados contestaram o exercício de funções consultivas pela Côrte Internacional.

(**) Os três Estados assinalados impugnaram que a hipótese pudesse ser apresentada à Côrte para efeito de pronunciamento consultivo. A contestação apoiou-se, principalmente, em duas ordens de argumentos:

1 — A consulta por parte da Assembléa Geral constitui excesso de poder, pois que, ocupando-se ela de questão pertinente aos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos três Estados visados, importaria em ingerência

são e na execução de duas medidas tidas por ilegítimas, seria difícil concluir-se claramente que houve propósito maligno, especialmente no que diz respeito à segunda operação; havia os incidentes anteriores e sobretudo recordação recente de uma quase-hecatombe. Por outro lado, observou-se uma certa hesitação do Reino Unido no caminho a seguir para chegar a uma solução que considerava de natureza urgente, enquanto a Albânia se aferrava numa atitude muito rígida, fazendo que crescessem as suspeitas da Grã-Bretanha, fundadas, aliás, em presunções bem graves.

De outra parte, não se pode perder de vista a maneira anormal pela qual foram levadas a efeito as mencionadas operações: mesmo os que proclamam não ter a intenção de prejudicar, invocando, *qui jure suo utitur neminem laedit*, ou até declaram não agir por simples capricho, responderem pelas conseqüências de uma ação abusiva, à qual não se pode aplicar o padrão de conduta exigido de um bom pai de família, de acôrdo com velhas concepções que aliás, continuam a ser aceitas.

A Albânia não especificou a sanção a ser aplicada, limitando-se no curso do processo a uma alusão à prática francesa, que concede às vezes o pagamento simbólico de um franco.

Mas, pelos termos do acôrdo, não foi pedida uma sanção de natureza pecuniária e, assim, a mesma não pode ser concedida, embora em caráter simbólico.

Por outro lado, a Côrte deve deixar de lado soluções superadas e que apresentam um cunho medieval, já mesmo incompatíveis com os modernos métodos pedagógicos, tais como pedidos de desculpa, saudações à bandeira, etc. Tudo isso faz lembrar o tom dos *ultimata*, cada vez mais em desuso.

45 — Resta uma única sanção de ordem moral que pode ser aplicada sem entrar em desacôrdo com a atitude de abstenção que a Albânia preferiu assumir, na disputa, quanto à fixação de indenização material.

A matéria não pode ser deixada para o futuro, pois a sanção deve conter-se *re ipsa* no próprio julgamento. Terá êste um alcance puramente declaratório, considerando a conduta seguida pelo Reino Unido como contrária ao direito internacional, e inteiramente anormal.

Nesses limites, dou satisfação à Albânia, tendo como precedente a queixa reconvençional que formulou no compromisso de 23 de março de 1948.

INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE PAZ CONCLUÍDOS COM A BULGÁRIA, A HUNGRIA E A ROMÊNIA

1.^a fase

Decisão de 30 de março de 1950

Função consultiva. Competência da Côrte: conseqüente à alegada incompetência da Assembléa Geral e fundada na natureza da Côrte como órgão das Nações Unidas; artigo 2.^o, parágrafo 7.^o, da Carta. Poder da Côrte de responder a consultas não obstante a oposição de certos Estados; obrigação de responder; limites dessa obrigação; artigo 65 dos Estatutos. Questões envolvendo exclusivamente as condições de aplicação de procedimentos estabelecidos em tratado, para efeito de acêrto de disputas. Existência da disputa; aplicabilidade do procedimento para seu acêrto previsto em tratado, tendo em vista a interpretação ou a execução dêsse mesmo tratado. Interpretação de uma questão submetida à Côrte. Acêrto obrigatório das disputas segundo as comissões previstas no tratado; obrigação para as partes em disputa de cooperar na constituição das comissões, indicando representantes.

OPINIÃO INDIVIDUAL DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Não podendo conciliar em meu espírito noções de natureza diferente, mas que foram submetidas a um só e mesmo voto — isto é, o ponto preliminar relacionando-se com a capacidade da Côrte para atender à consulta pedida e com a própria solução a dar às questões propostas — senti

(*) Os três Estados assinalados contestaram o exercício de funções consultivas pela Côrte Internacional.

(**) Os três Estados assinalados impugnaram que a hipótese pudesse ser apresentada à Côrte para efeito de pronunciamento consultivo. A contestação apoiou-se, principalmente, em duas ordens de argumentos:

1 — A consulta por parte da Assembléa Geral constitui excesso de poder, pois que, ocupando-se ela de questão pertinente aos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos três Estados visados, importaria em ingerência

dificuldade em manifestar-me. Sem dúvida, teria preferido ver a Côrte abster-se de responder. Mas, não tendo sido aceita aquela preliminar prejudicial, nem por isso me considero menos obrigado a me pronunciar sobre a matéria das referidas questões e o faço sem qualquer hesitação, de pleno acôrdo com o Parecer da Côrte.

Contudo, não posso renunciar à explicação dos motivos que, a meu ver, deveriam ter conduzido a Côrte à abstenção, de vez que a consulta diz respeito a uma situação concreta e nitidamente especificada. Quando do pronunciamento da Côrte sobre a admissão de novos Membros, já eu expressara, num voto em separado, o desejo de que sempre se apresentasse sob uma forma abstrata o objeto do Parecer (C.I.J. *Recueil* 1947-1948, pp. 73-75). Mas o relêvo que adquire o problema no caso presente torna necessários mais amplos esclarecimentos.

2. Ao tempo da Sociedade das Nações, acentuou-se na prática a tendência a assimilar a função consultiva da Côrte permanente à sua atividade contenciosa.

Apesar dessa tendência, veio a ser reconhecida uma profunda diferença entre os pronunciamentos sobre um simples "ponto" ou "questão" e os pronunciamentos ligados a um desacôrdo já existente; no primeiro caso, tratava-se apenas do exame de um aspecto puramente jurídico, sobre o qual meros informadores, cujo papel era bem restrito, davam esclarecimentos preliminares, enquanto no segundo caso a Côrte se via diante de um verdadeiro litígio.

Se, no ponto de vista formal, a natureza de todos os pareceres da Côrte é a mesma — simples relação entre ela e o órgão consultante —, o pronunciamento formulado a respeito de uma questão em tese é, sob o ângulo jurídico, bem diverso do pronunciamento enunciado sobre uma "divergência". Foi o que notou NEGULESCO (*A evolução do processo dos Pareceres Consultivos, Recueil Des Cours*, v. 57, pág. 9).

HAMMARSKJOLD assim observava:

"Conclui-se, acima de qualquer dúvida, que seria contrário ao pensamento dos autores do Pacto ver na disposição em aprêço o meio de introduzir no Pacto, de forma indireta, a idéia de jurisdição obrigatória que, propositadamente, fôra afastada do mesmo. Mas, também se conclui que, segundo os autores do Pacto, a atividade consultiva da Côrte devia ser uma função cujo exercício seria cercado de tôdas as garantias judiciárias" (*Jurisdiction internationale, In memoriam*, 1938, página 284).

nos negócios de economia interna e de competência nacional dos referidos Estados — daí derivando, conseqüentemente, incompetência da Assembléa Geral;

2 — A Côrte não poderia emitir parecer sem contrariar o princípio de direito internacional segundo o qual todo procedimento judicial vinculado a uma questão jurídica pendente entre Estados exige o prévio consentimento destes.

A Côrte preferiu o acôrdo de que dá notícia a ementa supra, tendo o Juiz AZEVEDO manifestado opinião individual.

Para bem marcar essas posições, a Côrte Permanente teve de atribuir a si mesma a faculdade de examinar espontaneamente a sua competência, dando uma aplicação geral à regra do artigo 36, n.º 6, do Estatuto, assim como a de examinar se seria aceitável o pedido de parecer; daí resultava que, em caso de divergência, os Estados interessados obtinham a qualidade de partes, com maior liberdade de ação.

3. Em suma, o problema do consentimento das partes apresentava-se no caso de parecer sobre uma "divergência" já existente.

Decerto, é geralmente reconhecido que os efeitos da coisa julgada não decorrem de um simples parecer, mas, de qualquer modo, isso não é suficiente para despojar um parecer de tôdas as conseqüências morais, inerentes à dignidade do órgão que o emite, e mesmo de suas conseqüências jurídicas.

É necessário assinalar, de passagem, que o fenômeno da coisa julgada não tem no direito internacional a mesma importância que possui no direito interno, no qual a execução forçada é garantida pelo Estado. Ao contrário, as decisões internacionais têm em geral caráter declaratório e só recentemente é que vem sendo acolhida a idéia de sanções indiretas aplicadas por um terceiro órgão. Permanece o aspecto negativo, a regra que impede a renovação de uma demanda pela *exceptio rei judicatae*, aliás também de aplicação muito rara no domínio internacional.

HAMMARSKJOLD, após ter estudado a questão, observou que as explicações jurídicas que esforçadamente se tem procurado encontrar não alteram em nada a realidade das coisas, isto é, que uma certa força obrigatória, distinta da força da coisa julgada, se prendia aos pareceres da antiga Côrte (*ob. cit.*, págs. 289-291).

No relatório de uma comissão composta pelos juizes LODEY, MOORE e ANZILOTTI, instruindo a disposição do Regulamento da Côrte que se transformou no atual artigo 83, encontra-se uma série de afirmativas que chegam às seguintes conclusões:

"Na realidade, quando há de fato partes em contenda, é simplesmente nominal a diferença entre as matérias contenciosas e as matérias consultivas. De tal modo, a opinião segundo a qual os pareceres consultivos não têm força obrigatória é mais teórica do que realística" (C.P.J., I, Série E, n.º 4, 1927, pág. 68).

4. O atendimento a essa espécie de postulado — a necessidade do consentimento das partes — era de tal modo premente que a Côrte procurou uma ocasião para afirmá-lo. E encontrou-a quando do Parecer sobre a Carélia Oriental, de 23 de julho de 1923, mui provavelmente com a intenção de evitar de uma vez por tôdas que se reproduzissem consultas de tal gênero, por meio das quais o Conselho poderia transferir-lhe de forma indireta a solução de litígios já existentes.

A Côrte declarou então, com incomparável justeza, que:

“Responder à questão equivaleria substancialmente a decidir uma divergência entre as partes. A Côrte, sendo uma Côrte de Justiça, não pode afastar-se das regras essenciais que disciplinam sua atividade de tribunal, mesmo quando emite Pareceres resultantes de consulta”.

E isso após haver bem ponderado que:

“A Côrte se dá conta de que não é convidada a decidir um desacôrdo, mas a dar um parecer de caráter consultivo” (C.P.J., I, Série B, n.º 5, pág. 28).

É verdade que se faz alusão nesse Parecer a uma outra razão peremptória, quanto à impossibilidade de uma investigação sobre os fatos, decorrentes da recusa formal de um dos governos em conflito. Tratava-se aí de um motivo que tornaria dispensável justificar-se de outro modo a ausência de uma resposta. Contudo, essa razão teve de ceder precedência a uma outra que poderia muito bem ter sido mencionada simplesmente como *obiter dictum*. A Côrte Permanente entendeu que podia desobedecer a tôdas as convenções judiciárias a fim de pôr em realcéo que ela considerava como essencial.

5. Tem-se alegado também que a Côrte abandonou essa posição radical no seu Parecer de 21 de novembro de 1923, sobre o caso de Mossul. A arguição é inexata, porque a exigência do consentimento é perfeitamente compatível com uma grande flexibilidade na verificação desse próprio fato, pela aplicação do princípio do *forum prorogatum*.

Na questão da Carélia, a Côrte já havia indicado *a contrario sensu* que o consentimento poderia ser dado a qualquer tempo (C.P.J., I Série B, n.º 5, pág. 28); ora, no caso de Mossul, a Turquia, a despeito das objeções que arguiu perante o Conselho, não formulou uma recusa em presença da Côrte, como a Rússia o fizera reiteradamente; ao contrário, a Turquia deu de forma bem clara o seu tácito assentimento.

Os termos do telegrama em que a Turquia exprimiu as suas reservas deixam ver que ela não contestou absolutamente a competência da Côrte, distinta da do Conselho; limitou-se a considerar que, já tendo formulado seu ponto de vista, podia dispensar-se de apresentar enunciados escritos ou orais, meras peças de processo (C.P.J., I, Série B, n.º 12, pág. 8).

Quando se cogitou da participação dos Estados Unidos da América no Estatuto da Côrte Permanente, tornou-se bem conhecida a reserva essencial formulada pelo Senado Americano, em 27 de janeiro de 1926, quanto à adesão ao Protocolo de Assinatura de 1920:

“Além do mais, não poderá a Côrte, sem o consentimento dos Estados Unidos, dar prosseguimento a nenhum pedido de parecer consultivo a respeito de qualquer disputa ou questão em que os Estados Unidos sejam ou se declarem ser interessados.”

6. O aspecto principal que se depreende das longas e penosas negociações entabuladas a essa época é o da consagração da *sentença normativa* que foi dada no caso da Carélia Oriental; essa decisão revestiu-se mesmo

de um caráter convencional como decorrência do voto unânime do Conselho e da Assembléa Geral, porque se considerou bem necessário atribuir-lhe um cunho de imutabilidade, a fim de evitar modificações de jurisprudência, não só quanto a Pareceres sobre disputas em que fôsse parte a União Americana, mas também em todos os casos, inclusive simples questões nas quais aquêlê país tivesse declarado ter um interesse qualquer.

7. Deve-se examinar agora se êsse regime foi modificado pela adoção da Carta de São Francisco.

As proposições de Dumbarton Oaks atribuíam ao nôvo Conselho de Segurança a faculdade de solicitar Pareceres, não mais sobre “desacordos”, porém somente sobre “questões” de ordem jurídica relacionadas com outros “desacordos” (*legal questions connected with other disputes*) — Capítulo VIII, Seção A, n.º 6. Não se confundiam aí o meio e o fim, o continente e o conteúdo, a parte e o todo.

Finalmente, preferiu-se uma fórmula geral, contida no atual art. 96 da Carta, mas sem restabelecer a menção conjugada de “pontos” jurídicos e “desacordos” que havia levantado tantos protestos e criado tantas dificuldades. A mera comparação dos textos do Pacto e da Carta permite apreender-se imediatamente a restrição introduzida na função consultiva da Côrte.

8. Por certo, a Côrte, designada como órgão principal e assim mais entrosada na engrenagem da ONU, deve colaborar quanto possa com os outros órgãos para que se atinjam os fins e os princípios colimados.

Contudo, há limites que nenhuma côrte judiciária pode transpor, mesmo no exercício de uma função consultiva que lhe tenha sido atribuída como atividade subsidiária. Assim, a ausência de consentimento constituirá, indubitavelmente, um *non possumus* que a Côrte será obrigada a pronunciar, ainda que só o faça de maneira excepcional.

9. Observar que nenhum texto restringe a faculdade ou a obrigação de emitir Pareceres não basta para se concluir que não é exigida a concordância das Potências diretamente interessadas. Seria um processo demasiadamente simplista de interpretação. Esta poderia ter sido mais facilmente adotada em conexão com o antigo art. 14 do Pacto, que se referia explicitamente a “desacordos”. Entretanto, foi a solução contrária que prevaleceu.

Presentemente, já não é feita qualquer menção a “desacordos”. Desde o primeiro texto que só há referência a “questões” jurídicas; nem se fez mesmo necessário mudar em inglês a palavra “*questions*”, enquanto na versão francesa a palavra “*questions*” foi substituída pela palavra “*pontos*”, alteração, aliás, sem qualquer consequência.

Portanto, a razão principal que levara à abolição de um dos termos do Pacto — a recusa de utilizar-se a função consultiva para decidir um verdadeiro litígio sem o consentimento das partes interessadas — subsiste com muito vigor, porque é o único meio de evitar-se um desvio daquela função.

10. Um conjunto de circunstâncias concorre ainda para impedir o abandono de uma conclusão tão firmemente assentada no regime anterior.

