

NAÇÃO *e* DEFESA



Nova Ordem Jurídica
Internacional?

NAÇÃO E DEFESA

Revista Trimestral

Director

José Eduardo Garcia Leandro

Editora Executiva

Isabel Ferreira Nunes

Conselho Editorial

Helena Carreiras, Isabel Nunes, João Gomes Cravinho, João Marques de Almeida, José Luís Pinto Ramalho, José Manuel Pureza, Luís Medeiros Ferreira, Manuel Ennes Ferreira, Nuno Brito, Nuno Mira Vaz, Paulo Jorge Canelas de Castro, Rui Mora de Oliveira, Teresa de Sousa, Vasco Rato, Victor Marques dos Santos.

Conselho Consultivo

Abel Cabral Couto, António Emílio Sachetti, António Martins da Cruz, António Vitorino, Armando Marques Guedes, Bernardino Gomes, Carlos Gaspar, Diogo Freitas do Amaral, Ernâni Lopes, Fernando Carvalho Rodrigues, Fernando Reino, Guilherme Belchior Vieira, João Salgueiro, Joaquim Aguiar, José Manuel Durão Barroso, José Medeiros Ferreira, Luís Valença Pinto, Luís Veiga da Cunha, Manuel Braga da Cruz, Maria Carrilho, Mário Lemos Pires, Nuno Severiano Teixeira, Pelágio Castelo Branco.

Assistentes de Edição

Cristina Cardoso, Nuno Sampaio, Rosa Dâmaso

Colaboração

Ver normas na contra capa

Assinaturas e preços avulso

Ver última página

Propriedade e Edição

Instituto da Defesa Nacional

Calçada das Necessidades, 5, 1399-017 Lisboa

Tel.: 21 392 46 00

Fax.: 21 392 46 58

E-mail: idn@mail.idn.pt

<http://www.idn.pt>

Design e Assessoria Técnica

Rasgo, Publicidade, Lda.

Av das Descobertas, 17, 1400-091 Lisboa

Tel.: 21 302 07 73

Fax: 21 302 10 22

Composição, Impressão e Distribuição

EUROPRESS, Editores e Distribuidores de Publicações, Lda.

Praceta da República, loja A, Póvoa de Sto. Adrião, 2675-183 Odivelas

Tel.: 21 938 14 50

Fax: 21 938 14 52

ISSN 0870-757X

Depósito Legal 54 801/92

Tiragem 2 000 exemplares

O conteúdo dos artigos é da inteira responsabilidade dos autores

NAÇÃO *e* DEFESA



Nova Ordem Jurídica
Internacional?

Política Editorial

Nação e Defesa é uma Revista do Instituto da Defesa Nacional que se dedica à abordagem de questões no âmbito da segurança e defesa, tanto no plano nacional como internacional. Assim, Nação e Defesa propõe-se constituir um espaço aberto ao intercâmbio de ideias e perspectivas dos vários paradigmas e correntes teóricas relevantes para as questões de segurança e defesa, fazendo coexistir as abordagens tradicionais com problemáticas mais recentes, nomeadamente as respeitantes à demografia e migrações, segurança alimentar, direitos humanos, tensões religiosas e étnicas, conflitos sobre recursos naturais e meio ambiente.

A Revista dará atenção especial ao caso português, tornando-se um espaço de reflexão e debate sobre as grandes questões internacionais com reflexo em Portugal e sobre os interesses portugueses, assim como sobre as grandes opções nacionais em matéria de segurança e defesa.

Editorial Policy

Nação e Defesa (Nation and Defence) is a publication produced by the Instituto da Defesa Nacional (National Defence Institute) which is dedicated to dealing with questions in the area of security and defence both at a national and international level. Thus, Nação e Defesa aims to constitute an open forum for the exchange of ideas and views of the various paradigms and theoretical currents which are relevant to matters of security and defence by making traditional approaches co-exist with more recent problems, namely those related to demography and migratory movements, the security of foodstuffs, human rights, religious and ethnic tensions, conflicts regarding natural resources and the environment.

The publication shall pay special attention to the portuguese situation and shall become a space for meditation and debate on the broad choices which face Portugal in terms of security and defence as well as on important international matters which reflect on Portugal and on portuguese interests.

Editorial	5
Resumos	9
Nova Ordem Jurídica Internacional?	
Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias <i>José Joaquim Gomes Canotilho</i>	17
International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies? <i>Miguel Poiares Maduro</i>	27
Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens (Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco”) <i>João Carlos Loureiro</i>	43
A Responsabilidade Internacional do Estado: entre Codificação e Realidade <i>José Alberto Azeredo Lopes</i>	61
A Intervenção Armada e o Caso do Kosovo – Novos Elementos para a Construção de uma Nova Ordem Internacional? <i>Paulo Canelas de Castro</i>	75
A Nova Ordem Mundial e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: a Caminho de um Controlo da Legalidade? <i>Inês Folhadela</i>	135
Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução <i>Diogo Feio</i>	149
Uma Nova Ordem Jurídica Internacional? Novas do Sistema de Fontes. Contributos do Direito Internacional do Ambiente. <i>Mário João Fernandes</i>	181

Variações sobre a Nova Sociedade Civil Mundial. ONG's Internacionais: um Sujeito sem Personalidade...? <i>Ana Luisa Riquito</i>	203
Documentos	
Carta das Nações Unidas	241
An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping	254
Resolution 1199 (1998) Adopted by the Security Council at its 3930th Meeting on 23 September 1998	272
Resolution 1203 (1998) Adopted by the Security Council at its 3937th Meeting on 24 October 1998	277
Resolution 1244 (1999) Adopted by the Security Council at its 4011th Meeting on 10 June 1999	282
Recensões	
La Guerre au XXIe Siècle, de Laurent Murawiec <i>António Paulo David Silva Duarte</i>	293
Através das leituras	303
Abstracts	307

ERRATA

No N.º 95/96 o senhor General Abel Cabral Couto foi designado como **Professor Universitário convidado do ISCSP**, ao que acresce referir que o mesmo autor é **Tenente-General do Exército (Ref.)**.

Tendo iniciado as minhas funções como Director do IDN em 10 de Abril p.p., é com muita satisfação que apresento este Editorial pouco tempo após ter chegado. A questão em causa é que, há cerca de 10 anos, se tenta uma nova Ordem Internacional que não existe e que todos desesperadamente procuram. Nos últimos quatrocentos anos os diferentes Sistemas de Relações Internacionais foram sempre a consequência do reordenamento dos poderes e das vontades após guerras generalizadas que haviam destruído o Sistema anterior. Foi assim com o Tratado de Vestfália de 1648 (após a Guerra dos Trinta Anos), foi assim com o Congresso de Viena de 1815 (após a aventura napoleónica e a devastação que trouxe à Europa), repetindo-se o mesmo com o Tratado de Versalhes de 1919 (após a I Grande Guerra) e com os Tratados de Yalta e Postdam de 1945 (que prepararam o mundo para o período pós II Grande Guerra e que vieram a enquadrar a chamada Guerra Fria). Este último resultou, e sob o ponto de vista sistémico (sem qualquer julgamento ideológico) nem se pode dizer que tenha funcionado mal. Só que, se vivia num ambiente de competição permanente em todas as áreas fortemente cruzadista sob o ponto de vista ideológico, apenas permitindo a divisão de esferas de influência na Europa e que nesta se vivesse em paz, o que, sob a protecção da NATO, permitiu a recuperação da Europa Ocidental, a criação da CEE-UE, a sua consolidação e fortalecimento. Contudo o sistema rompeu, por incapacidade de competição de um dos contendores e o mundo socialista desvaneceu-se com a queda do Muro de Berlim e a implosão da União Soviética. Quer dizer que, sem ter ocorrido uma Guerra Quente, como as anteriores, a incapacidade de responder aos problemas económicos e sociais, o desequilíbrio científico, tecnológico e financeiro, demonstraram que o Sistema Socialista não era capaz de sobreviver. A Guerra das Estrelas de Reagan (com exigências financeiras e tecnologias enormes) e a Igreja Católica (no Leste Europeu) fizeram o resto.

Em termos de Sistema de Relações Internacionais o resultado foi exactamente igual às situações que referi de 1648, 1815, 1919 e 1945. Só que, dez anos após a implosão da União Soviética, o mundo não encontrou ainda

um Sistema novo, equilibrado e durável. Esta incapacidade e a eclosão de inúmeros conflitos regionais explica por que entre 1948 e 1988 apenas houve 13 Missões de Paz da ONU e entre 1988 e 2000 ocorreram (ou estão em desenvolvimento) 41. O mundo está desregulado. E a Nova Ordem Jurídica Internacional terá de vir a juzante do arranjo das vontades e das hierarquias do Poder. O que temos? Com que cartas jogamos?

- A existência da ONU como organização global e a afirmação de um sentido de responsabilidade mundial;
- Um desenvolvimento científico e tecnológico sem comparação na História da Humanidade;
- A (única) ideologia, a do Mercado e a Globalização, com todas as suas consequências;
- Uma única superpotência (os EUA) que não está interessada em aceitar de momento qualquer competição e que marca o jogo com as suas regras;
- Blocos regionais que se procuram organizar (UE, CEL, Japão e Sudeste Asiático, América do Sul), países que se querem projectar no século XXI (Brasil, China e Índia) abrindo hipóteses para acordos e acertos em todos os azimutes;
- A África Subsahariana em riscos de desaparecer sob o ponto de vista económico e social;
- Uma nova economia não tendo como base a produção mas sim os fluxos financeiros;
- A instabilidade e a insegurança crescentes que podem abrir caminho para novas Guerras Quentes, em que a destruição do ambiente está na primeira linha;
- A parcial alienação de direitos soberanos e a transferência de lealdades tradicionais para espaços alternativos de exercício da autoridade;

Assim, este número 97 da Revista “Nação e Defesa” dedica-se a esta problemática relativa à “Nova Ordem Jurídica Internacional” com diferentes e ricas abordagens, que o IDN regista com muito agrado. Creio serem textos de grande valor e utilidade.

Para terminar, apenas um ponto mais. Em todas as situações passadas que citei houve países abatidos e outros absorvidos. Por que razão? A construção da Nova Ordem Internacional poderá levar a que tal volte a acontecer tendo como base a lógica dos grandes espaços políticos, económicos, culturais, de defesa e segurança. Que países e por que razões poderão ser abatidos nessa Nova Ordem Jurídica Internacional que está agora em tentativa de construção?



Resumos

Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias, José Joaquim Gomes Canotilho, pp. 17-26

Pretende-se, neste trabalho, apresentar algumas dimensões problemáticas das intervenções humanitárias no contexto da sociedade de risco. Refere-se, em primeiro lugar, o paradoxo da racionalidade assente em dois postulados:

- 1) a utilização da tecnologia de altos riscos pretende ser racional relativamente aos objectivos a atingir;
- 2) ao mesmo tempo, é irracional em virtude da incontrolabilidade do sistema interactivo de agentes potencialmente causadores de catástrofes ecológicas. Alude-se, em segundo lugar, ao teorema de Popper quanto aos limites de predicabilidade quanto aos efeitos temporais da tecnologia militar de alto risco. A análise da estrutura do risco conduz-nos a discutir duas questões centrais: refacção do risco tecno-ecológico nos próprios causadores do risco; transformação do risco em estudo em protesto contra a intervenção humanitária em si mesmo.

A segunda parte do trabalho retoma um diálogo anterior com as instituições militares e procura recuperar o conceito de “Estado-Falhado” no contexto das intervenções humanitárias.

Comércio Internacional e Constitucionalismo: Amigos ou Inimigos?, Miguel Poiars Maduro, pp. 27-42

Este artigo aborda alguns dos desafios constitucionais gerados pelos processos de globalização e integração económica. Em particular, o artigo procura reconstruir os debates tradicionais que opõem a retórica do comércio livre à retórica dos direitos humanos e direitos sociais. O argumento central é o de que qualquer uma das noções de comércio livre ou comércio justo tradicionalmente defendidas desafia a autonomia constitucional de auto-determinação social de diferentes comunidades políticas. Nessa medida, a análise destas questões tem de ter lugar no contexto de uma perspectiva constitucional que seja, ao mesmo tempo, independente de uma hipotética, mas ainda inexistente, comunidade política global. O artigo descreve as várias formas de impacto constitu-

cional dos processos de globalização e integração económica e a necessidade de legitimar as novas formas de poder que deles resultam. Por último, o artigo termina produzindo algumas pistas para a construção de um novo quadro de análise constitucional que possa orientar as decisões político-normativas resultantes desses desafios.

Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens (Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco”), João Carlos Loureiro, pp. 43-59

O artigo centra-se na análise de algumas mutações da constituição no quadro de uma “sociedade de risco”. Por um lado, num tempo marcado pela “tecnociência”, recorta-se uma constituição à/da distância (*Fernverfassung*), discutindo-se os seus efeitos transtemporais e transterritoriais. Por outro, partindo da possibilidade de cortar o tradicional cordão umbilical entre Estado e constituição, defende-se a emergência de novos parâmetros constitucionais, nomeadamente de uma constituição mundial, num tempo em que tem de se tomar a sério o bem comum da Humanidade.

A Responsabilidade Internacional do Estado: entre Codificação e Realidade, José Alberto Azeredo Lopes, pp. 61-74

Antes limitado às questões ligadas ao tratamento dos estrangeiros, o direito da responsabilidade internacional foi evoluindo para o actual sistema “geral” que, potencialmente, cobre todas as relações de responsabilidade entre Estados. Neste processo, cabe destacar a importância da obra de codificação empreendida há mais de cinquenta anos no quadro da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas. De entre as questões mais importantes ali tratadas, destacam-se o consenso muito difícil relativamente a um regime agravado de responsabilidade, aplicável, por exemplo, nos casos de agressão, de violações graves de direitos humanos (como o genocídio) ou de violações graves do direito de autodeterminação dos povos. Finalmente, parece de criticar o excessivo desfasamento entre a realidade (nomeadamente, com a recente reentrada em liça das repúblicas armadas) e o projecto de codificação, que agora se aproxima do seu termo.

A Intervenção Armada e o Caso do Kosovo – Novos Elementos para a Construção de uma Nova Ordem Internacional?, Paulo Canelas de Castro, pp. 75-134

Os acesos debates que a intervenção da NATO no Kosovo suscitou – sobretudo centrados no problema da sua licitude à luz da Carta das Nações Unidas – poderão ter obnubilado o potencial jurídico-normativo de que o Caso do Kosovo é portador, e, em especial, a sua capacidade de contribuir para a reconstrução da Ordem Jurídica Internacional.

Tentar avaliá-lo, neste tempo porventura mais propício, porque mais distante do calor dos acontecimentos principais do Caso, parece supor, desde logo, a retoma do debate metodológico sobre o Direito Internacional. Daí que, inicialmente, se confronte a persistente proposta positivista com a tendência que, mais recentemente, defende a fusão do Direito Internacional com as Relações Internacionais. Se a primeira claudica perante as novidades da vida internacional e redonda na rigidificante denegação das expectativas que esta gera, a segunda não deve legitimar o apagamento da (réstia de) especificidade relativa do modo jurídico-internacional de pensar e intervir. Antes parece imperioso que a doutrina se concentre na busca heurística dos sinais normativos ou da mensagem jurídica que a riqueza do tempo e da realidade internacional coeva podem encerrar.

Por isso, se procura verificar se do Caso se podem extrair indicações relevantes quanto à questão da relação jurídica entre instituições internacionais na prossecução da paz e segurança internacionais, e, nomeadamente, entre a Organização das Nações Unidas e os organismos regionais (NATO, em particular). Embora não seja fácil identificar uma taxonomia “perfeita” de intervenções armadas já parece possível destriçar nove tipos principais de operações, em função dos critérios do envolvimento das Nações Unidas nestas operações de prestação de serviços públicos de segurança internacional e do controle que a Organização mundial exerce sobre outros actores intervenientes que com ela concorrem. A importância do Caso do Kosovo pode resultar da sua capacidade para se apresentar como precedente de um décimo tipo de relação, de um novo figurino de equilíbrio entre instâncias internacionais mais eficazes no domínio e a Organização mundial; pelo menos num primeiro estágio operacional da realização da intervenção armada.

Por fim, e a propósito do problema da alegada emergência da figura da intervenção humanitária, busca-se despistar, na prática internacional, as condições factuais ou jurídicas que a legitimem como derrogação mínima do princípio da proibição do uso ou ameaça do uso da força armada nas relações internacionais, ou como forma humanamente informada de assegurar a conciliação prática de tal princípio com o valor, finalidade e princípio jurídico, igualmente fundamental, de cada vez mais exigente protecção dos Direitos Humanos.

A Nova Ordem Mundial e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: a Caminho de um Controlo da Legalidade?, Inês Folhadela, pp. 135-148

A emergência de uma Nova Ordem Internacional, a partir do final dos anos 80, veio implicar um repensar da legalidade de actuação das organizações internacionais, nomeadamente a do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Variados exemplos de actuação do Conselho de Segurança levaram a que fosse considerado o Tribunal Internacional de Justiça, através do alargamento das suas competências e devido à natureza imparcial e independente do seu poder, como o órgão mais adequado para exercer qualquer forma de controle sobre as decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução, Diogo Feio, pp. 149-179

O texto em causa dá uma visão geral da evolução do Direito Internacional Penal durante o século XX, mediante a análise do Tribunal de Leipzig, do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, do Tribunal Militar para o Extremo Oriente, do Tribunal “*ad hoc*” para a Ex-Jugoslavia e do Tribunal “*ad hoc*” para o Ruanda. A preocupação fundamental foi a de realçar as diferenças quanto à origem, fundamento e actuação dos diversos tribunais, bem como a mutação que esta vertente do Direito Internacional foi sofrendo ao longo dos últimos anos.

De facto, actualmente, o conceito de soberania é entendido de uma forma relativa e o indivíduo é, claramente, aceite como um sujeito do Direito Internacional, com especiais deveres no que diz respeito ao Direito Humano.

O objectivo deste estudo foi o de sublinhar a evolução sentida no Direito Internacional Penal, assumindo-se o longo caminho que ainda se tem de trilhar, como se conclui da análise dos casos descritos e explicados.

Uma Nova Ordem Jurídica Internacional? Novas do Sistema de Fontes. Contributos do Direito Internacional do Ambiente, Mário João Fernandes, pp. 181-202

Não sendo certo que a nova ordem geopolítica internacional tenha sido capaz de dar origem a uma nova ordem jurídica internacional, é já possível encontrar indícios de mutação em certos institutos. É o caso do sistema de fontes de direito internacional, onde temos vindo a assistir a algumas alterações significativas em relação ao sistema clássico.

À semelhança do que se passa no ordenamento jurídico interno, também no campo do direito internacional público são certos ramos que prenunciam as inovações que mais tarde se transformarão em regra geral. Para dar notícia das transformações em curso no sistema de fontes do direito internacional, escolhemos o direito internacional do ambiente como ramo precursor de tais mudanças.