Antes de tudo, é preciso salientar que nem os votos e apelos vindos de tôdas as partes do mundo, nem a ação da doutrina jurídica, conseguiram fazer que prevalecesse a jurisdição obrigatória da Côrte, a despeito de numerosas proposições apresentadas em São Francisco.

Os debates parlamentares que a ratificação da Carta suscitou em diversos países confirmam essa observação. É de lembrar-se, por exemplo, que as reservas opostas pelo Senado dos Estados Unidos à aceitação da chamada cláusula facultativa não se afastam, em substância, da atitude assumida por aquêle Senado em 1926, o que demonstra uma preocupação constante em relação a possíveis abusos naquela esfera.

11. É também interessante recordar um precedente da nossa Côrte. Tratava-se de uma recomendação do Conselho de Segurança, armado de poderosos meios de coerção e instituído mandatário de todos os Estados-Membros no que concerne à segurança e à paz mundial. Embora a maioria da Côrte tenha achado inútil apreciar o valor dessa recomendação, ao reconhecer que houvera consentimento da parte levada à sua presença, sete juízes consideraram necessário expressar, numa opinião comum, sua oposição formal a uma doutrina sustentada perante a Côrte por uma das partes. E o fizeram nos termos seguintes:

“Não nos parece possível admitir uma interpretação segundo a qual esse artigo (art. 36, n.º 3), teria introduzido um tanto subrepticiamente, sem o dizer de forma explícita, um novo caso de jurisdição obrigatória” (C.I.J., *Recueil*, 1947-1948, pág. 32).

O direito de solicitar pareceres à Côrte ampliou-se consideravelmente em 1945, mas esse fato contribui precisamente para evidenciar a impossibilidade de admitir-se a existência de um sucedâneo para a jurisdição obrigatória.

Sem se estabelecer nenhuma exigência quanto à unanimidade de votos ou mesmo quanto a um *quorum* especial, a faculdade de solicitar pareceres da Côrte foi conferida a todos os órgãos da ONU e às instituições especializadas que recebem, a qualquer momento, da Assembléia Geral uma autorização para tal feito (art. 96, n.º 2), enquanto anteriormente era necessário um exame da espécie para que a Assembléia transmitisse o pedido de parecer.

Bem se pode imaginar a que situação anárquica se chegaria se os “desacordos” ora pendentes entre os Estados, Membros ou não da ONU, fôsem examinados pela Côrte por solicitação de todos êsses órgãos e instituições, sem qualquer precaução no que concerne ao consentimento prévio dos Estados interessados. Para avaliar-se os efeitos de um tal elemento perturbador, basta ler os relatórios publicados nos Anuários da Côrte, nos quais se verifica que já foi conferida a cerca de vinte instituições a faculdade plena ou limitada de pedir à Côrte pareceres consultivos sobre questões jurídicas surgidas na esfera das suas atividades.

12. Não é o momento de se apreciar qual o conceito atual de soberania, mas sem dúvida é, *de jure condito*, pressuposto sob a forma indireta de igualdade soberana e pode ser reforçado pelo texto da Carta concernente à competência exclusiva dos Estados, sobretudo se compararmos

êsse texto com o que anteriormente dizia respeito às chamadas questões de natureza doméstica.

De qualquer modo, tem-se de reconhecer que êsse famoso conceito está ligado fundamentalmente à exigência da condição *inter volentes* para toda atividade internacional de ordem arbitral ou judiciária.

Mas a concepção de soberania é de tal modo sensível que mesmo um julgamento de ordem moral, um simples parecer, pode atingi-la; e seria de todo inconveniente deixá-la exposta, sem nenhuma proteção, aos caprichos de uma simples maioria no seio de qualquer organismo, autorizada a apresentar consultas à Côrte nos mesmos termos em que poderia fazê-lo a Assembléia Geral ou o Conselho de Segurança.

13. Assim, uma vez desaparecido o obstáculo que constituía o art. 14 e para evitar certos perigos, que aliás já tinham sido afastados graças a uma sábia interpretação dêsse texto mal lançado, conviria dirigir a atividade da Côrte para um campo neutro, em que as questões jurídicas seriam isoladas dos fatos ou, pelo menos, das circunstâncias mais próximas que lhes deram origem.

Um trabalho no plano da abstração pode sempre ser feito sem embaraços e os árduos esforços que lhe sejam devotados encontrariam compensação na certeza de que se cuidou de poupar aborrecimentos inúteis a Estados soberanos.

Na opinião já referida, salientei ser bem explicável a preocupação do julgador em isolar os pontos dogmáticos, a fim de manter-se a Côrte à margem de “desacordos” por acaso existentes; de uma parte, ficaria a Côrte afastada das questões inflamáveis, sem deixar o seu campo de atividade, e por outra parte os órgãos que houvessem formulado a consulta estariam mais à vontade para tomar qualquer decisão num determinado caso sem receio de que tal conduta melindrasse a Côrte (C.I.J. *Recueil*, 147-1948, pág. 74).

Foi tal consideração que inspirou a Côrte nesse Parecer, redigido com extraordinária sutileza, de moldé a pôr em realce o caráter abstrato das indagações apresentadas, muito embora alguns *consideranda* no preâmbulo do questionário contivessem alusões a uma situação específica (*vol. cit.*, pág. 61), circunstância essa que permitiu, por outro lado, a elaboração de opiniões dissidentes (*vol. cit.*, págs. 94 e 107).

Sem dúvida, pode-se descobrir na motivação de todo parecer no plano abstrato uma situação específica, aludida de maneira indireta ou remota, pois, salvo em atitude acadêmica de mera curiosidade, há sempre um fato no fundo de toda indagação. Mas convém evitar-se uma pesquisa muito aprofundada e rigorosa nesse sentido, isso não pelo vão desejo de criar situações puramente artificiais e sim pelo propósito de melhor servir à função consultiva da Côrte, reduzindo-lhe os inconvenientes.

É útil ainda acentuar que a distinção entre questão abstrata e concreta, estabelecida desde o relatório LAPRADELLE, de 1920, está hoje liberta da confusão produzida por outra noção já abandonada, a da verificação do surgimento anterior de um litígio.

A Côte deve, portanto, cuidar de manter o critério seguido nos pareceres já expedidos, isto é, responder a consultas sobre questões de caráter geral, sem consideração de pessoa ou de Estado.

14. Na mesma ocasião, pude observar que o Regimento da nova Côte, ao invés de facilitar essa prática sadia, seguiu caminho totalmente oposto, esforçando-se por manter o sistema caduco, isto é, a distinção perigosa entre "questão" e "desacordo" (*vol. cit.*, pág. 73).

Como teria sido impossível conservar o termo "desacordo", já desaparecido, o Regimento transferiu à palavra "questão" a cláusula "atualmente surgida" (modificada para "atualmente em pendência"), que, aliás, não se ajustava de modo nenhum a "ponto" ou "questão", mas somente a "desacordo".

Assim, foi mantida uma hipótese anormal que, desde o caso da Carélia Oriental, já se tornara um capítulo encerrado, isto é, a hipótese de um parecer prolatado contra a vontade de uma parte num conflito devidamente verificado.

A consequência, aliás facilmente previsível, foi que não se pôde aplicar uma só vez o texto do Regimento que manteve a própria base da espinhosa distinção:

"Ela (a Côte) deve considerar antes de tudo se o pedido de parecer diz respeito a uma questão jurídica atualmente em pendência entre dois ou vários Estados" (art. 83, § 1.º, *in fine*).

Diversos pareceres já foram solicitados e a Côte ainda não fez essa verificação prévia, que permitiria, com toda a imparcialidade, atribuir aos Estados a condição de partes ou de simples informantes. No caso presente, por exemplo, algumas das partes querem ser consideradas como informantes, contrariamente à própria natureza da sua posição na disputa.

15. Quanto à designação de um juiz *ad hoc*, poder-se-ia recordar que a Côte Permanente acabou por aceitá-la, sob a pressão do artigo art. 14. Mas, uma vez desaparecido este, deveria ter sido supresso também o art. 83 do Regimento, pois uma tal faculdade não se coaduna absolutamente com os pareceres teóricos e abstratos, os únicos que a Côte deverá agora emitir sobre "questões" jurídicas. Naturalmente, se um Estado aceita que seu "desacordo" seja decidido por um mero parecer, o processo consultivo perde a sua própria natureza para assumir a de um processo sob compromisso, tornando assim também inteiramente aplicável o art. 31 do Estatuto; tratar-se-ia da famosa "arbitragem consultiva", introduzida no caso dos decretos de nacionalidade na Tunísia e Marrocos (C.P.J.I., Série P., n.º 4, pág. 8).

O Regimento, portanto, contém cláusulas que ultrapassam os limites fixados pelo Estatuto e que devem ser abolidas para evitar confusões, especialmente da parte de numerosos órgãos que podem solicitar pareceres. Caso contrário, será preciso orientar esses órgãos na formulação das suas consultas, as quais devem ficar afastadas dos fatos tanto quanto

possível; para que se possa chegar a uma solução rápida e fácil de casos que exigem uma elucidação prévia de pontos jurídicos.

16. Na espécie, observa-se desde logo a extrema simplicidade das indagações formuladas, pelo menos daquelas que agora constituem o objeto da atenção da Côte; a quem as considerasse sob uma forma abstrata causaria espanto que elas tenham sido feitas.

Mas o pedido de parecer não se limita a transmitir indiretamente à Côte e contra a vontade de alguma das partes um litígio entre Estados-Membros e Estados não-membros; pretende-se ainda atribuir ao parecer um inegável efeito material.

17. Realmente, a resolução da Assembléia prevê que, no caso de uma resposta afirmativa da Côte às duas primeiras questões, começaria a correr automaticamente um prazo de tolerância para permitir às Potências recalcitrantes compensar o tempo perdido, como num caso de *emendatio morae*.

O parecer da Côte terá, assim, uma execução *suâ generis*, que se assemelha a um interdito ou a um *verit* e que equivale praticamente a uma notificação endereçada às referidas Potências, sem mesmo aguardar que o órgão consultante conheça a resposta da Côte e delibere a tal respeito.

Esse parecer, portanto, produziria efeitos mais marcantes do que muitas decisões no plano contencioso. Em suma, sobre as cabeças dos Estados que se opõem à aplicação dos tratados ficaria suspensa uma espécie de sanção semelhante à da multa imposta aos devedores. E, ao fim de tudo, poder-se-ia comprovar a inutilidade de tal intimação, se, por exemplo, a Côte viesse a responder negativamente às outras questões que constituem os últimos elos da cadeia.

Não haveria fundamento para se estabelecer uma diferença essencial entre a apreciação de uma conduta passada e a indicação de outra para o futuro. Ora, formular um julgamento sobre a conduta que um Estado poderia ter no futuro não se diferencia de um exame da sua conduta passada. De qualquer maneira, seria atingir a independência dos Estados fazer a Côte intervir para dar maior prestígio a essa ação cominatória.

Reconhecer que a Assembléia Geral certamente se inspirou nas melhores intenções não bastaria para não se levar em conta esses obstáculos.

18. Objetou-se que, no caso presente, não haveria um "desacordo". Mas certos Estados sustentaram que as obrigações assumidas em razão de um tratado haviam sido satisfeitas, enquanto outros Estados negaram isso, os dois grupos invocando diferentes cláusulas dos mesmos tratados na sustentação de pontos de vista opostos. Portanto, é incontestável que há um litígio a ser resolvido ou pelo menos uma divergência quanto ao método a adotar-se para a sua solução, o que basta para situar a matéria no plano contencioso.

Afirmar a existência de um "desacordo" no caso presente já é começar a julgá-lo e, portanto, a reconhecer-se a competência da Côte.

Pouco importa que não se trate da pendência principal, porque haverá sempre questões preliminares claramente à vista e que seriam, no domínio do contencioso, suscetíveis de uma decisão autônoma.

19. Assim, torna-se marcante a analogia com o caso da Carélia, porque nesse também o que estava em causa não era o mérito da disputa, mas uma questão preliminar que, embora se refletindo necessariamente no exame do caso e sua decisão final, não chegava a constituir propriamente um pré-julgamento sobre a substância do desacôrdo, como se acentuou na época.

Uma situação semelhante foi observada quando do parecer concernente aos decretos promulgados na Tunísia e em Marrocos; naquele caso, a preferência expressa pela Côrte a respeito de uma questão preliminar, embora marcando uma posição-chave, não impediu a subsequente decisão direta do caso.

Na espécie em aprêço, a situação é exatamente a mesma, pois a simples decisão sobre o método a seguir-se já constitui um ponto-chave, capaz de exercer influência considerável sobre a orientação a ser dada ao exame e à decisão do caso, sobretudo no que concerne à apreciação do caráter nacional ou internacional da questão referente aos direitos do homem.

20. E agora chego ao meu ponto de vista sobre o obstáculo que, segundo entendo, se apresenta diante da Côrte e que deveria levá-la a concluir que está na obrigação de abster-se de responder.

Tal como no caso de 1923, é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que a Côrte não pode renunciar às normas fundamentais do direito internacional a fim de favorecer uma ação indireta para decidir, por meio de um pedido de parecer, um desacôrdo existente.

Admite-se uma larga margem de flexibilidade na procura do consentimento das partes, mas é impossível dispensar-se de todo êsse consentimento quando a Côrte se defronta com um conflito pendente. Da mesma forma, numa colaboração razoável com os outros órgãos da Organização das Nações Unidas, pode-se ir até ao ponto de formular pareceres que, embora conservando um caráter abstrato, ainda assim possam ser reconhecidos, numa investigação mais apurada, como ligados mais ou menos indiretamente a certos conflitos; mas não se pode justificar a formulação de pareceres relativos a desacordos claramente indicados ou mencionados, seja no enunciado das questões ou seja no preâmbulo que geralmente prepara essa enunciação.

Em suma, é preciso erguer-se um muro entre a atividade contenciosa e a função consultiva; esta última deve preferentemente aproximar-se da ação impessoal, como é, por exemplo, a do Ministério Público quando o mesmo age no exclusivo interesse da lei.

Abandonar essas precauções elementares seria não se levar em conta a recusa peremptória dos Estados a aceitar qualquer regra de jurisdição compulsória.

Devemos resignar-nos a esperar que a Côrte seja regularmente encarregada dessa função, que certamente um dia ainda será sua. Mas, a abstenção no caso em aprêço constituiria um motivo adicional para convencer as Potências associadas da necessidade de atingir o mais cedo possível a êsse resultado tão desejável.

INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE PAZ CONCLUÍDOS ENTRE A BULGÁRIA, A HUNGRIA E A ROMÊNIA

2.^a fase

Decisão de 18 de julho de 1950

Interpretação de uma cláusula de tratado atribuindo o acôrto da disputa a uma comissão composta de um representante de cada parte e de um terceiro membro escolhido de comum acôrdo entre as duas partes; poder conferido ao Secretário-Geral das Nações Unidas para agir, na falta de acôrdo entre as partes, à designação do terceiro membro. Inaplicabilidade dessa cláusula no caso de uma das partes se recusar a designar seu próprio representante. Sentido natural e ordinário dos termos; sentido conforme na conformidade da designação dos representantes. Cláusula de direito estrito. Desobediência a uma obrigação convencionada; impossibilidade de solucionar através interpretação que levaria a modificar as condições do exercício do poder de designar o terceiro membro, tal como previsto nos tratados. Impossibilidade de aplicar o princípio da interpretação ut resmagis valeat quam pereat em contrariedade da letra e do espírito do tratado.

VOTO VENCIDO DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Embora lastimando divergir da opinião da Côrte, dou resposta afirmativa às duas questões. E isso pelos motivos seguintes:

1. É inútil recordar aqui minuciosamente a evolução do direito que tende a levar às suas últimas conseqüências a execução de qualquer espé-

(*) A questão a decidir é a de se saber se a cláusula de tratado de paz, que autoriza o Secretário-Geral da ONU a designar o terceiro membro de comissão de inquérito, se aplica ao caso atual (apuração de denúncias sobre supressão de liberdades individuais), em que a parte denunciada se recusa a indicar seu próprio representante.