Variações sobre a Nova Sociedade Civil Mundial: ONG's Internacionais: um Sujeito sem Personalidade...?, Ana Luisa Riquito, pp. 203-237

A propalada erosão do Estado, manifestada pela sua auto-diluição em Organizações Internacionais e pelo aumento exponencial de Organizações Não-Governamentais, parece constituir uma das mais marcantes características da Nova Ordem Internacional. O artigo começa por analisar as origens, características e funções destas últimas, saudando a sua dupla capacidade de **actuação**, simultaneamente **operacional** e **normativa**, em domínios como os direitos humanos e o direito internacional do ambiente... Concentrando-se, depois, nas relações que formalmente lograram estabelecer junto das instâncias internacionais de decisão, nomeadamente as Nações Unidas, conclui que o Direito Internacional foi outorgando às ONG's uma plétora de **posições jurídicas subjectivas**, entre as quais se contam: direitos de participação e voto nos procedimentos de decisão de vários órgãos subsidiários e agências especializadas da ONU,

a possibilidade de intervirem como *amici curiae* junto de alguns areópagos internacionais, etc..

Teimosamente excluídas das páginas que a doutrina vai dedicando ao conceito de **personalidade jurídica internacional**, que, aliás, o positivismo, atribuía quase exclusivamente ao Estado soberano, não parecem restar dúvidas de que estas Organizações, não obstante a sua **origem privada e matriz nacional**, integram, hoje, a constelação dos sujeitos de Direito Internacional. O reconhecimento da sua **subjectividade internacional** é explicável e compagina-se com a evolução recente deste conceito que se flexibilizou, e se tornou gradual, admitindo variações de conteúdo, de acordo com a natureza da entidade em questão.

Sem negar o relevantíssimo papel desempenhado pelas ONG's como intérpretes privilegiados de uma nova *volonté générale* global, o artigo termina, apontando-lhes uma fraqueza congénita na sua falta de transparência, responsabilização e sobretudo na ausência de mecanismos contratuais, capazes de lhes conferir **legitimidade democrática**, em especial, num momento histórico em que os Estados das democracias liberais parecem poder adequadamente representar os seus povos, também na arena internacional.



Nova Ordem Jurídica Internacional?

Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco^{*}

Contributos para uma aproximação ao problema
do risco nas intervenções humanitárias

José Joaquim Gomes Canotilho

Professor Catedrático na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra

^{*} Tópicos para uma intervenção no Instituto Naval de Guerra em 2 de Fevereiro de 2001.

A) PROPOSTA DE LEITURA OU RISCO NAS INTERVENÇÕES MILITARES HUMANITÁRIAS

I – Intervenções humanitárias e paradoxo da racionalidade

Se, hoje, passados seis anos, nos perguntarem se o nosso texto de 1995 (portanto, antes da intervenção no Kosovo e da independência de Timor) continua válido, propenderíamos a dizer que sim, quer nas interrogações quer na consolidação de momentos essenciais do discurso. Mas há pontos novos a merecerem uma análise mais atenta. Um deles, ao qual vamos dedicar atenção mais imediata, é o que se relaciona com os **riscos da intervenção numa sociedade de risco**. Poderia pensar-se, observa pertinentemente François Ewald, a propósito do livro de Maurice Tubiana, *L'Éducation et la Vie*, (2000), que o risco seria, em primeiro lugar, um assunto de engenheiros (para o prevenir), de juristas (para imputar a responsabilidade) e de seguradores (para cobrir o seguro). Nada de mais incorrecto. Toma-se cada vez mais consciência de que o risco é, desde logo, uma categoria moral do mundo contemporâneo. Isto aplica-se, por maioria de razão, às decisões militares. Nas decisões militares – da guerra clássica às intervenções humanitárias – há sempre uma decisão no sentido de fazer ou não correr risco a si e aos outros. No plano das intervenções humanitárias, é incontornável que a bondade ou maldade das decisões, a bondade ou a maldade dos resultados, tem de tomar em consideração em que termos o risco corrido é aceitável ou inaceitável. O problema é que se há uma moral do risco esta pode e deve ser um padrão ético regulador das nossas acções e decisões, mas sem se tornar um factor decisivamente inibidor de acções que, à partida, estão vinculadas a valores humanos e morais intersubjectivamente universalizáveis (direitos humanos, direito à vida, direito a condições mínimas de existência). Como estamos num Instituto de Altos Estudos Militares, a precisão do tiro equivale aqui a um recorte rigoroso de categoria do risco no mundo-ambiente das intervenções humanitárias. Em primeiro lugar, as intervenções humanitárias, ao exigirem a utilização de modernas armas de combate, transportam **riscos técnico-ecológicos**. Desde logo, porque utilizam tecnologias com potencial alto de causação de danos catastróficos. Estas tecnologias podem, por conseguinte, conceber-se como sistemas, cujos componentes, estão estreitamente acoplados, revelam um raio ou espectro de acção particularmente intenso. É o caso de tecnologias cujo

funcionamento provoca a libertação de produtos ou efeitos tóxicos (armas nucleares, armas químicas, manipulações genéticas). A racionalidade do risco (e a moralidade ou a racionalidade implica uma dimensão moral) consistirá em evitar a libertação de efeitos tóxicos, ou, pelo menos, a libertação incontrolada de tais efeitos. Passa a ser corrente na literatura sobre a sociedade de risco a distinção entre *normal accidents* que podem sempre ocorrer e já ocorreram várias vezes e catástrofes provocadas pelas chamadas *high-risk-technologies*. Daí que também as intervenções militares, no âmbito das intervenções humanitárias, tenham de lidar com o chamado **paradoxo da racionalidade**: 1) a utilização de tecnologia de alto risco nas armas militares é **racional** relativamente aos objectivos que pretendem atingir; 2) ao mesmo tempo, é **irracional** em virtude da incontrolabilidade do sistema interactivo de agentes potencialmente causadores de catástrofes ecológicas.

A pergunta que gostaria de fazer aos auditores presentes é, portanto, esta: como resolver o paradoxo da racionalidade na utilização de armas de alta tecnologia potencialmente eco-catastróficas?

II – Intervenções humanitárias e dimensões temporais das intervenções militares

Outro ponto que gostaria de submeter à vossa apreciação crítica tem a ver com aquilo que poderemos designar por **limites de predicabilidade** quanto aos efeitos temporais da tecnologia de alto risco. No fim de contas, estamos confrontados com o **Teorema de Popper** sobre a indeterminabilidade do futuro. Toda a observação depende do saber e conhecimento e no decorrer do processo temporal são permanentemente incorporados novos dados, de modo que as decisões – e também as decisões militares – assentam sempre sobre dados fictícios e observações tornadas passadas em pouco tempo. É esta ineliminável selectividade do factor tempo que leva também a salientar a outra face do risco da alta tecnologia: os saberes actuais comportam sempre limites relativamente aos prognósticos sobre o potencial de riscos ecológicos.

III – Intervenções militares humanitárias e crises sócio-políticas

Tem sido salientado que as crises técnico-ecológicas provocam não raras vezes crises sociais. Transportando esta ideia para as intervenções mili-

tares humanitárias é legítimo afirmar que os protestos sociais contra a utilização de determinada tecnologia militar transforma-se em tópico de luta contra o sistema(s) que recorre a essa mesma tecnologia. Tornemos o discurso mais concreto, aludindo à actualíssima questão do urânio empobrecido utilizado na intervenção militar no Kosovo. O raciocínio presente na articulação crise técnico/ecológica/crise social, aponta para novas linhas de conflito, a saber:

- (1) refração do risco tecno-ecológico nos próprios causadores do risco;
- (2) transformação do risco sofrido em protesto contra a intervenção militar humanitária em si mesmo.

Os problemas que aqui insinuamos, há muito que foram analisados pelos autores interessados pela **estrutura do risco** na nossa sociedade. Salientemos as discussões estruturais mais importantes:

1) – *Desproporcionalidade custos/benefícios*

O cálculo de certos benefícios no domínio de tecnologias de alto risco não tem como referente uma pessoa ou grupo de pessoas concretas, embora, no fim do processo, venham a ser determinados círculos de pessoas e determinadas regiões aquelas que suportam os custos mais desproporcionados relativamente aos benefícios resultantes da utilização das mesmas tecnologias (residentes próximos de instalações de energia nuclear, vizinhos de grandes complexos químicos). O problema, no caso em concreto do Kosovo é, obviamente, o de fazer um difícil exercício de custos/benefícios tendo em conta a **humanidade da intervenção** e a **desumanidade ecológica** resultante das armas utilizadas na intervenção humanitária.

2) – *Diferenciação entre decisores do risco e sofrendores do risco*

Quem decide sobre o risco são uns; quem o suporta são outros. Isto significa que a decisão e os resultados da decisão não são convergentes nos planos espacial, temporal e social. No contexto das intervenções militares humanitárias é preciso levar a sério esta diferenciação, sob pena de as intervenções humanitárias militarmente apoiadas serem consideradas como imposições autoritárias de riscos ecológicos às populações existencialmente necessitadas da ajuda humanitária.

3) – *Responsabilidade pelos resultados danosos das intervenções militares humanitárias*

Associado ao problema do risco está o problema da responsabilidade, ou, melhor, o problema da imputação dos danos ecológicos (e não ecológicos). Se as investigações conduzirem à identificação do causador ou causadores dos danos ecológicos e essa identificação apontar para os decisores políticos do risco, temos pela frente um complexo problema de responsabilidade (ou de solidariedade) que pode conduzir a complexos problemas jurídicos, constitucionais e internacionais.

IV – A moralização da comunicação do risco

Se os tópicos anteriores sobre a estrutura do risco apontam já para o que designámos por novas linhas de conflito, falta ainda referir-nos àquilo que o sociólogo N. Luhmann designa por “*Angskommunikation*”, ou seja, comunicação de angústia. Mais tarde ou mais cedo, haverá alarme na sociedade, discussões sobre os culpados, canalização de protesto e movimentos de solidariedade. Neste contexto, compreende-se que a **comunicação do risco** (e eventualmente da catástrofe) deve ser moralizada. Como conceber esta moralização da comunicação do risco? Parece-nos que a resposta – tendo em conta o caso concreto das intervenções humanitárias – deve ter em conta três vectores:

1. *Risk-assessment*

O problema da aceitação social do risco começa, logo a montante, pela determinação do risco aceitável e do risco intolerável. É óbvio que aceitação e aceitabilidade do risco não são valores fixos, pois reclamam sempre uma articulação meios/fins, mas é indiscutível que se devem fazer esforços no sentido de “medir” o risco segundo preferências, urgências, valores, que não se reconduzem, como é óbvio, a uma medida fixa, mas que não podem ser ignorados pelos “decisores do risco”.

2. *Conhecimento científico-tecnológico*

Quando surge uma situação de conflito, há que convocar a ciência e a técnica para emitir um parecer sobre o problema. Também aqui, os resultados esperados podem ser os contrários àqueles que a confiança nos peritos justificaria. Perante os resultados, a percepção de erros e as infor-

mações provenientes de novos conhecimentos pode minar a confiança nos peritos, com a consequência de a autoconfiança perdida criar insegurança quanto aos objectivos globais das ajudas humanitárias.

3. *Comunicação/informação com os sofrendores do risco*

A perda de confiança nos peritos, e, consequentemente, nas informações da ciência e da técnica obriga a comunicação a aproximar-se dos lesados. A **aproximação da comunicação** significa, no fundo, aumento de informação, a selectividade dos riscos. A aproximação da comunicação é feita por quem? Pelas autoridades decisoras de acções de risco ou pelas autoridades do lado dos lesados? Em face da assinalagmaticidade dos conhecimentos, pertence às autoridades decisoras, em virtude da mais valia dos seus conhecimentos, prestar informações sobre os resultados laterais da utilização de armas de alta tecnologia e reconhecer, de antemão, que os resultados reais não podem ser totalmente controlados.

V – Contingência como momento da decisão humanitária

As considerações anteriores mostram que a incerteza é um ponto de partida necessária para a decisão de intervenção militar (com potencial ecocatastrófico) destinada a assegurar o êxito da intervenção humanitária. A decisão é, pois, impregnada de **contingência** – tudo pode ser de uma maneira ou de outra maneira. Seria trágico que uma intervenção humanitária se convertesse ela própria numa doença, a começar pela **doença do conhecimento**. Isto aconselha, a nosso ver, que as decisões de intervenção militar no contexto de intervenções humanitárias, devem reabilitar uma virtude que os filósofos e teóricos da política conhecem desde Aristóteles: a *prudentia*, ou seja, a capacidade de decisão racional em situação de incerteza.

B) SOBRE O CONCEITO DE “ESTADO-FALHADO” NO CONTEXTO DAS INTERVENÇÕES HUMANITÁRIAS

Outro dos pontos que no nosso diálogo com as instituições militares ficou obscurecido no primeiro trabalho sobre intervenções humanitárias ou ficou insuficientemente recortado, relaciona-se com os **pressupostos** ju-

rídicos destas intervenções. Não vamos fazer um levantamento destes pressupostos na sua globalidade. Talvez mereça atenção aquele que diz respeito à legitimidade das intervenções humanitárias no contexto do *failed State*. “Estado falhado-falido-faltoso”, talvez seja o que, no fundo, pretende significar a fórmula anglo-saxónica. Vale a pena, porém, sugerir uma visão mais rigorosa do problema, pois, é bom de ver, tocamos aqui numa das dimensões básicas do direito internacional, ou seja, a **soberania internacional** e **interna** dos estados.

Recortamos, para simplificação da exposição, as duas constelações principais no contexto das intervenções humanitárias:

- (1) O Estado **A** intervém no Estado **B** para libertar e salvar os seus nacionais, ameaçados na sua vida e existência colectiva (intervenção americana no Irão, em 1980, e, já antes, a intervenção israelita em Entebbe, no ano de 1976);
- (2) O estado **A** (ou grupos de Estados) intervém no Estado **B**, para proteger as próprias populações do Estado **A** e impedir a violação, por este, de direitos humanitários.

Interessa-nos sobretudo a segunda constelação porque é precisamente aquela em que um Estado (ou associação de Estados) intervém para salvar pessoas e grupos de pessoas relativamente às quais não tem uma responsabilidade de protecção directa, nem em termos jurídico-internacionais nem em termos jurídico-constitucionais. No entanto, a partir da Resolução 688 de 5-4-1991, referente à protecção das populações curdas e xiitas no Iraque, alicerçou-se uma “praxis militar” de patrulha regular que só remotamente se poderia reconduzir a uma autorização do Conselho de Segurança. Na intervenção no Haiti (em 1994) os Estados Unidos foram autorizados a intervir no sentido de dar reposta à democracia e proteger milhares de refugiados haitianos. O caso que decididamente aponta para uma nova forma de intervenção é o da Somália (1991). Com efeito, a Resolução nº 794 não invoca qualquer razão jurídica internacional inter-estatal, mas apenas os condicionalismos internos. Estaria aqui em causa não apenas a incontornável tragédia humanitária mas também o facto de a Somália não ter governo, um poder de estado juridicamente organizado segundo os critérios jurídico-internacionais. Tratar-se-ia, pois, de um caso típico de *failed State*.

O problema, como facilmente se intui, está aqui em recortar um *failed State* sabido como é que a intervenção militar onusina não foi um modelo de sucesso militar e, mesmo humanitário. Afigura-se-nos que devemos fazer apelo a duas exigências cumulativas: 1) incapacidade jurídico-internacional do estado em causa; 2) incapacidade jurídica interna do mesmo Estado. No plano jurídico-internacional, revela-se incapaz de apelar para outros Estados ou para a ONU a fim de acudir a situações humanitárias carecidas de auxílio inadiável ou para acordar no envio de forças de intervenção capazes de assegurar o mínimo de segurança interna. No plano jurídico-constitucional, ele não está em condições de cumprir as funções elementares de um Estado, impedindo a violência privada e monopolizando o poder de coacção física legítima. Não existiria, pois, nem unidade política, nem poder de decisão, nem regras jurídicas. Um simples território com população não é um Estado. No entanto, não se pode fechar os olhos a que existe um **sujeito de direito internacional** e que existe um **reconhecimento internacional** do mesmo Estado. Isso significa que o apelo à categoria de *failed State* deixa subentender que não é apenas o falhanço do Estado como Estado que está em causa, mas a incapacidade de garantir os pressupostos existenciais mínimos do seu próprio povo. Chegados aqui, é bem de ver que a **intervenção humanitária** apela para critérios materiais legitimadores da intervenção. Quais são esses critérios? Serão critérios jurídicos? As resposta não é fácil porque, de facto e de direito, podem existir situações muito diversas:

- os direitos humanos não são assegurados nem protegidos porque o Estado **não pode** (é “incapaz”);
- os direitos humanos carecem de protecção porque o Estado **não quer** (“é capaz mas não tem vontade política de resolver o problema humanitário”);
- os direitos humanos elementares são violados porque o Estado **quer** intencionalmente violá-los (pelo menos em relação a alguns grupos ou etnias).

Sob o ponto de vista jurídico-internacional, dir-se-ia que existiria ainda Estado, quanto mais não seja para afirmar duas dimensões ligadas à soberania e à independência, a saber: a proibição de ocupação por Estados ou forças estrangeiras e a proibição de anexação.

Como tantas vezes acontece, os políticos e os juristas fingem que ainda há uma subjectividade jurídica internacional. Mas porquê fingir quando dos

clássicos elementos tradicionais – soberania, população e território – só um deles permanece como suporte, já que de soberania não se pode falar e a população é desprotegida e aniquilada em vez de ser protegida e defendida? As interrogações talvez sugiram que há aqui um outro elemento a merecer particular atenção: o da **autodeterminação** do povo agredido. Como o caso de Timor demonstra, o argumento inicial da Indonésia radicava fundamentalmente numa ideia próxima do *failed State*. O abandono do território pelos portugueses equivaleria à ideia de “Estado falhado”. Esquecia-se deliberadamente que uma pré-condição essencial para a intervenção se afigurar com o mínimo de credibilidade, residia afinal no direito à autodeterminação do povo timorense (além, como é óbvio, da observância das regras de direito internacional). Mesmo a existir uma situação de *failed State*, a anexação violava o direito à autodeterminação. Se estas considerações estão correctas, então poderemos adiantar a seguinte proposta de trabalho sobre o *failed State* e as intervenções humanitárias. A subsistência do *failed State* como sujeito de direito internacional legitimará uma intervenção militar se e na medida em que essa intervenção militar ajudar à autodeterminação do povo do próprio *failed State*. A autodeterminação é uma pré-condição da reposição da estabilidade e da juridicidade estatal. A intervenção militar visará, assim, prosseguir duas valiosas finalidades jurídico-internacionais: garantir o direito à autodeterminação e promover a reedificação do Estado no plano jurídico-político interno e no plano jurídico-internacional. Se isto nos parece aceitável, faltará analisar um outro ponto de grande relevância quanto à legitimidade da intervenção. É ele o de saber quem tem o direito de realizar tal intervenção. Trata-se de uma complexa problemática que não será aqui analisada. Deixaremos apenas sugerido o caminho que exploraremos em futuros estudos: o carácter internacional das situações humanitárias torna as intervenções militares humanitárias um problema com as mesmas dimensões materiais da ameaça à paz e segurança internacionais. O problema estará aqui na rigorosa definição dos pressupostos da intervenção humanitária, sob pena de as intervenções humanitárias se converterem em acções de **polícia interna**.