A decisão da Côrte, por 11 x 2 (READ e AZEVEDO), foi no sentido de que, se uma das partes não indicar representante para integrar comissão prevista

19. Assim, torna-se marcante a analogia com o caso da Carélia, porque nesse também o que estava em causa não era o mérito da disputa, mas uma questão preliminar que, embora se refletindo necessariamente no exame do caso e sua decisão final, não chegava a constituir própria-mente um pré-julgamento sobre a substância do desacôrdo, como se acentuou na época.

Uma situação semelhante foi observada quando do parecer concernente aos decretos promulgados na Tunísia e em Marrocos; naquele caso, a preferência expressa pela Côrte a respeito de uma questão preliminar, embora marcando uma posição-chave, não impediu a subsequente decisão direta do caso.

Na espécie em aprêço, a situação é exatamente a mesma, pois a simples decisão sobre o método a seguir-se já constitui um ponto-chave, capaz de exercer influência considerável sobre a orientação a ser dada ao exame e à decisão do caso, sobretudo no que concerne à apreciação do caráter nacional ou internacional da questão referente aos direitos do homem.

20. E agora chego ao meu ponto de vista sobre o obstáculo que, segundo entendo, se apresenta diante da Côrte e que deveria levá-la a concluir que está na obrigação de abster-se de responder.

Tal como no caso de 1923, é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que a Côrte não pode renunciar às normas fundamentais do direito internacional a fim de favorecer uma ação indireta para decidir, por meio de um pedido de parecer, um desacordo existente.

Admite-se uma larga margem de flexibilidade na procura do consentimento das partes, mas é impossível dispensar-se de todo êsse consentimento quando a Côrte se defronta com um conflito pendente. Da mesma forma, numa colaboração razoável com os outros órgãos da Organização das Nações Unidas, pode-se ir até ao ponto de formular pareceres que, embora conservando um caráter abstrato, ainda assim possam ser reconhecidos, numa investigação mais apurada, como ligados mais ou menos indiretamente a certos conflitos; mas não se pode justificar a formulação de pareceres relativos a desacordos claramente indicados ou mencionados, seja no enunciado das questões ou seja no preâmbulo que geralmente prepara essa enunciação.

Em suma, é preciso erguer-se um muro entre a atividade contenciosa e a função consultiva; esta última deve preferentemente aproximar-se da ação impessoal, como é, por exemplo, a do Ministério Público quando o mesmo age no exclusivo interesse da lei.

Abandonar essas precauções elementares seria não se levar em conta a recusa peremptória dos Estados a aceitar qualquer regra de jurisdição compulsória.

Devemos resignar-nos a esperar que a Côrte seja regularmente encarregada dessa função, que certamente um dia ainda será sua. Mas, a abstenção no caso em aprêço constituiria um motivo adicional para convencer as Potências associadas da necessidade de atingir o mais cedo possível a êsse resultado tão desejável.

INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE PAZ CONCLUIDOS ENTRE A BULGÁRIA, A HUNGRIA E A ROMÊNIA

2.^a fase

Decisão de 18 de julho de 1950

Interpretação de uma cláusula de tratado atribuindo o acêrto da disputa a uma comissão composta de um representante de cada parte e de um terceiro membro escolhido de comum acôrdo entre as duas partes; poder conferido ao Secretário-Geral das Nações Unidas para agir, na falta de acôrdo entre as partes, à designação do terceiro membro. Inaplicabilidade dessa cláusula no caso de uma das partes se recusar a designar seu próprio representante. Sentido natural e ordinário dos termos; sentido conforme na conformidade da designação dos representantes. Cláusula de direito estrito. Desobediência a uma obrigação convencionada; impossibilidade de solucionar através interpretação que levaria a modificar as condições do exercício do poder de designar o terceiro membro, tal como previsto nos tratados. Impossibilidade de aplicar o princípio da interpretação ut res magis valeat quam pereat em contrariedade da letra e do espírito do tratado.

VOTO VENCIDO DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Embora lastimando divergir da opinião da Côrte, dou resposta afirmativa às duas questões. E isso pelos motivos seguintes:

1. É inútil recordar aqui minuciosamente a evolução do direito que tende a levar às suas últimas conseqüências a execução de qualquer espé-

(*) A questão a decidir é a de se saber se a cláusula de tratado de paz, que autoriza o Secretário-Geral da ONU a designar o terceiro membro de comissão de inquérito, se aplica ao caso atual (apuração de denúncias sobre supressão de liberdades individuais), em que a parte denunciada se recusa a indicar seu próprio representante.

A decisão da Côrte, por 11 x 2 (READ e AZEVEDO), foi no sentido de que, se uma das partes não indicar representante para integrar comissão prevista

cie de obrigação; deve-se ter em consideração a natureza das prestações prometidas para que se aceitem soluções incompletas ou imperfeitas, como a de perdas e danos, no caso exclusivo de uma impossibilidade *de facto e de jure*.

Uma vez ressalvado o respeito à pessoa humana — *nemo ad factum praecise cogi potest* —, procede-se, portanto, à execução das obrigações de “fazer” até se encontrar o meio de suprir uma simples declaração de vontade que o devedor, obstinadamente e sem motivo, se recusa a enunciar. No que se refere ao *pactum de compromittendo*, o direito internacional já alcançou um certo avanço para atingir a fórmulas que regulem a passagem do arbitramento *in potentia* ao arbitramento *in actu*, especialmente quanto à designação de árbitros por ato de um terceiro.

Isso se explica por não existir, no plano internacional, uma organização judiciária completa como a que, no direito interno, não permite recorrer-se muito freqüentemente a juizes privados. Mas, a mesma razão, atuando num outro sentido, torna em geral muito difícil a tarefa de preencher as lacunas dos tratados, por falta de uma pessoa que, no domínio internacional, possa desempenhar esse papel delicado de proceder à designação de substitutos para os árbitros.

Em todo caso, os meios capazes de permitir que os compromissos internacionais sejam *rite adimpleti* poderão ser mais facilmente encontrados se não se confundir o aspecto relativo à legitimidade de uma substituição de vontade com o do órgão a que incumbe uma tal ação.

2. Diante da quase impossibilidade de se prever normas adequadas que atendam à variação praticamente infinita de casos concretos, basta que o autor de uma lei ou de um tratado construa um mecanismo de ação capaz de funcionar normalmente, cabendo ao sistema jurídico a adaptação requerida em cada caso, sem que isso implique numa revisão dos atos. Do contrário, as convenções muito freqüentemente se mostrarão inúteis se, por fidelidade excessiva à letra dos textos, houver disposição de se ceder diante das falhas atribuídas aos compromissos e de se resignar a recorrer a vagas sanções, sobretudo quando houver um propósito de se subtrair aos compromissos assumidos.

A execução *in specie* dos contratos preliminares não compromete a soberania do próprio Estado que a teria alienado a justo título na medida necessária para permitir uma substituição de sua própria escolha — *quae ab initio erant voluntatis ex post facto sunt necessitatis*.

Também pouco importa que as obrigações internacionais não possam, em geral, ser o objeto de sanções diretas, se é possível levar-se até certo ponto a execução de alguma delas; assim, não se deve hesitar em procurar obter os resultados úteis de uma cláusula compromissória, abandonando os problemas suscitados pela execução das decisões no momento

nos tratados de paz com a Bulgária, Hungria e România, uma vez serem elas obrigadas a tal, o Secretário-Geral não está autorizado a fazê-lo por solicitação da outra parte signatária do tratado.

em que estas forem pronunciadas pelos árbitros. Isso constituirá uma etapa ulterior, mais fácil de regular, pois o direito já estaria declarado.

3. No caso presente, as negociações minuciosas e prolongadas que precederam a redação dos tratados em causa são de molde a excluir a suposição de faltas e erros cometidos pelas próprias partes; por outro lado, delas se depreende um certo cunho de compromisso que conduz muitas vezes a fórmulas não inteiramente satisfatórias para as duas partes.

Não se poderia, entretanto, ver aí uma renúncia, pois se chegou ao afastamento das resistências quanto à designação do terceiro membro, ponto mais grave do que a substituição do representante de uma das partes. Com efeito, a escolha de um terceiro membro, por falta de acôrdo prévio, vai escapar ao contrôle das partes, atingindo igualmente a quem tentou de boa fé encontrar um árbitro imparcial e a quem fez malograr qualquer designação desse gênero, ao passo que, pela nomeação de um comissário nacional, tendo cada uma das partes a plena liberdade de fazê-lo; a intervenção estrangeira, a exercer-se em caráter punitivo, atingiria somente a parte culpada. O interesse normal de ter um membro de livre escolha pode desaparecer ante o próprio intento de evitar a constituição de um órgão arbitral.

4. É-se, portanto, levado a admitir que, em vez de aceitar os riscos, as partes, embora prevendo os conflitos, não encararam hipóteses tão insólitas como a de negar a existência de suas próprias discordâncias ou a da recusa radical de designar comissários nacionais. Nos trabalhos preparatórios dos tratados, não há nenhuma indicação de haver as partes contemplado a eventualidade de todos os conflitos ficarem sem solução possível, facilitando praticamente a inexecução dos próprios tratados.

De qualquer modo, uma tal imprevisão não seria irremediável, de vez que os princípios jurídicos acima referidos são aptos a impedir uma resistência indevida, como o demonstrou um voto da Corte afastando o primeiro dos citados obstáculos. A própria ausência de uma cláusula prevendo a substituição de um membro nacional, como se pode encontrar em alguns tratados, também não conduziria a tão irreparável resultado.

5. Pode-se observar que uma alta autoridade da Organização das Nações Unidas foi, de maneira inteiramente inusitada, investida de amplos poderes, os quais vão além das funções que a Carta lhe atribuiu. Realmente, ao Secretário Geral foram confiadas diversas incumbências, mas que tendem, na sua totalidade, a um fim principal — o de assegurar soluções pacíficas para toda espécie de conflitos que surjam entre as partes.

Dêsse modo, uma interpretação estrita, limitada ao exame de um único texto e tomando como estabelecida uma intenção parcial das partes, não pode, em minha opinião, prevalecer, especialmente se vem a ratificar a completa paralisia de todo o método para a solução dos desacôrdos, ainda que reconhecendo em teoria uma responsabilidade resultante do não cumprimento de uma obrigação internacional.

Penso, ao contrário, que os tratados devem ser interpretados no seu todo, tendo-se em conta os fins a que visaram. Nenhum esforço deve ser poupado para se chegar à execução mais exata possível dos compromissos, a despeito das imperfeições e inconveniências devidas exclusivamente à obstrução da parte que tem a seu cargo cumprir a obrigação.

6. Mas o pedido de parecer feito à Côrte não considera o *maximum* de resultado na aplicação desses princípios, como seria o caso, por exemplo, se procurasse prover à nomeação dos próprios comissários nacionais, tendo por base uma argumentação *a fortiori* extraída da natureza e da extensão dos poderes conferidos ao Secretário Geral.

A Questão III não visa mesmo à designação do representante de um Estado recalcitrante conjuntamente com a do terceiro membro, e a Côrte deve simplesmente limitar-se ao problema da nomeação do terceiro membro, independentemente da dos outros árbitros.

Para saber se a nomeação do terceiro membro deve necessariamente suceder à designação dos outros membros, deve-se primeiramente reconhecer que os textos das cláusulas pertinentes são completamente neutras e se prestam indiferentemente a várias soluções. Não são eles, portanto, suficientemente claros para afastar qualquer outro processo de interpretação que não se limite à letra dos textos.

Por certo, a prática corrente é a de nomear o terceiro membro após os outros árbitros ou ao mesmo tempo que estes, mas essa observação empírica não autoriza absolutamente a ver nos referidos textos uma condição que deles não consta.

7. O que, ao contrário, adquire o maior interesse é a natureza das funções atribuídas ao terceiro árbitro em cada caso particular.

Ora, a prática internacional estabelece nítida distinção entre duas categorias principais dessas funções.

Num certo número de casos, o terceiro membro só entra em cena no momento em que surge uma divergência de pontos de vista entre os outros comissários e sua função é em princípio a de desempatar os votos: pode ele, a título excepcional, ser autorizado a adotar uma solução intermediária ou mesmo inteiramente nova. Essa posição é exclusivamente acessória e condicional.

Em outros casos, o terceiro membro é nomeado de antemão e é-lhe mesmo confiada a presidência dos trabalhos da comissão. Desempenha ele um papel principal que, todavia, diminui de importância quando os outros membros se põem de acordo, ainda que lhe seja permitido, mesmo assim, expor a sua opinião pessoal.

8. Existe justamente, nos três tratados, elementos capazes de bem caracterizar o sistema que foi preferido.

Na verdade, esses instrumentos visam à constituição de duas comissões: uma, chamada de "conciliação", para os assuntos de ordem econômica, e a outra, deixada sem denominação, para as discordâncias em geral.

A primeira é composta por igual número de representantes das partes interessadas, embora tal número não seja estabelecido com precisão.

Contudo, se uma discordância é apresentada à comissão e não é resolvida ao fim de três meses, pode ser requerida a "adjunção" de um terceiro membro, designado pelo Secretário Geral. Aí encontramos (tratados com a Hungria, a Bulgária e a Romênia, artigos 35, 31 e 32, respectivamente) um perfeito modelo para o papel desse terceiro árbitro, que deve apenas intervir após malogrados os esforços dos outros membros.

Na segunda comissão, também foi preferido o regime da coincidência de duas opiniões; mas aí a própria designação do terceiro membro pelo Secretário Geral fica dependendo, não de um prazo a contar-se desde a apresentação de um determinado caso, mas simplesmente do desacordo entre as partes quanto à escolha de um nacional de um terceiro Estado, após o lapso de um mês (tratados referidos, artigos 40, 36 e 38).

Esse confronto faz ressaltar a oposição, nos mesmos tratados, entre as fórmulas, que a criação de uma terceira comissão, apenas prevista no tratado com a Romênia, ainda mais acentua. Com efeito, para a fixação do preço das mercadorias entregues a título de reparação adotou-se uma terceira fórmula, que submete os conflitos levantados aos chefes de missão diplomática em Bucareste, cabendo ao Secretário Geral, em caso de divergência, nomear um só "árbitro", cuja decisão é obrigatória para as partes. É claro que esse árbitro não fica obrigado a adotar nenhuma das soluções anteriormente propostas.

9. Na hipótese ora em apreço, parece, portanto, arbitrário atribuir ainda ao Secretário Geral o controle de uma outra circunstância, não indicada no texto como uma condição, isto é, a da nomeação e talvez também a da aceitação de outros membros. A sequência dos votos, no momento da decisão, também nada tem a ver com a designação de membros do órgão, pois que todos devem entrar em função simultaneamente.

Pelo cuidado de satisfazer a uma hipotética intenção das partes, arisca-se a que se perca de vista o aspecto principal da questão, o do papel do terceiro árbitro, apreciado segundo uma distinção de uso corrente no direito internacional. Essa preocupação, aliás, não assegura uma interpretação perfeita e, de outra parte, por uma inversão da ordem seguida no pedido de parecer, torna obrigatória a resposta a uma questão que deve ser tida finalmente por afastada, a Questão IV.

10. Sem dúvida, a nomeação desse terceiro membro tornar-se-ia inútil se, depois disso, a comissão não pudesse funcionar. Foi o que levou a Assembléia Geral a formular a Questão IV.

Antes de responder à mesma, é necessário, entretanto, salientar um outro aspecto da função que incumbe aos membros da referida comissão: aqueles que devem ser designados pelas partes têm sido abertamente considerados como seus "representantes". Isso permitirá mais facilmente a sua substituição pelos Estados que os acreditaram.

De outro lado, a posição do terceiro membro torna-se mais importante, pois será ele, na prática, o único e verdadeiro árbitro, apenas com a ressalva de que não poderá adotar uma solução diferente das que seriam propostas pelos outros membros. Em tôrno dele formar-se-á a maio-

ria responsável das decisões. Será êle que a definirá de tal modo que essa maioria venha a coincidir com a mera justaposição de dois votos no mesmo sentido.