International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies?

Miguel Poiares Maduro

Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa

The processes of legal and economic integration at a regional and global scale have created powerful legal and economic dilemmas. They challenge the paradigms of constitutionalism, including the State's monopoly of constitutionalism, the autonomy of national political communities and the traditional forms of participation and representation. They also require profound changes in the way in which we think and teach the law. The phenomenon of globalisation has promoted the inter-dependence of national political communities and destroyed the artificial boundaries upon which national constitutional democracies are found and from which derive their legitimacy. Many argue for the need to regulate such process of globalization and subject the forces that command it to some form of democratic control. Some conceive the developing forms of regional integration as new forms of governance which attempt to provide a regulatory and constitutional forum capable of controlling and legitimising the process of economic integration and globalisation. They can even be conceived as intermediary steps on the way to a global polity that may take the constitutional form tested in these regional systems. There are also those who propose far reaching models of democratisation of the global community to be undertaken, for example, through profound short and long-term reforms of the UN system. Finally, there are those who conceive the process of globalisation itself as an instrument of constitutional development and trust to principles such as free trade and non-discrimination the leading role in developing such global or international constitutionalism.

International trade law has taken a pivotal role in the discussions surrounding the legal and political form of the international society and in expressing the challenges brought by globalization to the State and its constitutionalism. Economic integration and free trade generate competition between the different national economic and legal systems. There are different economic and legal analyses praising or criticising such strategy of trade liberalization and its accompanying regulatory competition. There are also those that defend that the concept of competition among states itself is highly overstated and does not really fits with the reality of international trade and its impact on national economies. I will not be reviewing these different analyses in detail. I will assume, in any case, the free trade is generating forms of inter-dependence that, as I will explain, affect the constitutional autonomy of the different political communities and, at the same time, promotes the emergence of

a global political arena. There may be no doubt that, overall, free trade promotes efficiency and wealth maximisation. But, it is also not clear that all steps favouring free trade will produce more efficient or equitable solutions on the basis of existing alternatives. My assumption, at this point, is that whatever the final balance between regulatory and deregulatory approaches for international trade, global economic integration will develop inter-actions among the different national political communities and individuals leading to some forms of constitutional challenges on their degree of political self-determination. But, at the same time, this will generate claims of inter-dependence and shared social decisions. In other words, whatever the final framework for international trade it will be decided in an emerging global political arena. One of the aims of this essay is to identify this political arena, who governs it, and according to which rules. A second aim will be to highlight the constitutional nature of the challenge brought by international trade to the different national political communities. It is also worth noting that the development of international trade and economic integration will raise claims for some form of global distributive justice to complement the wealth maximisation arising from free trade. The gradual outcome will be the developing of global forms of political discourse and law making challenging State constitutionalism and requiring some of the instruments and theories of constitutionalism.

1 – THE INTERNATIONAL TRADE CHALLENGE TO CONSTITUTIONAL SELF-DETERMINATION

The best way to identify the challenge of international trade to the constitutional self-determination of national political communities is by reconstructing the well known debate between free trade and fair trade that is highlighted by the well known rhetoric of trade and human rights and, notably, trade and social rights. The starting point of the free trade vs. fair trade debate is the existence of different domestic social policies. Free trade advocates argue that such social policy differences cannot be used to restrict free trade. Fair trade advocates argue that free trade should only take place if those different social policies do not distort trade competition, therefore guaranteeing that free trade will not restrict the freedom of the different political communities to adopt different social

policies. In a context of free trade, the free circulation of companies, capital, products and services generates a process of regulatory competition among different polities: companies will move to where the regulatory environment is more favourable to their objectives (deregulation, lower taxes, financial incentives etc.); consumers, in turn, can choose among goods and services conforming to different regulations. As a consequence, regulations themselves will also be competing in the market. As stated before, there are many different economic and legal analyses praising or criticising such strategy of trade liberalization and its accompanying regulatory competition. Free trade advocates stress the efficiency gains derived from a better allocation of resources and the higher freedom of choice and lower prices available for consumers. Fair trade advocates point to the threat to the welfare State and the risks of a regulatory “race to the bottom”: companies will move to States with lower environmental, social, health or consumer standards and still benefit from the free trade of their products and services. They argue that either the different political communities should be authorised to restrict free trade if necessary to protect their social standards or there should be a level playing field whereby all parties participating in free trade will comply with a basic set of social rights. Free trade advocates, in turn, will argue that to authorise some countries to exclude trade from other countries on the basis of non-compliance with the former social policies corresponds, in effect, to authorise that country to impose its social policies on its trading partners and, in many instances, to use those social policies as a cover for economic protectionism. Furthermore, free trade economists normally argue that the best harmonisation of social standards will be that arising ex-post from the regulatory competition among the different social policies.

This summary of the predominant views of free trade and fair trade advocates already highlights two main types of arguments present on both sides of the debate: the first type of argument is based on the restriction imposed by either free trade or fair trade proposals on the freedom of some political communities to choose their own social policies (what I call social self-determination); the second type of argument is based upon the idea of fair competition which each side claims the other undermines.

In reality both of these levels of friction arising from divergent social policies in a context of free trade can be subsumed under the fear by the different political communities of losing the constitutional autonomy of

self-determining their social policies. The argument of unfair competition is either instrumental to the problem of social self-determination or requires, as the basis for the framing and discussion of free trade policy, common global values and a degree of social solidarity which could only exist in the context of a global political community. As things now stand there is no basis for a political contract at the global level and, as a consequence, the debate must focus on the best way to safeguard the constitutional self-determination of the different political communities. Fair traders say that free trade without a common level playing field forces some political communities to lower their social standards in order for their products and services to be competitive in the world market. Free traders will argue that fair traders are simply trying to impose their social standards on other countries by denying these countries access to market competition if they do not conform to those social standards. Both perspectives of unfair competition can therefore be reconstructed as focusing on the challenges to the constitutional autonomy of different political communities to exercise social self-determination and freely choose their domestic policies.

Trade liberalisation and the expansion of the global market means that more and more products and services from more and more States are competing in the same market. That competition indirectly affects the different regulatory frameworks to which those products are subject in their country of origin. Free trade generates competition between the different political communities' economic and legal systems subject to the goal of efficiency. Even if this economic competition is often highly over-stated the reality is that their simple perception constrains the normative autonomy of the different political communities. The extent to which the WTO case-law already embodies a notion of free trade rights as protecting the freedom of economic actors to choose among different regulatory systems can be disputed. But, even if legally an obligation is not imposed on countries to lower their social, environmental and consumer standards, economic competition opens their regulatory systems to competition and efficiency criteria, *de facto* subjecting normative ideals to economic competition. This affects their political autonomy in determining their social policies.

The debate on the social clause in the WTO context provides a good example. Fair trade advocates have been arguing in the academic and political debates in favour of some form of authorisation of non-discri-

minatory restrictions on trade with respect to social standards or, in the alternative, to establish minimum social standards to be complied with by all contracting parties of the WTO in order to benefit from free trade. However, all proposals favouring the establishment of a social clause in the WTO legal framework have so far proved to be unacceptable for an important number of States, mainly those whose comparative advantages result in great part from their lower social standards. For these contracting parties, the setting of a “level playing field” in the social sphere or the requirement to comply with different non-discriminatory social standards in order to be granted market access are seen as disguised forms of protectionism once they either lead to prohibit the entrance into a national market of products produced in accordance with different social standards or deprive those products from their competitive advantage. Therefore, those States would be forced to change their domestic social policies in order to gain access to the market of States with different social policies. In this way, fair trade policies can also be accused of affecting the constitutional self-determination of some political communities.

Fair trade advocates are right in noting that free trade challenges the autonomy of their political communities to determine their domestic policies. The problem is that the solutions they propose also challenge the autonomy of other political communities to determine their own policies. To be truthful, social activists and fair trade advocates present other arguments in favour of the conditionality of free trade upon certain social rights and policies. These are arguments derived from the independent value of social rights, which ought to be universally protected. The most critical views of trade liberalization and globalization oppose what they foresee as the subjection of regulatory ideals and human rights values to the market forces. The paradox is that defenders of trade liberalization and globalization see on this same process a tool for the promotion of human rights and will argue that there is no natural incompatibility between free trade and social rights. On the contrary, the economic growth, freedom and inter-dependence generated by free trade may be the more appropriate ground for the promotion of social rights. The key to unveil the reasons for such paradox lies in the fact that the notion of human rights is not enforceable in itself and requires a definition of the content of those rights. Where free trade advocates and free trade opponents disagree is on the definition of who should define what those rights are or, in alternative, on which definition of human rights should prevail.