É certo que, se os dois representantes das partes se põem de acôrdo, é inútil que o terceiro membro pronuncie um veredicto; mas, nesse caso, deixaria de existir uma contenda, por ter sido esta resolvida pela concordância dos que seriam então verdadeiros mandatários de Estados chegando a uma solução de compromisso.

Por outro lado não é menos certo que o conceito de minoria perde tôda a significação, tornando sem efeito o caráter relativo que se lhe pode atribuir, assim como também ao conceito paralelo de maioria, transformada esta em unanimidade.

11. Os arquivos do direito internacional registraram uma série de casos em que um órgão arbitral teve a sua composição inicial perturbada pelo desaparecimento de um membro, seja em consequência de uma circunstância accidental, seja por uma ação dêsse membro ou do Estado que o nomeou, ação essa empreendida abortamente ou de maneira disfarçada.

A prática da manutenção em funcionamento de um tribunal assim reduzido atende à preocupação de não conceder vantagem à má conduta; a mesma solução, portanto, deve prevalecer no caso da ausência *ab initio* de um membro, sobretudo se esta não decorre de uma circunstância estranha à ação da parte que o deve designar.

No primeiro caso, os membros remanescentes constituem também a maioria e deixa mesmo de haver qualquer opposição, já que o órgão compreende três votantes. Não se verifica aí uma situação diversa da que foi considerada pelas partes nem mesmo um motivo para revisão do tratado com vista a uma abstenção dos juizes restantes e, por conseguinte, ao encerramento do tribunal. Em verdade, o que há nesse caso são meras consequências de uma sanção específica exigida pela natureza da obrigação a que se subtraiu uma das partes.

Ora, entre essas duas situações, não há diferença essencial. Se não se quer ver a forma prevalecer sobre a substância, é-se compelido a adotar a mesma solução *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

A não ser por apêgo excessivo a simples fórmulas, não se deve ampliar um mero conceito, como, por exemplo, o da "ordem processual fundamental", às vêzes sugerido para atribuir uma importância excepcional ao momento da constituição de um órgão, em detrimento de exigências sociais e em proveito exclusivo dos que esquecem os seus compromissos, sejam êles indivíduos ou Estados.

12. O momento mais crítico para um órgão deliberante não é o da sua organização, mas aquêle em que, atingindo aos fins visados, apresenta uma decisão que, por si só, vai produzir efeitos jurídicos *in casu*.

O órgão que perde um membro sem poder substituí-lo, permanece, de um outro ângulo, em situação mais grave do que a do órgão que começou a funcionar de forma incompleta, mas com a esperança ou, pelo

menos, com a possibilidade, de uma composição integral, com a mudança de atitude do Estado omissor, antes da terminação dos seus trabalhos. Jamais se pode prever com segurança a manutenção ou o abandono de uma posição diplomática.

Não se deve, portanto, rejeitar, por amor às abstrações, a extensão de uma solução razoável que é admitida sem restrições pelo direito internacional, tal como a do funcionamento incompleto de um tribunal, num caso não somente análogo, mas também num caso em que essa aplicação teria justificativa em razões maiores.

Por certo, o rendimento de trabalho dessas comissões não seria completo, porque não haverá decisões em caso de divergência entre os dois membros, porém o mesmo resultado ocorreria se um membro viesse a faltar no curso dos trabalhos.

Pelo menos, a comissão atingiria em parte ao fim visado, resolvendo os casos em que fôsse completo o acôrdo; dar-se-ia, assim, uma certa satisfação ao princípio do efeito útil.

13. Não se deve também esquecer a distinção entre a noção de composição de um órgão e a de *quorum* para que êle possa entrar em atividade.

Ainda que composta de 15 membros, a Côrte Internacional de Justiça não poderia, por exemplo, instalar-se antes de eleitos alguns dos seus juizes ou antes que todos tenham aceitado a sua eleição?

14. Sem dúvida, é cabível a observação de que o membro mais apto a expor o ponto de vista do Estado recalcitrante poderia, talvez, com o seu voto, modificar a opinião do terceiro membro. É um inconveniente inegável, mas de gravidade igual à de outros do mesmo gênero, verificados constantemente nas hipóteses de omissão culpada de uma das partes e que, por exemplo, conduzem à ausência de formulação precisa de questões a decidir, por falta de regras de processo e de substância, e mesmo por insuficiência de provas.

Mas tudo isso constitui uma boa parte, senão a principal, da sanção imposta ao Estado omissor, servindo de injunção para levá-lo a desistir da sua recusa. O mesmo poderia ser dito da espécie de "veto" de que a parte presente à comissão disporia na prática, mas êsse "veto" decorre tão só do não comparecimento da outra parte contratante, a qual poderia suprimi-lo facilmente ao ocupar, a qualquer momento, o lugar vazio.

15. Do mesmo modo, nenhum desses obstáculos foi suficiente para afastar o processo por omissão em situações análogas no direito internacional.

A ausência de meios de defesa e a ausência de defensor são bem mais graves do que a ausência no julgamento de um membro nacional, ao qual o Estatuto da Côrte Internacional atribuiu mesmo um caráter puramente facultativo; entretanto, tôdas essas consequências também são admitidas como uma nova sanção contra a parte que não se apresenta perante a Côrte.

Em minha opinião, a ausência de "representante" de uma das partes não pode, igualmente, constituir-se em motivo de suspeição contra o terceiro árbitro, cuja função não é absolutamente modificada por tal cir-

cunstância; quer êle a exerça diante de um ou de dois comissários, sempre lhe resta a liberdade de pronunciar a palavra definitiva.

Em caso de omissão, o artigo 53 do referido Estatuto apenas recomenda à Côrte Internacional um certo contrôle *ex officio* que ela já teve ocasião de exercer. Aos órgãos que funcionem de maneira incompleta nada impede que se orientem pelos mesmos princípios quando tenham de tomar as suas decisões. Pelo contrário, tudo os induz a assim procederem.

REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS EM SERVIÇO DA ONU

Decisão de 11 de abril de 1949

Danos sofridos por agentes das Nações Unidas no exercício de suas funções. Danos causados às Nações Unidas. Danos causados aos agentes. Capacidade das Nações Unidas para reclamar com vista à reparação dessas duas categorias de danos. Personalidade internacional das Nações Unidas. Capacidade defluindo necessariamente da Carta e das atividades das Nações Unidas. Proteção funcional aos agentes. Reclamações contra um Membro da Organização das Nações Unidas. Reclamação contra um Estado Não-Membro. Conciliação entre a reclamação de um Estado e a reclamação das Nações Unidas. Reclamação das Nações Unidas contra o Estado do qual é nacional o agente.

OPINIÃO INDIVIDUAL DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Concordando com as conclusões e, em geral, com os motivos em que elas se baseiam, permito-me simplesmente ajuntar breves considerações que, no meu entender, são necessárias ao desenvolvimento da resposta à segunda questão.

Assim, parece-me útil fornecer um outro critério para a solução dos conflitos previstos, permitindo estabelecer uma distinção entre a ação principal e uma ação subsidiária, que em nenhum caso deve ser radicalmente afastada. O deliberado emprêgo da palavra "agente" no pedido de parecer enseja tal sugestão.

(*) Foi proposta à decisão da Côrte a seguinte indagação: no caso em que um agente da ONU sofre, no exercício de suas funções, dano que envolva a responsabilidade de um Estado, terá a Organização das Nações Unidas qualidade para formular, contra o governo *de jure* ou *de facto* responsável, uma reclamação internacional com vistas a obter a reparação dos danos causados a) às Nações Unidas; b) à vítima ou seus sucessores?

Decidiu a Côrte ter a ONU qualidade para reclamar a reparação dos danos causados, seja ou não o Estado *de jure* ou *de facto* responsável Membro das Nações Unidas.

cunståncia; quer êle a exerça diante de um ou de dois comissários, sempre lhe resta a liberdade de pronunciar a palavra definitiva.

Em caso de omissão, o artigo 53 do referido Estatuto apenas recomenda à Cõrte Internacional um certo contrõle *ex officio* que ela já teve ocasião de exercer. Aos órgãos que funcionem de maneira incompleta nada impede que se orientem pelos mesmos princípios quando tenham de tomar as suas decisões. Pelo contrário, tudo os induz a assim procederem.

REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS EM SERVIÇO DA ONU

Decisão de 11 de abril de 1949

Danos sofridos por agentes das Nações Unidas no exercício de suas funções. Danos causados às Nações Unidas. Danos causados aos agentes. Capacidade das Nações Unidas para reclamar com vista à reparação dessas duas categorias de danos. Personalidade internacional das Nações Unidas. Capacidade defluindo necessariamente da Carta e das atividades das Nações Unidas. Proteção funcional aos agentes. Reclamações contra um Membro da Organização das Nações Unidas. Reclamação contra um Estado Não-Membro. Conciliação entre a reclamação de um Estado e a reclamação das Nações Unidas. Reclamação das Nações Unidas contra o Estado do qual é nacional o agente.

OPINIÃO INDIVIDUAL DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Concordando com as conclusões e, em geral, com os motivos em que elas se baseiam, permito-me simplesmente juntar breves considerações que, no meu entender, são necessárias ao desenvolvimento da resposta à segunda questão.

Assim, parece-me útil fornecer um outro critério para a solução dos conflitos previstos, permitindo estabelecer uma distinção entre a ação principal e uma ação subsidiária, que em nenhum caso deve ser radicalmente afastada. O deliberado emprêgo da palavra "agente" no pedido de parecer enseja tal sugestão.

(*) Foi proposta à decisão da Cõrte a seguinte indagação: no caso em que um agente da ONU sofre, no exercício de suas funções, dano que envolva a responsabilidade de um Estado, terá a Organização das Nações Unidas qualidade para formular, contra o governo *de jure* ou *de facto* responsável, uma reclamação internacional com vistas a obter a reparação dos danos causados a) às Nações Unidas; b) à vítima ou seus sucessores?

Decidiu a Cõrte ter a ONU qualidade para reclamar a reparação dos danos causados, seja ou não o Estado *de jure* ou *de facto* responsável Membro das Nações Unidas.

Verifica-se, por exemplo, que o funcionamento da Organização das Nações Unidas pressupõe a ação de duas forças: uma que encaminha o pensamento e os propósitos particulares dos membros para os órgãos deliberativos, os quais adotam conseqüentemente as soluções exigidas pelos interesses gerais da paz e da justiça, e outra que se destina à execução das decisões tomadas.

Esses encargos opostos são executados por pessoas físicas distintas, representantes dos Estados Membros e funcionários da Organização das Nações Unidas, embora muitas vezes seja forçoso utilizarem-se os mesmos indivíduos em circunstâncias diferentes, como já foi observado pela Professora BASTID, nascida SUZANNE BASDEVANT (*Les Fonctionnaires Internationaux*, Paris, 1938, pág. 8). O exemplo da nova Organização dos Estados Americanos viria a ser mais marcante, pondo em ressalte a oposição entre os órgãos deliberativos criados em Bogotá, em 1948, e a antiga União Pan-Americana, conservada a título permanente como Secretariado Geral.

Pode-se também observar que os funcionários são compreendidos na noção de "agente", mas não o são os representantes dos Membros, ainda que a ONU possa ter interesse em apoiar uma reclamação proposta, em conseqüência de danos sofridos pelos ditos representantes no desempenho de suas funções, por exemplo nos locais onde estão sediados os órgãos a que pertencem.

De outra parte, para pôr em execução as decisões dos seus órgãos, a Organização das Nações Unidas nem sempre pode designar os funcionários e tem às vezes de escolher pessoas estranhas ao quadro normal dos seus servidores.

Nem o art. 100 da Carta de São Francisco, nem o próprio art. 105 da referida Carta, que menciona ao mesmo tempo os funcionários e os representantes dos Membros, esgotam as hipóteses nas quais as funções são exercidas no interesse da Organização. Tal insuficiência foi expressamente reconhecida na Convenção de 13 de fevereiro de 1946, sobre os privilégios e imunidades, assim como em certos ajustes e acordos concluídos com Estados ou instituições especializadas.

Com efeito, esses atos mostram a existência de uma terceira classe — a dos peritos, que, sem serem funcionários, desempenham missões por conta da Organização. A esse propósito, é interessante observar que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça ajuntou, aos textos que regem a Corte Permanente, a concessão de privilégios e imunidades aos agentes, consultores e advogados das partes (art. 42, n.º 3), e estes foram assimilados aos representantes dos Membros da Organização das Nações Unidas, enquanto a situação das testemunhas e dos peritos, prevista pela própria Corte, com a aprovação da Assembléia Geral, foi incluída na terceira classe acima indicada (C.I.J., *Atos e Documentos Relativos à Organização da Corte*, n.º 1, 2.ª ed., págs. 85, 86 e 89).

Esse *tertium genus* cria dificuldades e incertezas, como sucede em todas as classificações, porém é mais fácil incluí-lo no quadro de "agentes", em sua noção geral, do que na categoria de representantes dos Es-

tados Membros. Todavia, impõe-se um novo *distinguo*: para o exercício de funções excepcionalmente confiadas àqueles que as convenções e os ajustes já referidos englobam sob o nome de peritos, deve-se escolher pessoas que pertençam às delegações dos Estados Membros, ou outras pessoas que sejam indicadas, quer diretamente pela Organização das Nações Unidas, quer pelos Membros da ONU, entre os seus nacionais.

Apresenta-se então um outro critério, tendo por base o modo pelo qual se opere a escolha, seja inspirada por considerações puramente pessoais ou, ao contrário, pela nacionalidade dos peritos, levando em conta elementos de ordem política, geográfica, etc., mas sem que, num caso ou noutro, se deixe de apreciar os conhecimentos técnicos dos candidatos.

Na designação dos membros da Corte Internacional de Justiça ou dos componentes da nova Comissão de Direito Internacional, concede-se, por exemplo, bem maior atenção às qualidades pessoais do que ao critério da nacionalidade, o qual exerce influência um tanto negativa, quando se trata de evitar a predominância exagerada de um certo Estado. Portanto, o que importa não é a natureza da função e sim o processo de escolha, que pode, assim variar no mesmo caso.

Sem dúvida, aquele que é convidado, por motivo dos seus próprios méritos, a desempenhar uma missão, assume, em princípio, para com a ONU um dever de fidelidade bem maior do que o da pessoa designada pelo seu país, ou mesmo por um terceiro, para uma função que lhe seria confiada em razão da sua nacionalidade. Embora admitindo-se que, em ambos os casos, as funções serão exercidas com independência e num espírito de alta colaboração, forçoso é considerar que o vínculo da nacionalidade será mais dificilmente afastado na segunda hipótese, para ceder lugar ao que decorre simplesmente do exercício da função internacional.

Em conclusão:

Quando se trata de funcionário ou de peritos nomeados diretamente pela Organização das Nações Unidas, sem cogitação da sua nacionalidade, a prioridade pertencerá à ONU, que, aliás, poderá apresentar a reclamação sem ter necessidade de invocar uma denegação de justiça, nem mesmo de mostrar que foram antes esgotadas as vias internas de recurso.

Quando se trata, ao contrário, de representantes de Estados Membros ou mesmo de peritos designados em consideração de seus países, notadamente se a estes últimos é confiada a designação, a ação principal há de ajustar-se ao princípio da nacionalidade.

CONDIÇÕES PARA A ADMISSÃO DE UM ESTADO COMO MEMBRO DAS NAÇÕES UNIDAS

Parecer de 28 de maio de 1948

Pedido de parecer em virtude da Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 17 de novembro de 1947. Consulta tendo por base, não o voto em si mesmo, mas as justificativas do voto de um dos membros. Consulta limitada ao ponto de se saber se as condições enunciadas no art. 4.º (I) da Carta têm caráter limitativo. Caráter jurídico ou político da consulta. Competência da Córte, quanto ao conhecimento de uma consulta formulada em termos abstratos. Competência da Córte para interpretar o art. 4.º da Carta. Caráter jurídico da regulamentação estabelecida no art. 4.º. Interpretação fundada no sentido natural das palavras. Considerações estranhas às condições do artigo 4.º. Considerações suscetíveis de serem vinculadas. Caráter procedimental do art. 4.º (II). Submissão dos órgãos políticos às disposições convencionais que os regem. Art. 24 da Carta. Exigência de um Membro no sentido de condicionar seu consentimento para admissão de um candidato à admissão de outro. Exame individual de cada pedido de admissão, segundo seus aspectos próprios.

OPINIÃO INDIVIDUAL DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

1 — Concordo com as conclusões a que chegou a Córte e as observações que se seguem têm apenas por objetivo exprimir certas razões que considero do meu dever aduzir ao pronunciamento.

(*) A Assembléia Geral das N.U. consulta a Córte sobre a seguinte indagação:

— Um Membro da O.N.U. convocado, em virtude do artigo 4.º da Carta, a se pronunciar, seja no Conselho de Segurança, seja na Assembléia Geral, sobre a admissão de um Estado como membro das N.U., estará juridicamente

Antes de tudo, permito-me recordar um ponto de vista já manifestado por mim anteriormente, convencido de que a Carta introduzira modificação radical no campo das consultas; pensei mesmo na revisão do art. 82 e na supressão do art. 83 do Regimento da Córte para evitar a apreciação de qualquer demanda disfarçada na enunciação de uma consulta.

Ainda que a função de aconselhar atribuída a uma Córte de Justiça possa chocar entaizadas convicções, havia, em meu entendimento, algo de muito mais estranho: era o *tertium genus*, que sempre embaraçou a nítida aplicação da regra enunciada no art. 14 do Pacto de 1919, como se pode verificar pela leitura dos trabalhos de todos os que se ocuparam a fundo do problema (BASSETT, MOORE, HUDSON, DE VISSCHER, NEGULESCO, TÉNÉKIDÉS, DAUVERGNE, BEUVE-MÉRY, REMLINGER, etc.).

As expressões "qualquer disputa ou qualquer ponto" originaram essa anomalia de dar-se a um litígio solução sem força de coisa julgada e às vezes sem o consentimento das partes interessadas; assim, o princípio da jurisdição voluntária, que era elemento básico do sistema, corria o risco de desaparecer como resultado de uma distorção bem fácil de ser tentada.

Para prevenir tais conseqüências, a Carta substituiu simplesmente aquelas expressões pelos termos "toda questão jurídica" (em inglês não havia modificação a ser introduzida porque a palavra *question* já correspondia a *point* em francês).

No meu entender, a curiosa noção que veio a ser chamada de "arbitramento consultivo" desapareceu então, como também a intervenção de juizes *ad hoc* em matéria de parecer. Afastado, assim, o elemento perturbador, adquirirá um grande relêvo a função consultiva da Córte e esta não terá de resolver conflitos reais por um método indireto e estranho, espécie de arremêdo da via contenciosa.

GRANT GILMORE, ao acentuar a redução de competência operada pela Carta, observou que os casos decididos pela antiga Córte, pela via contenciosa, sendo mais ou menos ligados ao consentimento das partes, foram geralmente de significação medíocre, enquanto questões bem mais interessantes vieram a ser resolvidas pela via dos pareceres (*Yale Law Journal*, agosto de 1946. *The International Court of Justice*, págs. 1.033, 1.054 e 1.064).

Pode parecer bem singular que a Córte seja solicitada a opinar sobre questões teóricas. Mas, não se deve esquecer que a Córte Internacional de Justiça apresenta um duplo caráter: ela é, ao mesmo tempo, tribunal

certo fazendo depender seu consentimento de condições não expressamente previstas na alínea I do referido artigo?

Em particular, uma vez reconhecendo que as condições previstas naquêlê preciso encontram-se preenchidas pelo Estado em questão, poderá subordinar seu voto afirmativo à condição de que, além do referido Estado, outros sejam igualmente admitidos como membros da ONU?

A Córte pronunciou-se no sentido negativo.

e órgão de conselho. E está bem de acôrdo com a função de um órgão consultivo formular um pronunciamento *in abstracto* que possa vir a ter eventual aplicação em várias situações de fato: *minima circumstantia facti magnam diversitatem juris*.

Em verdade, MANLEY HUDSON salientou que a Côrte Permanente jamais se distanciou dos fatos (*The Permanent Court of International Justice*, 1933, parágrafo 470, págs. 495-496, e nota 69), mas reconhece êle também que, no Parecer n.º 1, a questão já fôra decidida pelo Bureau Internacional do Trabalho e que a consulta visara apenas fixação de um *criterium* para o futuro (HUDSON, ob. cit., pág. 497, C.P.J.I., Série B, n.º 1, pág. 14).

Deve-se reconhecer que tôda consulta — salvo resultante de uma atitude artificial que não se pode presumir — é sempre suscitada ou influenciada por fatos, mas também é possível eliminarem-se os elementos concretos para se pôr em destaque um ponto dogmático isolado.

No relatório primitivo de LAPRADELLE, em 1920, a consulta de caráter abstrato já fôra prevista, a propósito da distinção entre, de um lado, o "ponto", sempre circunscrito a uma questão de direito puro, teórico, e, de outro lado, o "desacordo", resultante de um conflito concreto, já existente.

Tal distinção corresponde, pois, à idéia dos fundadores da Côrte e fôra traçada claramente no projeto apresentado, em 1920, pelo jurista brasileiro CLÓVIS BEVILACQUA. Por tudo isso foi que a Côrte Permanente pôde afirmar:

"Não se vê motivo que impeça aos Estados solicitarem à Côrte a interpretação abstrata de uma convenção; ao contrário, parece que essa é uma das funções mais importantes que ela pode exercer" (C.P.J.I., Série A, n.º 7, págs. 18-19; Série B, n.º 1, pág. 24).

É mesmo preferível que a Côrte ignore os desacordos que deram origem a tal ou qual questão. Assim, ela não seria levada a empenhar a sua responsabilidade, afastando-se de suas funções e, de outra parte, deixaria um mais largo campo de apreciação ao órgão que deveria fazer a aplicação, sem melindrar o prestígio do tribunal.

2 — Assim, apraz-me salientar que o primeiro parecer solicitado à Côrte oferece um perfeito exemplo da maneira pela qual eu desejaria que fôsem apresentadas tôdas as consultas. A Côrte nem mesmo cuidou de verificar "antes de tudo se o pedido de parecer... se relacionava ou não com uma questão jurídica já surgida entre dois ou mais Estados", tal como exige o art. 82 do seu Regimento.

É certo que um dos *consideranda* que precedem a resolução adotada pela Assembléia Geral se refere em termos precisos ao que aconteceu em certas reuniões do Conselho de Segurança, mas, se as perguntas formuladas permitem uma resposta completa, a Côrte não fica presa a meros *consideranda*.

Por outro lado, mesmo se a Côrte quisesse tomar conhecimento dos fatos, ela não seria submetida a limitações e poderia informar-se de modo total e não fragmentário. Eis porque o Secretário Geral enviou à Côrte não só atas das três reuniões mencionadas, mas também uma documentação copiosa, da qual se serviu igualmente o Secretário-Geral Adjunto Encarregado do Departamento Jurídico, em sua exposição oral.

Assim, o exame desses documentos, como também o de outros dados de que pudemos tomar conhecimento por mero espírito de investigação, ainda mais nos convence de que devemos proceder a um estudo puramente teórico das questões formuladas, de modo que a Côrte, sem levar em conta qualquer pessoa ou Estado, possa exarar um parecer cujas conclusões venham consequentemente a ser aplicáveis a qualquer membro da ONU.

Com efeito, examinando-se tôda a história do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral, nos dois anos decorridos desde o advento da Organização das Nações Unidas, pode ser visto que quase sempre têm sido empregados os mesmos argumentos e reproduzidas as mesmas críticas alternativamente pelos representantes de certos Estados que se encontraram, pela força das circunstâncias, em situações semelhantes àqueas a que antes se opunham.

A discussão que se iniciou no Conselho de Segurança em fins de agosto de 1946 pode ser mesmo comparada com a que se realizou naquele órgão em janeiro de 1946 — o que permitiu, por exemplo, a JOHN HOWARD enunciar a idéia de negociações em matéria de admissão de membros, isso quando ela ainda não chegara a ser formulada claramente no seio da Organização das Nações Unidas (*Yale Law Journal*, cit., pág. 1.031).

Mantendo-se fidelidade a um critério objetivo, poder-se-á empreender o exame de qualquer problema jurídico sem considerar os elementos políticos que o mesmo possa envolver, em maior ou menor proporção.

A exceção quanto ao alcance político de um caso é bem conhecida nos tribunais nacionais quando se trata de problemas decorrentes de ação discricionária dos governos, mas as Córtes dispõem sempre de meios seguros para rejeitar o *non liquet* e para agir na zona de transição que constituiu a fronteira entre o jurídico e o político, tratando de proteger os direitos individuais.

No meu país, um jurista eminente, que também foi membro desta Côrte, RUI BARBOSA, esgotou o exame do problema à luz do direito comparado (*Direito do Amazonas ao Acre*, Rio de Janeiro, 1910); a êsse propósito, é de especial interesse ver, por exemplo, como a Côrte de Washington vem fornecendo muitos subsídios úteis, isso desde o começo da independência americana, através a Guerra da Secessão, até aos acontecimentos de 1937 que se relacionam com a adoção do *New Deal* por FRANKLIN ROOSEVELT.

As decisões conhecidas sob o nome de *Insular Cases* motivaram apreciações de muita agudeza. C. F. RANDOLPH, por exemplo, observou: "Ruidosas questões políticas podem conservar essa natureza fora da Côrte, mas dentro dela se apresentam como simples questões judiciais" (*The Law and Politics of Annexation*, pág. 105).

Mas a possibilidade de uma separação dos dois aspectos é ainda admitida em outros países, cujos sistemas jurídicos são muito diferentes dos adotados na América. A tal respeito poder-se-ia citar a atividade do Conselho de Estado na França, cuja jurisprudência em matéria do contencioso administrativo amplia sempre o seu campo de ação.

Transportando-nos para o campo do direito internacional, verificamos antes de tudo que, à margem das aspirações e propósitos enunciados no seu Preâmbulo, a Carta da Organização das Nações Unidas acentua que a conciliação ou a solução de desacórdos internacionais ou de situações que possam levar a uma ruptura da paz deve realizar-se por meios pacíficos, em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional (art. 1.º, parágrafo 1).

A boa-fé, no cumprimento das obrigações assumidas segundo os termos da Carta, é também acentuada (artigo 2.º, parágrafo 2), assim como o dever, para o Conselho de Segurança, de agir em harmonia com os objetivos e os princípios das Nações Unidas (artigo 24, parágrafo 2).

Portanto, não se poderá negar que a Organização das Nações Unidas repousa essencialmente em bases jurídicas; a igualdade soberana dos Estados é regularmente limitada a fim de favorecer a concórdia entre os povos (C.P.J.I., Série B, n.º 13, pág. 22), e deve-se reconhecer que todas as nações, grandes ou pequenas, tiveram de aceitar limitações à sua atividade internacional.

Os atos mais tipicamente políticos, tais como o da declaração de guerra, ficam submetidos a medida "abortivas", engenhosamente entrosadas entre si; de outra parte, o poder de concluir tratados é claramente regulado (artigo 103).

Nessas condições, os poderes discricionários que são concedidos expressamente ou que possam filtrar-se através de flexibilidade de muitos textos, sempre esbarram em limitações e devem, além disso, ser exercidos tendo em vista os fins visados por essa ordem jurídica.

Eis porque o exame jurídico das questões pode ser estendido até a fronteira da ação política, embora ainda não se tenha alcançado a abolição total de casos *non justiciables*, como o desejariam grandes espíritos.

No caso presente, a questão jurídica está claramente delineada e a Côte pode decidí-la sem inquirir se nela se introduziram, ou não, disfarçados motivos políticos, exatamente como procedeu a antiga Côte no Parecer n.º 23:

"A Côte... é chamada a cumprir uma função judiciária, e... parece não haver por que discutir e aplicar princípios políticos ou teorias sociais..." (Série B, n.º 13, pág. 23).

4. Passando ao exame do caso particular e considerando como afastada a noção da universalidade da ONU, ideal ainda não transformado em regra normativa quanto à aceitação de novos Membros, é preciso inicialmente verificar se existe, ou não, um direito subjetivo a ser admitido nessa sociedade internacional.

Para justificar uma resposta afirmativa, tem-se mesmo proposto que seja aplicada a noção de obrigação em favor de terceiros, noção essa adotada não somente por diversos tratados, mas também por vários agrupamentos internacionais, como o da propriedade industrial, ao qual todo país tem a liberdade de aderir, bastando tal adesão para que êle comece a ter direitos e a assumir obrigações.

Mas aqui não se trata de um ato unilateral e, sim, de ato claramente bilateral, que só se completa quando aceito o pedido de admissão pelos órgãos principais da ONU.

Só para o solicitante à espera da aceitação é que de início importa em obrigações tal pedido de admissão e, ainda que êste se baseie na existência das qualificações requeridas pela Carta, o próprio candidato não pode ser o juiz do preenchimento das condições a que se refere o artigo 4. Isso incumbe à ONU, que pode, ou não, aceitar a proposta, num julgamento de valor que é da sua exclusiva atribuição.

Não se trata, pois, de um direito, mas de um simples interesse, o qual pode, no entanto, ser transformado ulteriormente pelo julgamento da matéria.

As condições de admissão foram fixadas deliberadamente de forma tão ampla e tão flexível que daí resulta muito de arbitrário nas recomendações e decisões a tal respeito.

Seria difícil dizer que qualquer uma das condições requeridas tenha caráter puramente objetivo, suscetível de uma apreciação algébrica; e não obstante o valor atribuído à palavra "julgamento", é precisamente no que concerne à índole pacífica de um Estado que se abriu um largo crédito às considerações políticas dos que devem pronunciar-se.

Motivos de toda a espécie que podem aproximar ou afastar os homens e os países se infiltrarão nos interstícios remanescentes; todos os preconceitos e mesmo as aversões físicas encontrarão o meio de influenciar a decisão, seja por um ato de vontade ou seja até por ação do subconsciente; cada apreciação será psicológicamente determinada pelo critério que aplicará cada votante.

Seria vão exigir-se na prática que os representantes de Estados procedam exclusivamente em conformidade com preocupações de natureza ideal e abstrata, pois que toda organização social tem por base seres humanos, cujas virtudes e cujos defeitos de ordem individual ou coletiva são mais ou menos os mesmos.

A querela filosófica dos "universais" não tem conseguido, através dos séculos, dar outro alicerce aos agrupamentos humanos, não obstante o aperfeiçoamento de doutrinas nominalistas, realistas ou conceptualistas sobre a personalidade jurídica ou sobre a organização institucional.

Em suma, todos os elementos políticos intervirão para determinar o julgamento dos órgãos da ONU, quanto às qualificações requeridas pelo artigo 4 da Carta; assim, objeções que têm sido manifestadas com vistas à proteção dos direitos do homem, à atitude de países durante a última guerra, à extensão das relações diplomáticas, etc., podem, em princípio, justificar uma recusa ao pedido de admissão.

Da própria Conferência de São Francisco partiu o exemplo, quando aprovou por aclamação a proposta segundo a qual seriam considerados como carentes das condições requeridas aqueles Estados cujos governos fossem instalados com a ajuda de forças militares de países que houvessem lutado contra as Nações Unidas.

Foi evitada aí qualquer referência direta a instituições democráticas, seguindo-se mais ou menos os termos adotados na Conferência de Teerã, de 1943 (GOODRICH e HAMBRO, *Charter of the United Nations*, pág. 80), pelo receio de uma intervenção ou de uma simples ingerência nos assuntos internos de um país; mas, o próprio relatório, que exprimiu tais apreensões, não deixou de sublinhar que era possível a interferência de uma apreciação de tal ordem quando do julgamento sobre as qualificações exigidas (U.N.C.I.O., Comité 1/2, doc. 1.160, vol. VII, pág. 316).