The social rights rhetoric of fair trade advocates can only sustain itself if fair trade advocates are able to justify why their understanding of social rights should prevail over the different understanding of other political communities. The usual explanation is circular but apparently effective: such social rights are conceived as universal rights to be valid on all political communities. Therefore, they do not correspond to the imposition of the values of one political community over another but to values whose claim of legitimacy arises from a universal source, independent of all national and regional political communities. Such values and the rights flowing from them would be found in a trans-national link between the members of the different sub-global political communities. This trans-national solidarity would entail a criterion of distributive justice and fairness capable of legitimating uniform social rights. One may even partially accept some form of political relation between the citizens of the different sub-global political communities. However, such a theory of legitimacy faces serious problems when used to justify the conditionality of free trade upon the compliance by all countries with certain social standards. The establishment of global social standards which surpass the judgements of local political communities (State and regional such as the EU) can only be properly legitimised if the independent universal claim of legitimacy upon which they are based satisfies the conditions of a political community with a certain degree of solidarity that can be opposed to that of national or regional political communities. Many of the social rights advocated by fair traders have costs which would have to be shared by that global political community. If there is no global political community willing to share such costs and to figure out a criterion of distributive justice capable of supporting the application of those global social rights, then there is no reason why one perception of what social rights are should prevail over another. The same reasoning however does not apply to rights with no such costs and which can be constructed as necessary to the protection of constitutional self-determination.

At this point, what is clear is that what both sides of the free trade vs fair trade debate assume is that their judgment on the best balance between free trade and social rights ought to prevail. Since each side of the debate does not accept the requirements of a broader political community (including an agreement on a distributive justice criterion) the solution of this conflict cannot be legitimately subject to some form of universal criterion or global values (since there is no underlying global political

community capable of legitimating it). Instead, the different balances between free trade and social rights reflect themselves in different social policies of the different political communities, all of which present an *a priori* higher claim of legitimacy than that which can be provided by the rhetoric of either free trade or social rights without an underlying political community. It is on the conflicting judgments and claims of legitimacy of the different political communities that the debate on free trade vs fair trade must focus. Therein lies the real reason for the dispute.

Therefore, the problem of free trade and social policy is not about the rhetoric or the values that ought to dominate globalisation and trade liberalisation. There may actually be a world consensus on the protection of social rights and the promotion of free trade but there is no overarching consensus on the content of those rights and the rules of international trade that ought to control the choice among different conceptions of the social good. The real question to be faced concerns the choice of the process or institution which will balance the legitimate claims of different political communities to have their own judgments on the social good protected and the extent to which this constitutional self-determination of the different political communities ought and can be protected. It will be more useful if, instead of focusing on a largely inoperative rhetoric of human rights and globalisation, the debate would focus on the normative constitutional criteria that ought to be followed in making those difficult institutional choices.

2 – THE INTERNATIONAL TRADE CHALLENGE TO THE FORMS OF NATIONAL CONSTITUTIONALISM

A meaningful debate on international trade must depart from a analysis of the way in which free trade affects the constitutional definition of our political communities and the extent to which States and other polities (such as the EU) remain the primary form of expressing our individuals interests and participating both in domestic and international decision-making affecting social policies. Such analysis will highlight the constitutional character of the challenges brought about by economic integration which, in turn, will determine the criterion of legitimacy and the architecture of the legal framework which will regulate the developments promoted by economic integration and the nature of the

relation between trans-national, regional and national decision-making processes. The constitutional relevance of international trade can be seen in the impact it has on the constitutional self-determination of classical political communities (mainly States). But it can also be conceived, in a broader light, as giving rise to a change in the overall patterns of participation and representation in social decision-making. In this sense, it challenges not only the exercise of constitutionalism at the State level but also the conditions of constitutionalism in general.

Free trade gives raises to several constitutional phenomena, all of which affect the traditional mechanisms of representation and participation and the definition of the relevant political communities for constitutional self-determination, giving rise to what we could call a constitutional transformation of domestic political communities and discourse:

a) The New Political Fora of Policy-Making

Traditionally, international organizations could not be conceived as affecting the conditions for the domestic political definition of policy-making. International organizations were mainly set up to reduce information and transaction costs and to provide the necessary framework for viable cooperation among States since this would be difficult to achieve without the institutionalised processes provided for by those international organizations. The application of this classical conception of international organizations is highly problematic to organisations such as the WTO or, even, the ILO. The legal norms and political process which rule over the WTO end up attributing to it an independent normative authority. Once international organizations are perceived by the different social actors as emerging forms of independent power, they will attempt to profit from these organizations to pursue their different agendas. As a result, international organizations will tend to develop political and social goals that may diverge from those of its initial masters (the States). There is a circular dynamic between the spill-over of the power initially attributed to the WTO, which raises the interest of social actors for political action in this institution, and the reinforcement of the institution's power precisely by virtue of the political dynamic promoted by the action of those social actors. This cycling dynamic promotes the overall power of the WTO and its role as a global political arena. In the process, the

control of social decision-making by traditional political processes decreases. The WTO and the ILO are the best examples of international institutions which, more than simply coordinating States policies, promote independent political and social goals which are determined by a constituency of social actors which goes beyond the States and participates in manners different from those occurring in domestic political processes. The consequence, of constitutional relevance for social policy, is that the actors that participate and dominate in this emerging global political arena are not necessarily the same that have participated in the drafting of public policies at the national and European level.

b) Changing the Domestic Patterns of Representation and Participation in Social Policies

Even if we continue to link the determination of public policies at the global level to an agreement among the more traditional participants in the international community (States), the fact that the State's decisions will be decided in the framework of a different State policy sphere means that representation and participation in the drafting of those policies will change. The co-determination of domestic policies at the international level means that many of the State determinations of those policies are, at least in part, brought into the realm of foreign or commercial policy. Once we accept that the State does not have an homogeneous national interest and that there are different mechanisms and forms of participation involved in different areas of policy-making, one of the consequences of the partial transfer of some policies into the realms of foreign and commercial policies is that the relevant participants in the framing of those policies change. Furthermore, international trade reduces the power of the political processes by challenging their political monopoly on the definition of the social good. This is so because the emerging decision-making processes of international trade law can be used by a group which lost a domestic political battle to challenge the domestic political outcome. In effect, international trade and economic integration, can be said to offer to some citizens the option of exit with regard to the decisions of their political community and in this sense challenge that political community allocation of representation and participation.

c) *The Transfer of Power to the Market*

One of the consequences of the legal and economic processes of regulatory competition arising from international trade is a reduction in the political control over the economic sphere. Liberalisation of trade generates competition among products and services of different polities which, in turns, leads to a competition between the different regulatory frameworks to which those products and services are subject. Political communities have to determine their policies not only on the basis of their internal preferences but also taking into account the need for their products and services to be competitive in the global market. The consequence is a transfer of power from political processes to the global market. It is the market that will choose between competing regulatory policies and, in this light, it becomes crucial to assess the “constitutional quality” of representation and participation in the market.

d) *Technocratic Forms of Global Regulation*

A similar process of transfer of power will occur if, instead of trusting the regulation of international trade to the market, we decide to subject it to international standards set by international technocratic bodies. Both the markets and these technocratic bodies have an inherent rationality and a set of normative values which is not subject to a traditional form of political discourse or, to put it differently, they “decide” on the basis of a community of participation and representation that is different from that of political processes.

Once we establish that international trade challenges both the constitutional self-determination of the traditional political communities and the variables of representation and participation in the traditional constitutional framing of decision-making at the national level, the impact of international trade on constitutionalism becomes clearer. As a consequence, the relevant question becomes the forms of participation and representation now available in the framing of social decision-making and how to continue to secure the civic solidarity and constitutional self-determination necessary for different political communities to survive. The transfer of power generated by international trade to new forms of decision making such as the market, international standard-setting institutions and supra-national judicial bodies brings forward new problems of representation and partici-

pation which highlight the remaining virtues of the State and other traditional polities and the primordial role that they must continue to play as the default form of representation and participation.

3 – INTERNATIONAL TRADE LAW AS AN EMERGING FORM OF CONSTITUTIONALISM

From what has been said so far a question arises: when the powers of international law challenge the conditions of participation and representation at the constitutional level should that challenge not be subject to constitutional regulation? It is here that the notion of a trans-national political connection emerges. In my view, where international processes interfere in the constitutional self-determination of sub-global political communities they must do so under a claim of legitimacy to be found in constitutionalism itself. This justifies the creation of an international constitutional framework to assess the constitutional erosion of the traditional political communities and manage the increased conflicts between those different political communities constitutional claims. It is this constitutional framework that will provide us with the imperfect solution of our conundrum: how to protect the constitutional self-determination of competing political communities in the absence of a broader global political community.

The emerging constitutional representations of international trade law attempt to address this problem but they appear to underestimate the value of traditional political communities and to ignore the importance of the constitutional transformations brought by the new forms of participation and representation which are available through the current global processes of social decision-making. Many argue for the need to subject these global processes to some form of democratic control. In this light, there are those who propose far reaching models of democratisation of the global community to be undertaken, for example, through profound short and long-term reforms of the UN system. There are also those which, in a more limited manner, defend the creation of new institutional frameworks for the framing of global standards which could reintroduce the previous balance of representation and participation in domestic policies. These are arguments which depart from the need to move beyond local political communities

in the framing of public policies. In this view, the only way to re-establish equality of power and representation in the deliberation of those policies is by establishing institutional forms of political dialogue at the international level.