5. Em contrapartida, tem-se de reconhecer que, ainda assim, foi limitado o exame das candidaturas, por determinarem-se as únicas exigências que um candidato deveria preencher; era o *minimum* considerado como necessário para evitar arbítrio do julgamento.

Portanto, a fórmula adotada se diferencia essencialmente da estabelecida na Liga das Nações, onde não se exigia nenhuma qualidade nem se previa investigação sobre o passado do candidato; este era apenas convidado a assumir um compromisso para o futuro, desde que desse garantias efetivas da sincera intenção de cumprir suas obrigações internacionais. Um regime mais restritivo e menos discricionário seria de maior conveniência para a ordem jurídica que o mundo estava desejoso de restabelecer, desde a declaração das Quatro Potências, de 1943, em Moscou, após a Carta do Atlântico.

Examinando-se a sistemática seguida, verificar-se-á ainda que os elaboradores da Carta de São Francisco, para ampliar toda enumeração de cláusulas, houvera por bem estabelecer faculdades expressas para certos casos; assim, foram ressalvadas exceções a respeito de questões importantes submetidas a decisão por maioria de dois terços (Carta, artigo 18, parágrafo 3), como sobre territórios a serem postos sob o regime de tutela (artigo 77), a participação na Corte de Estados não-Membros (artigo 93, parágrafo 2) e o julgamento fora das fontes do direito (artigo 38, parágrafo 2).

Mas o artigo 4 não comporta nenhuma exceção às condições claramente estabelecidas; quanto à ausência da palavra "*condition*" no texto inglês, isso não altera o regime, ao verificarmos que, em várias ocasiões, a mesma palavra, usada no mesmo sentido, corresponde em inglês ora a *condition* (Carta, artigo 93, e Estatuto, artigo 4, parágrafos 2 e 3, artigos 18 e 35) e ora a *qualification* (Estatuto, artigos 2 e 9).

O exame de todos esses documentos permite ainda verificar-se que a interpretação limitativa tem prevalecido na prática dos órgãos da ONU, onde os seus Membros têm levantado queixas recíprocas a propósito das exigências formuladas fora do quadro fixado pelo artigo 4.º. Entretanto, jamais se afirmou que um país preenchendo todas as condições legais poderia, apesar disso, não ser admitido, por falta de outras qualificações;

pelo contrário, sempre foi declarado que a inexistência de certas qualidades impedia o preenchimento das condições prescritas por um texto que não se desejava infringir.

E se eu não me encontrasse diante de uma questão abstrata e fosse obrigado, portanto, a entrar em exame de fatos, daria como não absolutamente provadas as alegações que pudessem servir de base à primeira questão.

6. Depois de se estabelecer que são fixas as condições requeridas, ainda se poderia perguntar se, embora admitindo a grande influência das razões políticas, seria possível — tendo em vista as conseqüências das doutrina da relatividade dos direitos já aceita pelo direito internacional (C.P.J.I., Série A, n.º 7, pág. 30 e n.º 24, pág. 2; e Séries A/B, n.º 46, pág. 107) — admitir uma espécie de censura para todos os casos em que houver, na apreciação das qualidades limitativamente enumerados, um desvio de poder que assumia caráter abusivo ou pelo menos anormal.

Toda ordem jurídica comporta limitações e é fundada sobre normas precisas que sempre estão prontas a reaparecer como o elemento constante da construção, tão logo seja transposto o campo de ação de critérios discricionários, adotados a título excepcional.

Tal observação esteia-se em raízes bem antigas da vida jurídica, as quais têm podido mitigar, através dos séculos, o adágio *qui suo jure utitur neminem laedit*.

O conceito do abuso do poder já se libertou presentemente das noções clássicas do dolo e da culpa; no último passo do problema, pode-se pôr de lado toda pesquisa de intenção, para se examinar somente o aspecto objetivo, isto é, presumindo-se que o direito em apreço deve ser exercido de acordo com os critérios de normalidade, tendo em vista o fim social da lei (v.g. Código Civil Suíço, art. 2; Soviético, art. 1, e Brasileiro, art. 160).

Até mesmo o arbitrário sofre restrições. Seria, sem dúvida, difícil fixar normas *a priori*, ainda que seja bem fácil figurar exemplos; poder-se-ia considerar a Suíça como um país não enamorado de um ideal de paz? O político poderia sobrepor-se ao jurídico a esse ponto extremo?

Num outro domínio, também seria cabível perguntar como se poderia manter a Organização das Nações Unidas se a reserva da Carta referente a assuntos ditos como domésticos não fosse sujeita a nenhum controle?

Mas aqui não haveria motivos a pesquisar, pois a Corte se encontra em presença de uma opinião teórica; em todo caso, a pesquisa seria tarefa bem difícil de realizar-se, porque os Membros votantes não são obrigados a confessar os seus motivos.

Por certo, se eles preferem declará-los, atitude sempre recomendável, os próprios Membros votantes é que permitiriam um exame das limitações, por transformar um ato abstrato em ato causal, como às vezes acontece em direito privado no que se refere a certos títulos de crédito, de maneira a abrir a possibilidade de um inquérito sobre a existência e

a verdade de uma causa qualquer. A *falsa demonstratio* pode assim viciar o ato jurídico quando o subordina a um certo motivo.

Tem-se sustentado, em verdade, que a declaração de motivos não é simplesmente um ato de cortesia, mas o cumprimento de um dever, a fim de que a Assembléia possa conhecer as razões de uma recomendação tendente à recusa. Mas, se a grande maioria dos Membros da ONU sustenta que a recomendação do Conselho de Segurança é uma condição *sine qua non* para a admissão de um Membro pela Assembléia, para esta seria inútil verificar as razões que teria tido o Conselho para não apresentar uma proposição favorável.

7. A consulta à Côrte não se limita a um ponto geral; contém igualmente uma questão particular, isto é, a hipótese em que um voto afirmativo seria subordinado à aceitação simultânea de outros Estados. É uma tal atitude tem sido argüida, em várias ocasiões, direta ou indiretamente, de maneira clara ou disfarçada.

Mas, não se trata de um simples exemplo ou corolário, que tornasse supérflua uma resposta especial; ao contrário, a segunda questão, por sua natureza intrínseca, não está inteiramente compreendida na primeira. Há uma transposição de plano, do individual ao coletivo, sem base jurídica quando já excluída a ação arbitrária, passando do exame das qualidades inerentes a um certo candidato a circunstâncias estranhas a êsse candidato e ligadas, em vez disso, a interesses de terceiros.

Se reconhecido que um Estado faz prova de possuir tôdas as qualificações requeridas, uma recusa ao seu pedido de admissão poderia mesmo ser considerada como violadora não somente de um simples interesse, mas de um direito já constituído, de vez que um julgamento consumado declarou ser plenamente cabível a aceitação do Estado.

As mais respeitáveis razões, como a que tem por fundamento a validade de um prévio compromisso internacional, mesmo se êsse compromisso obrigasse a todos os Membros da ONU, não poderia em nenhum caso justificar um tal abandono da regra jurídica por uma espécie de retorsão. Juridicamente, seria também anormal recusar-se a admissão para evitar uma injustiça contra terceiros ou para prevenir uma ação tida por arbitrária, como seria a de exigir compensação a um candidato.

8. Após ter situado a questão nos seus verdadeiros limites, um juiz terá cumprido o seu dever ao dar uma resposta jurídica, independente dos fatos e sem se pronunciar sobre a atitude adotada por êsse ou aquêlê Estado (C.P.J.I., Série B, n.º 13, pág. 24).

Agindo assim, não perturbará êle a atividade política dos órgãos responsáveis pela manutenção da paz, porque os elementos fundados sobre a oportunidade, manifestos ou ocultos, poderão sempre ser levados em conta ao ser feito uso razoável das largas possibilidades abertas pelo artigo 4 da Carta. Respeitar o direito não pode constituir-se jamais em causa de perturbação da harmonia internacional, nem abalar a vida de qualquer sociedade.

COMPETENCIA DA ASSEMBLÉIA PARA ADMITIR UM ESTADO NAS NAÇÕES UNIDAS

Parecer de 3 de março de 1950

Competência da Côrte para interpretar o art. 4.º, § 2.º, da Carta. Natureza da Consulta. Ausência de recomendação do Conselho de Segurança em matéria de admissão nas Nações Unidas. Competência da Assembléia Geral em matéria de admissão nas Nações Unidas, na falta de uma recomendação do Conselho de Segurança. Sentido da expressão "segundo recomendação do Conselho de Segurança". Interpretação de uma disposição de tratados, segundo o sentido natural e ordinário dessa mesma disposição inclusa no seu contexto. Trabalhos preparatórios. Interpretação segundo o sistema da Carta. Aplicação pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança do art. 4.º, § 2.º.

VOTO VENCIDO DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Lastimo não poder aderir à opinião da maioria da Côrte, pelos motivos que se seguem:

1. Primeiro que tudo, não posso aceitar a supressão do que considero a parte mais importante da questão submetida à Côrte.

Não se consultou à Côrte, de maneira geral ou absoluta, se um novo Membro pode ser admitido quando o Conselho de Segurança não re-

(*) A Assembléia Geral das Nações Unidas consulta a Côrte sobre a seguinte indagação:

— Poderá um Estado ser admitido como Membro das Nações Unidas, em virtude do artigo 4.º, § 2.º, da Carta, por decisão da Assembléia Geral, embora o Conselho de Segurança desaconselhasse sua admissão, seja porque o Estado candidato não tenha obtido a maioria indispensável, seja porque um Membro permanente tenha votado contra uma resolução tendente a recomendar sua admissão?

Contra os votos de ALVAREZ e PHILADELPHO, a Côrte pronunciou-se no sentido negativo.

a verdade de uma causa qualquer. A *falsa demonstratio* pode assim viciar o ato jurídico quando o subordina a um certo motivo.

Tem-se sustentado, em verdade, que a declaração de motivos não é simplesmente um ato de cortesia, mas o cumprimento de um dever, a fim de que a Assembléia possa conhecer as razões de uma recomendação tendente à recusa. Mas, se a grande maioria dos Membros da ONU sustenta que a recomendação do Conselho de Segurança é uma condição *sine qua non* para a admissão de um Membro pela Assembléia, para esta seria inútil verificar as razões que teria tido o Conselho para não apresentar uma proposição favorável.

7. A consulta à Córte não se limita a um ponto geral; contém igualmente uma questão particular, isto é, a hipótese em que um voto afirmativo seria subordinado à aceitação simultânea de outros Estados. E uma tal atitude tem sido argüida, em várias ocasiões, direta ou indiretamente, de maneira clara ou disfarçada.

Mas, não se trata de um simples exemplo ou corolário, que tornasse supérflua uma resposta especial; ao contrário, a segunda questão, por sua natureza intrínseca, não está inteiramente compreendida na primeira. Há uma transposição de plano, do individual ao coletivo, sem base jurídica quando já excluída a ação arbitrária, passando do exame das qualidades inerentes a um certo candidato a circunstâncias estranhas a êsse candidato e ligadas, em vez disso, a interesses de terceiros.

Se reconhecido que um Estado faz prova de possuir tôdas as qualificações requeridas, uma recusa ao seu pedido de admissão poderia mesmo ser considerada como violadora não somente de um simples interesse, mas de um direito já constituído, de vez que um julgamento consumado declarou ser plenamente cabível a aceitação do Estado.

As mais respeitáveis razões, como a que tem por fundamento a validade de um prévio compromisso internacional, mesmo se êsse compromisso obrigasse a todos os Membros da ONU, não poderia em nenhum caso justificar um tal abandono da regra jurídica por uma espécie de retorsão. Juridicamente, seria também anormal recusar-se a admissão para evitar uma injustiça contra terceiros ou para prevenir uma ação tida por arbitrária, como seria a de exigir compensação a um candidato.

8. Após ter situado a questão nos seus verdadeiros limites, um juiz terá cumprido o seu dever ao dar uma resposta jurídica, independente dos fatos e sem se pronunciar sobre a atitude adotada por êsse ou aquêlê Estado (C.P.J.I., Série B, n.º 13, pág. 24).

Agindo assim, não perturbará êle a atividade política dos órgãos responsáveis pela manutenção da paz, porque os elementos fundados sobre a oportunidade, manifestos ou ocultos, poderão sempre ser levados em conta ao ser feito uso razoável das largas possibilidades abertas pelo artigo 4 da Carta. Respeitar o direito não pode constituir-se jamais em causa de perturbação da harmonia internacional, nem abalar a vida de qualquer sociedade.

COMPETENCIA DA ASSEMBLÉIA PARA ADMITIR UM ESTADO NAS NAÇÕES UNIDAS

Parecer de 3 de março de 1950

Competência da Córte para interpretar o art. 4.º, § 2.º, da Carta. Natureza da Consulta. Ausência de recomendação do Conselho de Segurança em matéria de admissão nas Nações Unidas. Competência da Assembléia Geral em matéria de admissão nas Nações Unidas, na falta de uma recomendação do Conselho de Segurança. Sentido da expressão "segundo recomendação do Conselho de Segurança". Interpretação de uma disposição de tratados, segundo o sentido natural e ordinário dessa mesma disposição inclusa no seu contexto. Trabalhos preparatórios. Interpretação segundo o sistema da Carta. Aplicação pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança do art. 4.º, § 2.º.

VOTO VENCIDO DO JUIZ PHILADELPHO AZEVEDO

Lastimo não poder aderir à opinião da maioria da Córte, pelos motivos que se seguem:

1. Primeiro que tudo, não posso aceitar a supressão do que considero a parte mais importante da questão submetida à Córte.

Não se consultou à Córte, de maneira geral ou absoluta, se um nôvo Membro pode ser admitido quando o Conselho de Segurança não re-

(*) A Assembléia Geral das Nações Unidas consulta a Córte sobre a seguinte indagação:

— Poderá um Estado ser admitido como Membro das Nações Unidas, em virtude do artigo 4.º, § 2.º, da Carta, por decisão da Assembléia Geral, embora o Conselho de Segurança desaconselhasse sua admissão, seja porque o Estado candidato não tenha obtido a maioria indispensável, seja porque um Membro permanente tenha votado contra uma resolução tendente a recomendar sua admissão?

Contra os votos de ALVAREZ e PHILADELPHO, a Córte pronunciou-se no sentido negativo.

comendou a sua admissão. A consulta refere-se precisamente ao caso em que tal ausência de recomendação é devida a motivos bem especificados e cujo exame conduziria a duas questões inteiramente distintas — uma dizendo respeito ao duplo sentido, positivo e negativo, da palavra “recomendação”, e a outra relacionada com o problema do veto.

Embora de forma indireta, o pedido de Parecer não deixa de prever menos claramente a hipótese em que um candidato, havendo obtido sete votos afirmativos, recebeu manifestação negativa de um Membro permanente da Côrte.

Mesmo que se encare preferencialmente o objetivo prático da consulta, é-se obrigado a reconhecer que, sob êsse aspecto, as questões em tela se encadeiam e se condicionam segundo um processo correntemente adotado. No caso de considerar-se primeiramente a hipótese maior e de chegar-se, por exemplo, à conclusão de que o candidato pode ser admitido a despeito de um pronunciamento contrário do Conselho de Segurança, *tollitur quaestio*; mas, no caso oposto, a hipótese menor não estaria prejudicada.

Portanto, a omissão de palavras e até de frases inteiras não se justifica pela consideração de que seriam supérfluas e não modificariam o alcance da consulta, pois nela figurariam a título meramente explicativo.

2. Se postos de lado os motivos que conduziram à ausência de recomendação, temos de nos defrontar com fatos cuja importância não poderia ser minimizada.

Com efeito, é fácil ver que a proposição primeira da República Argentina não fazia qualquer referência aos casos de oposição por um Membro Permanente; êsse ponto só veio a ser introduzido pela intervenção do delegado belga; finalmente, o delegado holandês propôs a inserção, como preâmbulo, da fórmula seguinte, cuja significação não se pode desprezar:

“A Assembléa Geral,

Levando em consideração os debates que o problema da admissão de novos Membros suscitou na Comissão Política Especial, ao curso da quarta sessão ordinária,

Roga à Côrte Internacional de Justiça dar um parecer consultivo sôbre a questão seguinte:”

O estudo desses debates mostra que muitos Estados, seja na citada Comissão ou seja na Assembléa, se referiram ao veto, de maneira contrária ou favorável. Alusões diretas ou indiretas à mesma questão também foram formuladas perante a Côrte por numerosos Estados.

3. Quanto à primeira questão, concordo plenamente com a maioria da Côrte, pois a intervenção sucessiva de dois órgãos num assunto qualquer não pode levar à conclusão de que a primeira fase seja negligenciável; ela é, simplesmente, inicial ou preliminar.

Entendo igualmente que não basta invocar um elemento de ordem histórica para infirmar uma conclusão precisa que resulta das circunstân-

cias. Por certo, houve a iniciativa de um delegado para chamar a atenção dos seus colegas sôbre o conteúdo da carta do Secretário do Comité Consultivo de Juristas, e foi decidido, sem qualquer oposição do Presidente, inserir-se a nova interpretação no Relatório do Comité II/I.

Mas tudo isso não justificaria a conclusão de que tôdas as delegações deram a atenção devida a uma tal modificação, quando é bem sabido que o valor dos trabalhos preparatórios, segundo os adeptos da sua utilização, é baseado sôbre a *voluntas legislatoris*, à qual não se atribui hoje em dia grande importância.

4. Assim, podemos passar à segunda questão, que é, aliás, muito mais complexa.

Antes de tudo, fere a atenção do intérprete a maneira inteiramente inusitada pela qual a Carta enfatizou os propósitos e princípios da Organização das Nações Unidas; pelo voto unânime dos seus signatários, acentuou ela que as obrigações assumidas pelos Membros devem ser cumpridas de boa-fé.

Eis porque a interpretação dos textos de São Francisco, deverá apresentar sempre caráter teleológico para atender às exigências da paz mundial, da cooperação entre os homens, da liberdade individual e do progresso social. A Carta é um meio e não um fim. E para chegarmos aos objetivos colimados, devemos buscar os métodos de interpretação que melhor possam servir à evolução natural dos anseios da humanidade.

Ainda mais que nas aplicações do direito interno, o sentido e o alcance desses textos internacionais devem aperfeiçoar-se incessantemente, mesmo que os seus termos permaneçam inalterados. Uma tal solução é admitida por toda espécie de dogmatismo jurídico e até mesmo pelos que sustentam a plena autonomia do direito, liberto de qualquer intervenção de forças, tendências ou influências alheias ao seu domínio próprio.

Assim, a interpretação literal não conseguirá prevalecer, ainda que se esconda por trás do sombrio *fiat justitia pereat mundus*; ao contrário, para que a humanidade floresça, devemos servir aos fins visados pela ONU.

6. Mesmo uma longa prática, que em geral fornece ao intérprete excelentes indicações, não pode criar obstáculo a uma exigência premente de ordem teleológica; aliás, no caso em apreço, essa prática não teria mais de quatro anos e não poderia mesmo apresentar caráter pacífico ou incontestado, em vista da oposição levantada desde o início por certos Estados, como a Argentina e Cuba, assim como a Austrália, num sentido todo especial.

Precedentes isolados ou repetidos, anteriores ou posteriores à formulação da consulta, não podem assim impedir que um órgão, embora seja ele o autor dos mesmos, procure determinar em que medida tais precedentes possam ser juridicamente invocados. Ante a insuficiência de um processo conciliatório, como, por exemplo, o de remeterem-se as candidaturas a uma reconsideração, é aceitável que se busquem outros meios mais enérgicos, mas é necessário verificar-se preliminarmente se êles são legítimos.

Sempre é tempo de se voltar atrás. Vê-se, por exemplo, que os esforços da República Argentina malograram uns após outros, até quando, sob a pressão de reclamos que a ONU foi chamada a satisfazer, houve a possibilidade de reunirem-se quarenta e dois votos, muito embora essa maioria se tenha formado somente para elucidar as dúvidas expressas por um Membro da Organização e mesmo que ela não implique em adesão aos argumentos expedidos por tal Membro. Mas, isso também não constitui um motivo para não se responder à consulta.

É igualmente supérfluo invocar textos de um regimento interno, que não pode entrar em conflito com a lei, da qual é mero complemento; na verdade, êsses textos limitam-se a confirmar uma prática, cuja força acabamos de ver.

6. No domínio da exegese, tendemos freqüentemente a permanecer no quadro de uma questão preliminar; é o que se observa no caso presente, quanto à capacidade que o órgão ao qual incumbe decidir teria de examinar a validade da intervenção de um outro órgão que conduza a primeira fase do processo. Nessa ordem de idéias, pode-se procurar erigir como regra natural a separação completa das atividades, de maneira a limitar a tarefa do segundo órgão ao exame do aspecto puramente formal da "recomendação". No caso presente, por exemplo, tudo dependeria do fato de ter sido empregada ou não a palavra "recomendação".

Não posso aceitar um critério tão rigoroso, ainda mesmo que não seja cabível invocar por analogia a prática interna de países que adotam o controle judiciário da inconstitucionalidade das leis, inclusive dos defeitos verificados no processo de elaboração das mesmas leis, como, por exemplo, um erro no poder da iniciativa atribuído a uma determinada Câmara, a ausência de *quorum* constitucional, etc..

Só um exagerado respeito à forma poderia atribuir-lhe prevalência sobre a substância.

7. Ao contrário, deve-se de início rejeitar a separação absoluta entre o voto e a recomendação; isso corresponde mais a uma briga de palavras do que a uma diferença essencial.

Não há duas deliberações, nem mesmo fins diferentes a atingir, pois de outro modo se chegaria ao absurdo de admitir que, não obstante a unanimidade ou a maioria qualificada do artigo 27, parágrafo 3, o Conselho de Segurança poderia, ainda assim, recusar-se a fazer uma recomendação explícita, sob pretexto de uma simples interpretação do seu voto.

O voto é a fonte única da recomendação, que dela não se pode afastar; portanto, temos que nos ater aos dados reais do problema e não ao teor do documento de transmissão, ou mesmo ao nome ou título que lhe foi atribuído, desde que tal documento contenha todos os elementos essenciais à decisão a ser tomada pelo órgão competente para êsse efeito.

8. Preliminarmente, deve-se observar que a Assembléia Geral, sob reserva das exceções expressas (art. 12), ou implícitas (arts. 5, 32 e 83, e 35 parág. 2), do Estatuto da Corte, conservou um direito de zelar por tôdas as coisas da ONU, direito êsse estabelecido pelo artigo 10 da Carta, cujo alcance geral foi confirmado pelo artigo 11, parágrafo 4.

A faculdade de discutir as questões relativas aos poderes e funções de qualquer dos outros órgãos justifica, em princípio, que a Assembléia examine a legitimidade de um ato do Conselho de Segurança, do qual recebe relatórios ordinários e especiais (art. 24, parág. 3). Essa intervenção é ainda mais explicável quando se trata de um ato preliminar, após o que a Assembléia desempenha o papel principal e final, o que lhe permite apreciar todo o procedimento anterior.

O atributo de necessidade concedido nesses casos às recomendações do Conselho não é, de maneira nenhuma, incompatível com um caráter processual; muitas vezes o esquecimento de certos atos de processo que têm um fim específico acarreta a nulidade da decisão final, seja qual for a Corte.

9. Pode-se ainda observar facilmente que a Carta atribuiu ao Conselho de Segurança uma espécie de dupla personalidade. Por um lado, conferiu-lhe uma série de funções que êle exerce com plena autonomia e sem sofrer qualquer interferência, podendo mesmo fazer as vezes da Assembléia, como no caso das zonas estratégicas; por outro lado, é posto em pé de igualdade com os outros órgãos deliberativos da ONU.

Assim, à margem das graves medidas que pode adotar sem ficar sujeito ao controle de qualquer outro órgão, o Conselho trabalha, fora da sua atividade específica, como agente preparatório nos casos em que a decisão incumba à Assembléia. Há, por exemplo, "recomendações" do Conselho de Segurança dirigidas à Assembléia em casos em que esta deva decidir (art. 4.º), suspender (art. 5.º), excluir (art. 6.º), determinar (art. 93), nomear (art. 97) ou adotar (Estatuto da Corte, art. 69).

Portanto, ao menos nesse segundo plano, não se poderia considerar como aplicável sem condições a regra pela qual incumbe a cada órgão adotar a interpretação que prefira no que tange ao uso dos seus próprios poderes; aliás, tal regra, que jamais poderia autorizar ação arbitrária, decorre, *a contrario sensu*, da mesma fonte débil já mencionada, ou seja, a rejeição de uma emenda no curso da elaboração da Carta. Ora, os mesmos trabalhos preparatórios revelaram que nesse caso também fôra previsto o surgimento de interpretações conflitantes do mesmo texto por dois órgãos; se tais conflitos permanecessem irresolvidos, a anarquia invadiria esta Organização, demasiadamente complexa para comportar a existência dentro dela de compartimentos estanques, a não ser a título excepcional e de qualquer modo transitório.

Assim, não obstante a ausência de um texto expresso e sem haver mesmo necessidade de invocar os poderes implícitos da Assembléia, é possível sustentar-se que esta possui uma certa autonomia para proceder a um exame prévio sobre o alcance das deliberações do Conselho que dizem respeito à admissão de Membros.

10. Antes de chegarmos ao fundo da questão do veto, impõe-se uma outra observação preliminar.

A Carta baseia-se no princípio da igualdade soberana (art. 2.º, § 1.º, e art. 78) cuja força pairava acima de qualquer dúvida quando os cinquenta Estados se encontravam em via de assinar o documento de São

Francisco; em sua grande maioria, não estavam eles presos a quaisquer compromissos, especialmente aos que teriam assumido as Potências sobre as quais recaiu mais pesadamente o esforço de abater o fascismo. De qualquer maneira, as outras nações que também participaram efetivamente da guerra e mesmo aquelas que haviam preferido a abstenção *de jure* ou *de facto*, podiam pactuar livremente, muito embora com o devido apreço à enorme contribuição que as Potências patrocinadoras prestaram à restauração da paz.

O art. 24, pedra angular da Carta, assinalou a alienação que as nações reunidas em São Francisco consentiram em fazer da sua liberdade, alienação que teria caráter definitivo ou perpétuo se não fora ressalvada a faculdade de se retirar. Com efeito, os signatários do Pacto outorgaram faculdades excepcionais ao Conselho de Segurança, que, em contrapartida, assumiu deveres cujo cumprimento exigiu, por seu lado, a concessão de poderes próprios e específicos, nitidamente determinados. Esta é a base de um sistema que tem procurado contrabalançar duas forças em jôgo: a igualdade soberana e o zelo pela segurança, para a preservação da paz mundial. Do exato equilíbrio entre essas forças dependerá a ação normal da Organização.

A concessão aceita pela maioria dos Estados acarretou para eles uma série de conseqüências, indicadas, por exemplo, nos arts. 25, §§ 2.º e 5.º, 43, §§ 1.º, 48 e 49. Mas, daí também resulta uma série de deveres para os Membros do Conselho de Segurança, especialmente para os que têm o privilégio de um lugar permanente.

11. Em todo caso, essa situação excepcional que constitui o apatâgio do Conselho de Segurança ficou vinculada aos meios especiais de vigilância em favor da paz, enquadrados nos capítulos VI a VIII da Carta; para incluir um caso esporádico que não se situava nesse campo, foi necessário estender ao capítulo XII a referência contida no art. 24, § 2.º.

Portanto, o conceito de segurança não se poderia impor com a mesma intensidade sempre que haja uma referência à ação do Conselho; pelo menos seria justificável uma gradação em face do texto capital em que se indicam tais poderes específicos (art. 24, § 2.º; ver também art. 24, § 1.º, *in fine*).

A *adiosa restringenda* deve ser invocada em homenagem a essa igualdade; de vez que os privilégios não podem ser interpretados de maneira extensiva, é necessário, conseqüentemente, examinar cada caso com tôdas as precauções, para verificar se foram ou não excedidos os limites mencionados acima e que caracterizam o aspecto de autonomia apresentado pela atividade do Conselho. O art. 25 nada mais é do que um corolário do mandato conferido e, portanto, não pode ter esfera de ação mais ampla do que a do texto que o precede. Também seria desnecessário relembrar as discussões e hesitações suscitadas pela aplicação desse texto, ainda mesmo sem se esquecer o indefectível recurso aos trabalhos preparatórios.

Mas, embora tal artigo não possa resolver definitivamente a questão, será sempre útil examinar-se o alcance do conceito de “decisão” que nele está contido. Tal conceito abrange igualmente as “recomendações”?

11. Não se pode esperar que a Carta seja um modelo de precisão e de técnica, já que resultou de um apressado ajustamento de peças fabricadas em muitas oficinas.

Sem dúvida, toda “recomendação” resultante de um ato de vontade pode ter apenas o valor de um mero parecer sem conseqüência, como pode assumir o caráter de uma determinação apoiada não só pela força moral inerente ao órgão que a pronunciou, mas ainda por sanções indiretas.

É, portanto, impossível confundir as duas espécies; mas, se, pôsto de lado qualquer rigor lógico, chegássemos a conceder às “decisões” a categoria de um gênero, o característico específico das “recomendações” seria o de que elas não contém coerção no mesmo grau em que é prevista em várias disposições da Carta. As duas palavras foram mesmo empregadas uma após outra para marcar uma diferença de força na ação do Conselho de Segurança (art. 37, § 2.º, 39 e 94).

Mas seria desnecessário percorrer toda a gama de “recomendações” do Conselho de Segurança para apurar se há ou não exceções às quais seria aplicável o art. 25. De qualquer maneira, tem-se quase de reconhecer, *a priori*, que esse artigo não pode ser aplicado a “recomendações” endereçadas por um órgão a outro, pois que os Membros da ONU não são nesse caso chamados diretamente a exercer uma certa ação.

Trata-se, pois, de simples recomendações compreendidas no “sentido habitual do termo recomendação, sentido que esse termo conservou na linguagem diplomática, tal como o atesta a prática das Conferências Pan-americanas, da Sociedade das Nações, da Organização Internacional do Trabalho” — eis o que foi dito por sete juizes desta Corte ao ser julgada a exceção preliminar no caso do Canal de Corfu (C.P.J., *Anais*, 1947-1948, pág. 32).

13. O que importa realmente é verificar se a palavra “decisão” tem o mesmo sentido nos arts. 25 e 27, pois bem poderia ocorrer que, negando-se caráter compulsório às “recomendações”, se considerasse necessário aplicar-se a regra da unanimidade para que essas “recomendações” fossem adotadas. Então, “decisões” no sentido do art. 25 não constituiriam “decisões” no senso do art. 27, em que a mesma palavra teria significado mais amplo. Mas, para se chegar a essa conclusão, seria forçoso abandonar a exegese literal dos textos.

Aliás, o Conselho de Segurança deu o primeiro exemplo de abandono formal dos textos, ao considerar, reiteradamente, que abstenção durante a votação era compatível com o fato de que o art. 27, § 3.º, exige os sufrágios de todos os Membros Permanentes — e isso ainda que tais Membros estejam no desempenho dos seus deveres e agindo no caso em nome de terceiros (art. 24, § 1.º). Entendeu-se que se tratava, mesmo assim, de uma faculdade criada para atender exclusivamente ao interesse do votante e que, portanto, poderia deixar de ser exercida, em virtude do velho adágio *inuito beneficium non datur*.

Depois de tôdas essas dificuldades, jamais se poderia chegar a incluir as “recomendações” no conceito de “decisão”, salvo quanto aos casos contidos nos capítulos que menciona o art. 24, § 2.º, sobretudo se a reco-

mendação é dirigida precisamente ao órgão que deva pronunciar a única "decisão" na matéria.

14. Mas, se considerarmos que as "recomendações" fora do domínio específico da ação do Conselho não se enquadram no art. 27, qual poderia ser o sistema de votação a que estariam submetidas?