There are also those who conceive the process of globalisation itself as an instrument of constitutional development and trust to principles such as free trade and non-discrimination the leading role in developing such global or international constitutionalism. The World Trade Organization and the agreements derived from the Uruguay Round would be the primary tool of this perceived global constitutionalism. The role of international trade law is that of guaranteeing the freedom of individuals in the international arena so that they can fully enjoy their personal autonomy. The way to promote global constitutionalism would be by extending the scope and application of international trade law, human rights documents and dispute-settlement mechanisms. These will be the “avant-garde” of global constitutionalism. The focus is then on a minimal notion of constitutionalism: non-discrimination, individual rights (mainly economic rights) and dispute-settlement mechanisms. The expectation is that these instances will develop into a set of individual constitutional rights protected from any form of power. The dynamics of international trade will fuel the development of an international rule of law through these economic rights and dispute-settlement mechanisms. Such dynamics will result however in a particular form of constitutionalism. The conception underlying such a constitutional construction of international trade law will attribute to the latter the role of protecting economic freedom in the global market and therefore will limit the capacity of the different political processes to interfere with that freedom even when pursuing what is perceived by those political processes as legitimate social goals. Freedom in the global market would be expected to generally be the best instrument for the promotion of constitutional values. By founding both international trade law and domestic constitutional law on the ideals of freedom and non-discrimination one makes compatible the impact of international trade law on domestic constitutional systems. In a way, international trade law is simply an extension of national constitutional law. As we have seen, however, this compatibility is hard to establish, since it implies a consensual definition of what social rights are and how they are best to be

balanced with free trade. It either conflicts with the existence of different constitutional self-determinations by different political communities or requires the global market to be raised to the status of a global political community without an underlying political contract supporting this criterion of legitimacy.

The set of rights which international trade law protects, its emerging Rule of Law, the role which individuals and other Non-State actors may be called to play in its development and its impact on the domestic policies of States and other polities such as the EU, all require international trade law to assume constitutional characteristics. In my view, however, it is too early to talk of a global constitution or to assume the existence of a global political community that could justify the definition of social values beyond the independent social self-determinations of different political communities. It is more appropriate to talk of emerging elements of constitutionalism in the international arena that must command the constitutional effects taking place therein. There is no consensus on a social contract capable of supporting a global form of constitutionalism. And there is no political community to which one could make recourse to supplement that lack of consensus. At the global level, the aim should be that of securing equality of representation and participation in the exercise of the different political communities constitutional self-determination. Therefore, in my view, there are no global political conditions capable of legitimising the exercise of such constitutional self-determination at the global level. On the other hand, as we have seen, the exercise of the different political communities' constitutional self-determination is now clearly influenced by the forces of global economic integration. This requires the setting up of constitutional modes of disciplining such forces at the global level but only with the aim to secure the conditions of representation and participation necessary to a legitimate the exercise of constitutional self-determination at the level of the local political communities (States or others, such as the EU).

There is no need and no possibility as yet of a global constitution but there is a need of a constitutionalism that can embrace international law in addressing the constitutional challenges generated by international trade and, in the process, help correct current constitutional malfunctions of the State. The departing point must still be the constitutional self-determination of the traditional political communities but the new

forms of international law must develop normative criteria of participation and representation and apply such criteria to the institutional choices facing it. I want to end by challenging international lawyers to adopt such constitutional perspective and take seriously the institutional choices facing them.

Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens

(Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco”)*

João Carlos Loureiro

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

* O núcleo central deste trabalho é a tradução portuguesa de parte substancial de uma comunicação proferida no encontro promovido pela Fundação Alexander von Humboldt, na Corunha, em Setembro de 1999. O original alemão, intitulado *Fernverfassung, Konstitutionalismus und Weltverfassung – Achtzig Jahre nach der Weimarer Verfassung, Fünfziger Jahre nach der Bonner Verfassung und am Anfang der Berliner Republik*, será objecto de publicação integral no *Boletim da Faculdade de Direito* (2000). À Comissão Redactora, na pessoa do Senhor Professor Doutor José Francisco de Faria Costa, agradece-se a autorização concedida para a publicação adaptada de parte do artigo. Sem prejuízo de pequeníssimas alterações, e de um ou outro acrescento bibliográfico, optou-se por manter o texto na sua primitiva redacção. Alguns aspectos do problema foram por nós retomados e desenvolvidos num artigo intitulado *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, que integra os *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (no prelo). Por último, o trabalho beneficiou de leituras realizadas no decurso de uma estada de curta duração na Universidade Albrecht-Ludwig, em Freiburg i.Br., que só foi possível devido ao apoio dos Professores Rainer Wahl e Thomas Würtenberger e ao generoso financiamento da Fundação Alexander von Humboldt.

I. INTRODUÇÃO

Nestes começos balbuciantes do século XXI, em que o anúncio secularizado do “fim da história”¹, que marcara a euforia pós-queda da cortina de ferro e do tremer da cortina de bambu, foi desmentido pela permanência e eclosão, respectivamente, de velhos e novíssimos conflitos, Témis persiste em querer reordenar o mundo. Respeitada pelos deuses, mas não por muitos mortais, não se sabe se a tradicional venda da deusa da justiça, sinónimo e garantia da imparcialidade, de uma cegueira que liberta o juízo, a impediu de ver a desordem das relações internacionais ou apenas se tratou de esperar, pacientemente, pelos mortais, condenados a uma longa errância à semelhança do arquétipo da Odisseia².

A viagem já não é entre Tróia e as areias de Ítaca, mas, desde que os deuses fizeram dos ibéricos – Camões, patrioticamente, limita a honra às “lusas gentes” – os sucessores dos helenos³, o mundo passou a ser o palco da interminável viagem. Com a emergência do que Toynbee chamou a “era gâmica”, constitui-se um “sistema-mundo”⁴ que, com avanços e retrocessos, desembocará na actual sociedade globalizada, marcada pela tecnociência⁵.

Vista do promontório jus-constitucional, quais são algumas das consequências desta mundialização? Será que a constituição, conceito-chave do edifício jurídico da Modernidade, e que foi essencialmente pensada como estatuto jurídico de cada Estado, poderá responder a estes ventos de mudança?

Neste escrito, centramos a nossa atenção em alguns factores de mutação da Teoria Constitucional, do Direito Constitucional e também do Direito

1 A referência essencial é aqui Francis FUKUYAMA, *The end of history and the last man*, 1992 (trad.: *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992). Dando conta das críticas a esta formulação, cf. Gabriel VARGAS LOZANO, “Fin de la historia”, *Humanitas – Anuario del Centro de Estudios Humanísticos* (1999), pp. 295-312; já antes, Perry ANDERSON, *The ends of History*, 1992 (trad.: *O fim da história: De Hegel a Fukuyama*, Rio de Janeiro, 1992).

2 Para este, cf. Gotthard FUCHS (Hrsg.), *Lange Irrfahrt – große Heimkehr: Odysseus als Archetip zu Aktualität des Mythos*, Frankfurt a. M., 1994.

3 Para um tratamento do conceito, cf., entre nós, José Ribeiro FERREIRA, *Hélade e Helenos: I. Gênese e Evolução de um conceito*, Coimbra, 1983.

4 Trata-se de um conceito que tomámos de empréstimo da obra de Immanuel WALLERSTEIN, *The Modern World System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York, 1979.

5 Cf., para a noção, Gilbert HOTTOIS, *Le Paradigme Bioéthique. Une éthique pour la technoscience*, 1990 (trad. port.: *O paradigma bioético: Uma ética para a tecnociência*, Lisboa, 1992, p. 19).

Internacional. Não se trata de sublinhar a “amizade internacional” como dimensão do tipo Estado Constitucional⁶, mas de assinalar dois registos que estão, aliás, interligados:

- a) Por um lado, ao nível das constituições nacionais, o desenvolvimento de um fenómeno que temos vindo a qualificar⁷ de Constituição à/da distância (*Fernverfassung*), em que no centro da discussão estão os efeitos transtemporais e transterritoriais da constituição;
- b) Por outro, a emergência e afirmação de constituições “supranacionais”, com realce, neste contexto, para uma constituição mundial.

II. DA ÉTICA DA/À DISTÂNCIA À CONSTITUIÇÃO DA/À DISTÂNCIA

Na reflexão ética da segunda metade do século XX, começou a falar-se de uma ética à distância ou da distância (*Fernethik*)⁸, centrada fundamentalmente em duas questões:

- a) Por um lado, os efeitos das acções desconhecem cada vez mais as fronteiras e, no limite, são mundiais. Se as questões de regulações transfronteiriças eram uma dimensão irrecusável, assistimos a processos que, do ponto de vista territorial, abrangem vastas regiões ou mesmo toda a Terra. Pense-se, no acidente nuclear de Chernobyl, com o seu impacto sobre parte significativa da economia europeia, ou na destruição das florestas tropicais, num processo simultaneamente misto da ganância e da miséria dos homens.
- b) Por outro, do ponto de vista temporal, as gerações futuras estão cada vez mais dependentes das nossas acções. No limite, é a própria vida humana que pode estar em perigo, não em virtude de um qualquer facto estranho à espécie, mas vítima das suas próprias acções. Neste

6 Na doutrina portuguesa, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Ciência Política*, Coimbra, 2000; idem, “Offenheit vor dem Völkerrecht und Völkerrechtsfreundlichkeit des portugiesischen Rechts”, *Archiv des Völkerrechts*, 1996.

7 Cf. João LOUREIRO, “O direito à identidade genética do ser humano”, in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 275-277.

8 Dieter BIRNBACHER, *Grenzen der Verantwortung*, in: Kurt BAYERTZ (Hrsg.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt, 1995; em Portugal, vide José de Faria COSTA, “A Linha (Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de “técnica” e de “bio-ética)”, in: J.A. Pinto RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999, S. 405-408.

eixo temporal, ocorrem-nos, sem dificuldade, os efeitos milenares da energia nuclear ou os riscos de alteração do genoma humano através de uma intervenção na linha germinal⁹.