A regra clássica do direito internacional que exige a unanimidade dos votos já foi rompida, e isso não só nos acordos regionais das nações americanas (vide Tratados do Rio de Janeiro e de Bogotá, 1947/1948); a própria Carta a rejeitou até nos casos mais importantes (arts. 108 e 109, § 1.º).

A maioria de sete votos pode ser considerada pelo intérprete como a que melhor corresponde ao sistema da Carta, porque a maioria simples constitui uma exceção para o caso exclusivo da eleição dos juizes (Estatuto, art. 10). Tal solução não é inconciliável com as disposições do art. 18, que exige maioria qualificada para o voto na Assembléia, maioria essa, aliás, que não apresenta nenhuma analogia com o direito de veto, caracterizado como um privilégio individual. Além disso, o art. 18 denuncia uma certa hesitação na escolha das matérias a serem decididas por maioria de dois terços — incluindo-se entre elas questões orçamentárias, mas ficando de fora a nomeação do Secretário-Geral.

Sem dúvida, para chegar-se a uma tal conclusão é necessário ampliar o campo da analogia. Mas, no meu entendimento, seria muito mais temerário generalizar uma regra excepcional, adotada penosamente, como se vai ver adiante.

15. Se, entretanto, nos recusássemos a admitir qualquer outra regra geral de votação que não seja a do art. 27 e fôssemos obrigados a submeter o caso de admissão ao quadro rígido desse texto, não se chegaria a uma solução diferente, a menos que nos aferrássemos, só desta vez, ao senso literal dos termos.

O volume II dos trabalhos da Conferência de São Francisco fornece indicações muito precisas sobre a fórmula de Yalta, cuja adoção assumiu um tom quase dramático. Frequentes e enérgicos apelos tiveram de ser feitos pelas Potências patrocinadoras e, mais de uma vez, foi invocada a memória do Presidente Roosevelt. Propósitos de moderação, de sabedoria, de discreção no emprego do veto, sem qualquer abuso, foram manifestados perante o Comitê III/I.

A grande maioria que se opunha ao privilégio consentiu, afinal, em pronunciar voto favorável ou em abster-se, mas não sem revelar as razões extremas que a conduziram a essa capitulação, como, entre outras, a de que um alto preço devia ser pago para evitar que se tornasse impossível a criação da ONU. Alguns Estados explicaram mesmo que se submetiam na esperança de que o regime de votação viria a abrandar-se, quando do exame dos textos relativos ao processo de revisão da Carta, esperança essa que se frustrou mais tarde.

Aceitando uma tal abdicção, os signatários da Carta não se esqueceram de expressar a sua confiança em que as Grandes Potências usariam

com moderação os poderes excepcionais que elles se resignavam a conferir-lhes.

16. O intérprete não pode alhear-se de tais elementos ao estudar as conseqüências a extrair de propósitos e princípios que são a tóda hora invocados.

Mas não é tudo. Num dado momento, as delegações que se opunham à fórmula de votação expressaram de maneira nítida as suas objeções e solicitaram às Potências patrocinadoras que respondessem a um questionário. É preciso acentuar, de passagem, que as questões formuladas, assim como as emendas propostas por diversos países, até mesmo pela França, antes de aderir à fórmula de Yalta, se limitavam a dar o mesmo sentido à palavra "decisão" nos textos dos atuais arts. 25 e 27, ou, mais claramente, a excluir do voto privilegiado as "recomendações" feitas no campo do Capítulo VI. Quanto às atribuições conferidas ao Conselho fora de sua própria esfera de atividade, não há indício de que se tenha pensado em lhe aplicar a fórmula de Yalta.

A resposta ao questionário revestiu-se de caráter solene; além de ser uma nova afirmação de intenções imparciais, esse documento constitui a base de qualquer exame do problema.

Pouco importa que ele não tenha sido votado formalmente ou que não tenha adquirido o valor de um pacto. Não se pode contestar que essa resposta foi o instrumento que permitiu a formação, embora a contragosto, da maioria necessária à adoção da fórmula de Yalta. Várias delegações fizeram reservas quanto aos termos desse documento, que não lhes deu plena satisfação, especialmente pela resposta à única questão apreciada. Mas é incontestável que os signatários do documento se comprometeram, fixando o verdadeiro sentido da mencionada fórmula; aliás, elles não se cansam de invocá-lo e de lhe acentuar a força.

Deve-se notar que não se trata de um elemento ordinário dos trabalhos preparatórios, que muitas vezes se prestam a utilizações contraditórias, como uma arma de dois gumes.

Quatro juizes desta Corte já observaram o seguinte:

"Sem querer examinar nem apreciar de um modo geral se é justificável recorrer-se aos trabalhos preparatórios para interpretar um tratado, deve-se admitir que, se existe um caso no qual se torna cabível tal prática, é aquêle em que os negociadores do tratado expressaram, numa resolução interpretativa ou numa disposição análoga, sua nítida intenção quanto ao senso atribuído a um artigo do tratado (C.I.J., *Anais*, 1947/1948, pág. 87).

No caso presente há muito mais: foi estabelecido um entendimento preliminar para se sair do impasse verificado no próprio âmago da Carta, como bem se salientou no Comitê III/I. O que resultou desse entendimento não foi a expressão de um pensamento individual, mas a fixação

do valor de certas palavras, a fim de encontrar-se um divisor comum ou uma só linguagem.

17. As partes estavam assim preparadas para fixar a noção de "processo", à qual era, sem dúvida, possível atribuir por acôrdo um sentido particular, mais ou menos afastado da acepção corrente e tradicional, a fim de caracterizar um sistema de escrutínio inteiramente nôvo.

Em vista dessa fixação, aplicou-se o chamado método dos "resíduos", definindo-se os casos em que seria exigido o acôrdo pleno das Cinco Potências; por eliminação, restam os casos de procedimento, escolhidos por um sistema oposto ao que parecia indicar a leitura dos textos propostos e que finalmente prevaleceram (art. 27, § 2.º e 3.º).

Eis o método adotado na carta de 7 de junho de 1943 (U.N.C.I.O., vol. II, pág. 754), cujos signatários declararam que o Conselho de Segurança

"no desempenho de suas responsabilidades relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, deverá exercer duas grandes categorias de funções".

Em seguida, explanaram a natureza das providências a serem tomadas para solucionar as disputas, eliminar as ameaças à paz, etc., acrescentando:

"o Conselho deverá também tomar decisões de que não decorra a necessidade de tais providências. A fórmula de Yalta prevê que a segunda dessas duas categorias de decisão será regida por um voto de processo, isto é, o voto de sete Membros quaisquer. Quanto à primeira categoria, será regida por um voto qualificado..."

O que se disse não foi que as *questões de procedimento* seriam submetidas a um certo *quorum*, mas que um *voto de procedimento* seria aplicado às questões diversas das que acarretam medidas específicas, o que é uma coisa bem diferente, embora se afaste deliberadamente da letra dos textos.

18. Nessa famosa Declaração de São Francisco, as grandes Potências expuseram, em seguida, a necessidade de submeter-se ao mesmo voto qualificado as medidas que o Capítulo VI estabelece nos termos seguintes:

"A cadeia dos acontecimentos começa quando o Conselho decide fazer um inquérito ou determina que chegou o tempo de convidar os Estados a resolverem os seus desacôrds ou de endereçar recomendações às partes em causa".

Não se pode negar a justeza dessa argumentação, a despeito da forte oposição que ela provocou. Em verdade, a ação do Conselho de Segurança faz-se sentir por etapas, embora exija direção uniforme e sem solução de continuidade. Não seria desejável iniciar a marcha num certo rumo

e mudá-lo em meio do caminho, porque isso criaria conflitos, em vez de resolvê-los. Portanto, o sistema de voto deve aplicar-se a partir das primeiras medidas tomadas pelo Conselho, ainda que a título preventivo.

Eis a razão pela qual foi necessário adotar, no art. 27, § 3.º, a fórmula "as decisões sobre tôdas as outras questões", as quais estão sempre contidas nos limites acima indicados. Sem dúvida, o documento faz uma alusão pormenorizada a hipóteses de procedimento, invocando as situações compreendidas nos atuais arts. 28 a 32 e mesmo no art. 35. Mas isso é tão só a *título de exemplo*.

Fora dessa continuidade, não haveria razões suficientes para encarecer o valor da palavra "decisão" por tôda parte onde ela seja empregada; seria ficar em oposição ao sistema da Carta, ampliando a fórmula além dos limites do antigo Capítulo VIII das proposições de Dumbarton Oaks.

Na admissão do membros, a influência da segurança seria muito remota, mas, em compensação, os outros propósitos e princípios da ONU desempenhariam incontestavelmente um papel da maior importância. Poder-se-ia lembrar, de passagem, o fato de que vários Estados, em ocasiões diferentes, propuseram a aceitação de todos os candidatos sem discriminação, retirando, em troca, as objeções que antes haviam levantado.

A êsse propósito, não se deve considerar como de todo pertinente a assimilação da hipótese de admissão às de suspensão e de expulsão, sobretudo no que concerne à faculdade deferida ao Conselho de Segurança para restabelecer os direitos do membro suspenso pela Assemb'êia, pois se trata de um caso que apenas diz respeito a uma ação específica previamente iniciada pelo Conselho. Ao contrário, o art. 5, embora ressaltando essa atividade no quadro da segurança mundial, procura dar aos membros proteção contra um abuso de poder, proteção essa que é naturalmente dispensada quando se trata da reintegração de direitos — *sublata causa tollitur effectus*. Numa situação inteiramente fora do campo da paz, como a do retardo nos pagamentos, a suspensão do direito do voto não depende absolutamente da intervenção do Conselho de Segurança.

19 — Finalmente, não se deve esquecer que, após a laboriosa votação no seio do comitê, êste, por iniciativa do Comitê de Direção, cuidou da nomeação do Secretário-Geral. A êsse tempo foi argüido que se devia considerar a questão como prejudicada, em vista da distinção já feita entre substância e procedimento. Mas, sem dúvida, era tarde demais para mudar os dados já estabelecidos e transpor os limites acima indicados.

Entretanto, para se aceitar e generalizar uma tal solução, ter-se-ia de atribuir excepcional importância a um elemento dos trabalhos preparatórios, surgido em condições semelhantes, ou talvez piores do que as do caso inicialmente invocado, sem nenhum êxito, pela delegação argentina.

Com efeito, naquele caso como neste, tratava-se de uma alteração introduzida à última hora e somente mencionada num relatório do comitê, ainda que tal peça seja considerada como parte integrante do Relatório da Comissão, aprovado de afogadilho pelo plenário sem apreciação especial, tal como ocorreu, por exemplo, na matéria concernente

à retirada dos membros da ONU. Sem dúvida, caberia dizer que, no caso invocado pela República Argentina, o Comitê de Coordenação e o Comitê Consultivo de Juristas só podiam introduzir modificações de forma, porém, na verdade, o Comitê II/I, em vista de uma sugestão que poderia partir de uma fonte qualquer, havia deliberado no âmbito da sua própria competência, antes que o seu trabalho estivesse findo. Foi mais ou menos o que ocorreu no Comitê III/I, o qual, além disso, declarou nula e sem nenhum efeito a decisão que já havia tomado por grande maioria um órgão do mesmo nível, o Comitê II/I (U.N.C.I.O., Vol. II, pág. 575).

20 — Não há porque apreciar o valor de declarações e resoluções que não tiveram publicidade suficiente, das quais a Assembléia Geral não foi especialmente informada e às quais não se estendeu a ratificação dos Estados signatários.

Puder-se-ia apenas observar que o caso do art. 97 foi especialmente previsto na decisão de 13 de junho de 1945 ("U.N.C.I.O., loc. cit.") Portanto, seria aventuroso generalizar essa decisão.

O *criterium* adotado solenemente para caracterizar a palavra "procedimento" devia continuar sendo aplicado a outros casos, sobretudo quando nêles encontra melhor adequação. É exatamente o caso de admissão, no qual a complexidade do processo foi pôsto em grande realce pelas emendas introduzidas nos regulamentos internos do Conselho e da Assembléia, relacionadas com o reenvio de candidaturas a um novo exame e com a obrigação para o Conselho de apresentar uma exposição de motivos nos casos de não recomendação.

Essas modificações marcaram uma subordinação da qual não se encontra nenhum traço quando a atividade atribuída ao Conselho de Segurança se exerce no plano da sua competência principal e exclusiva.

21 — De todo o exposto, notadamente da aceitação pelos Estados da restrição contida no art. 24 e textos correlatos, parece resultar que o termo "decisão", como foi empregado no art. 27, não se pode estender a uma "recomendação" do Conselho de Segurança, dirigida a um outro órgão, ao qual se entregou a "decisão" de um certo caso, mesmo que a recomendação seja necessária. Mas, se se prefere que o art. 27 ultrapasse os poderes específicos do Conselho de Segurança, para incluir até a hipótese da admissão de novos membros, seria justificado considerar-se uma tal questão como dependente do "procedimento", uma vez assentada a técnica contida na explanação solene que as potências haviam apresentado de antemão.

Portanto se, na exposição de motivos apresentada pelo Conselho de Segurança, a Assembléia Geral verifica que o candidato obteve os votos de sete membros quaisquer do mesmo Conselho, poderá ela decidir livremente aceitar ou recusar um novo membro. Caso contrário, isto é, se a candidatura não obteve sete votos favoráveis, a Assembléia seria obrigada a reconhecer a recusa de recomendação, que impede qualquer deliberação de caráter final.

INDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

	Págs.		Págs.
A			
A QUESTÃO DA PROPRIEDADE DO MORRO DE SANTO ANTÔNIO — <i>Pedro Paulo da Rocha Bandeira</i> (Assuntos de Interesse Geral) ..	583	Castro Souza (Parecer) e Sérgio Ferraz (Visto a parecer)	193 e 200
ACUMULAÇÃO — De cargo de magistério militar com o de professor do Estado — <i>Pedro Paulo Cristóforo</i> (Parecer)	186	ARION SAYÃO ROMITA — Os loteamentos ante a legislação do Estado da Guanabara (Doutrina)	93
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — Conceito — <i>João de Oliveira Filho</i> (Doutrina)	44	ARNOLDO WALD — Do mandado de segurança contra atos do Poder Judiciário (Doutrina)	51
ANDRÉ DE LAUBADERE — <i>Traité élémentaire de droit administratif. Grands services publics et entreprises nationales.</i> — <i>Ebert Vianna Chamoun</i> (Nota bibliográfica)	394	AUTARQUIA — Imunidade tributária — <i>Guilherme Antunes Baptista</i> (Parecer)	202
ANTONIO CARLOS CAVALCANTI MAIA — Proventos de aposentadoria. Fiscais de diversões e jogos em cassinos e balneários (Parecer)	330	B	
— Servidores contratados sob regime trabalhista. Provento em cargo em comissão (Parecer)	343	BEM PÚBLICO — De uso comum. Utilização privada — <i>A. B. Coimbra Neto</i> (Doutrina)	35
APOSENTADORIA — Especial aos 25 anos de serviço. Funcionário ex-combatente — <i>Johovah de Andrade Carvalho</i> (Parecer)	342	— Havido por desapropriação amigável. Cessão a particular — <i>Sérgio Ferraz</i> (Parecer)	223
— Fiscais de diversões e jogos em cassinos e balneários. Proventos — <i>Antonio Carlos Cavalcanti Maia</i> (Parecer) .	380	— Imóvel. Dação em pagamento a particular. Excesso de valor — <i>Rocha Lagoa</i> (Parecer)	225
— Regularmente concedida. Irrevogabilidade, salvo no caso de reversão — <i>Petrônio de</i>		— Palácio Guanabara. Ação reivindicatória. Prescrição (1. ^a Vara da Justiça Federal) — <i>Comentário</i>	160
		— Postos de gasolina. Concessão para exploração. Proibição de transferência de contrato — <i>Rocha Lagoa</i> (Parecer)	250
		— Praias. Domínio da União e poder de polícia do Estado. Concessão — <i>Raimundo Faoro</i> (Parecer)	323