Neste contexto, reveste especial significado a obra de Hans Jonas, nomeadamente *O princípio responsabilidade*¹⁰. Sem reboço, defende-se claramente a ideia de que as gerações presentes devem assumir a responsabilidade pelas futuras gerações. Jonas propõe um novo imperativo categórico: «Age de tal maneira que os efeitos da tua acção sejam compatíveis com a preservação da vida humana genuína»; ou, expresso negativamente: «Age de tal maneira que os efeitos da tua acção não sejam destruidores da futura possibilidade dessa vida»¹¹.

As consequências da tecnociência apresentam-se como um sério desafio aos juristas e à constituição. É verdade que, desde o seu começo, o constitucionalismo moderno não desconhece a dimensão temporal da constituição¹². Simplesmente, assistiu-se a uma mudança importante. Com efeito, antes a pergunta-chave era se uma geração poderia vincular outras, não sendo pensáveis estes efeitos de longo termo ou remotos, que podem pôr em causa a própria sobrevivência da espécie humana.

Não é apenas a transtemporalidade, mas também a transterritorialidade que se apresenta como um desafio para a Constituição. Com efeito, muitos dos efeitos das acções do Estado não são limitadas a um determinado território. Não estamos a pensar nas tradicionais questões de vizinhança ou fronteiriças, mas em autênticos efeitos à distância que afectam, ou podem afectar, o sistema mundial. Exemplo por excelência é o que se passa no domínio ambiental, em que a acção humana está a assumir consequências trágicas, espelhadas, nomeadamente, nas alterações climáticas¹³. Assim, estas situações fácticas, transtemporais e transterritoriais, põem em causa a capacidade de prestação das consti-

⁹ Vide Alex MAURON, *La génétique humaine et le souci des générations futures*, Genève, 1993.

¹⁰ *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a. M., 1979 [1984]; sobre esta, vide Jörg SCHUBBERT, *Das »Prinzip Verantwortung« als verfassungsstaatliches Rechtsprinzip: Rechtsphilosophische und verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Verantwortungsethik von Hans Jonas*, Baden-Baden, 1998.

¹¹ *Ética, medicina e técnica*, Lisboa, 1994, p. 46.

¹² Para este ponto, cf., com as pertinentes indicações bibliográficas, vide o nosso *O direito à identidade genética*, cit., pp. 273-275; idem, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco*, cit.

¹³ Wolfgang DURNER, “The Implementation of the Climate Change Convention”, *Archiv des Völkerrechts* 37 (1999).

tuições nacionais. Afirmam-se, por um lado, deveres para com as futuras gerações, sem que, em nossa opinião, no entanto, se possa falar de direitos das futuras gerações. O futuro é um tempo da constituição¹⁴ e ao mundo vindouro (*Nachwelt*) reconhece-se um estatuto constitucional, ilustrado na CRP, por exemplo, na exigência de salvaguarda, em matéria de recursos naturais, da “capacidade de renovação e estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações”¹⁵. Mas, por outro lado, é o paradigma da territorialidade que é posto em causa. Não se trata aqui, apesar de vozes em contrário, de anunciar o fim do Estado nacional e de ver no Estado Mundial a única solução, no limite, a salvação. O que se questiona é uma ideia de fechamento do Estado e da constituição.

Estes desenvolvimentos, que são um claro “sinal dos tempos”, podem sintetizar-se deste modo:

- a) A existência de efeitos fácticos à distância, resultantes da acção do Estado, que têm relevância constitucional. Embora as constituições nacionais permaneçam centradas num território – este é o seu sentido “natural” – não devem ser ignorados os deveres para com a Humanidade e as obrigações internacionais;
- b) A ideia, de que muitos bens são interdependentes e que as acções nacionais são insuficientes para os proteger, funda um dever de cooperação e de abertura internacionais;
- c) Esta normatividade negociada não é suficiente, verificando-se que se desenvolvem novas normatividades, *supra* e, se necessário, contra os próprios Estados;
- d) Assim, as constituições nacionais são, cada vez mais, “constituições desafiadas”¹⁶, no quadro de uma “sociedade mundial de risco”¹⁷, desenvolvendo-se uma rede jurídico-constitucional.

No entanto, será possível cortar o tradicional cordão umbilical entre Constituição e Estado?

14 Em geral, sobre as relações entre a Constituição e o tempo, cf. a obra já clássica de BÄUMLIN (*Staat, Recht, Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, Zürich, 1961) e Thomas WÜRTENBERGER, *Zeitgeist und Recht*, Tübingen, 21991.

15 Art. 66.º/2/d).

16 Beat SITTER-LIVER (Hrsg.), *Herausgeforderte Verfassung: Die Schweiz im globalen Kontext*, Freiburg, 1999.

17 Ulrich BECK, *Weltrisikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986 (trad.: *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998).

III. CONSTITUIÇÃO: PARA LÁ DO ESTADO

Há cerca de uma década, quando as revoluções na Europa abalavam e derrubavam os chamados Estados socialistas e rompiam com a “legalidade socialista”, Peter Häberle referia-se à “hora mundial do Estado Constitucional”¹⁸. De facto, os ventos da esperança não sopravam apenas na Europa, depois de tempos difíceis para os povos e para a diplomacia, empenhada, até então, num processo que, generalizando da esfera das relações Vaticano-países de Leste, se poderia designar, à semelhança do título da obra de Casaroli, “o martírio da paciência”¹⁹. Também noutros pontos do globo, iniciaram-se processos de democratização, espelhados na transição do poder na África do Sul e na queda das ditaduras da América Latina, como o Brasil, a Argentina e o Chile. Num diagnóstico apressado, anunciou-se mesmo o “fim da história”. O tempo comprovou que a realidade é mais complexa e que está longe de ser verdadeira a tese de que o Estado liberal será a última resposta da história. Com efeito, temos um conjunto de Estados que criticam o constitucionalismo ocidental e afirmam um direito à sua identidade e aos “valores específicos”. Vozes pessimistas apontam para um cenário de guerra das civilizações²⁰; em muitos países, na ausência de uma tradição e culturas constitucionais, deparamos com uma constituição sem constitucionalismo ou, para usarmos as conhecidas categorias de Karl Löwenstein²¹, constituições nominais, para já não falarmos das constituições semânticas.

Apesar disso, desenvolvem-se novas dimensões constitucionais nos planos regionais e global: na União Europeia reconhece-se uma “constituição em construção”²²; no plano supranacional, anuncia-se uma consti-

18 “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre”, *AöR* (1992), pp. 169-211, p. 170.

19 *Il martirio della pazienza*, Torino (trad.: *O martírio da paciência: O Vaticano e os países comunistas entre 1963-89: os anos que mudaram o mundo*, Apelação, 2000).

20 Samuel HUNTINGTON, “The Clash of Civilizations?”, in: *Foreign Affairs*, 72 (1993), H. 3, S. 22-49; idem, *Clash of Civilizations*, New York, 1996; para uma crítica, John GRAY, “Global utopias and clashing civilizations: misunderstanding the presente”, *International Affairs*, 74, 1998, 149-164, pp. 150-151: “In our time international conflict does not come from “clashes of civilizations”. As it has done in every age, it arises from the conflicting interests and policies of states”. Vide também as pp. 156-159, onde Gray sublinha que muitos conflitos são intracivilizacionais. Também criticamente, Ulrich DRUWE, «Huntingtons “Kampf der Kulturen»: Eine kritische Analyse aus politiktheoretischer Sicht”, *Rechtstheorie*, 29 (1998), pp. 269-291.

21 *Verfassungslehre*, Tübingen (trad.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, pp. 216-222).

22 A literatura sobre o tema é inabarcável: em Portugal, por todos, cf. Francisco Lucas PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, 1997.

tuição mundial ou global²³. No plano internacional o paradigma não é mais o estado de natureza de Hobbes²⁴ e a própria ideia de uma ordem de coexistência afigura-se insuficiente.

Deixando de parte o problema de uma constituição europeia²⁵, centremo-nos na questão da constituição mundial ou global, não sem antes respondermos à questão de saber se é possível a existência de constituições que não sejam a lei fundamental de um Estado.

O ovo de Colombo reside na distinção entre os conceitos histórico-universal e moderno de constituição²⁶. O último corresponde à bandeira programática do constitucionalismo revolucionário: na fórmula imortalizada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirma-se que todas as sociedades devem ter um documento escrito que garanta os direitos naturais do Homem – hoje falar-se-ia de direitos fundamentais – e a separação de poderes²⁷.

Evidentemente, a ideia de constituição e de realidade constitucional conheceu alterações. O anunciado monismo do povo não encontra mais eco: agora dominam os ventos do pluralismo e da fragmentaridade. Mas a história comprova a existência de um outro conceito. Referimo-nos à constituição em sentido material: com efeito, cada comunidade política tem a sua própria normatividade fundamental²⁸, recortando-se um conceito evolutivo de constituição²⁹. Nesta acepção, o conceito tem potencialidades para deixar de ser monopólio do Estado.

23 Entre nós, referindo-se a um constitucionalismo global, cf. Gomes CANOTILHO, “Nova ordem mundial e ingerência humanitária (Claros-Escuros de um novo paradigma internacional)”, *BFD* 71 (1995), pp. 1-26, esp. pp. 5-6.

24 *Leviathan* (Cap. XIII); para este ponto, vide Steven FORDE, «Classical Realism», in: Terry NARDIN/ /David R. MAPEL, *Traditions of International Ethics*, Cambridge/New York, 1992, S. 75-77. Não é possível, no artigo, proceder a uma avaliação sistemática das várias teorias e paradigmas neste domínio. Noutra sede – nossa dissertação de doutoramento, ainda não terminada – discutimos expressamente a questão, considerando autores tão relevantes como são, indubitavelmente, Michael Walzer e John Rawls: deste último, veja-se agora a recente tradução de *The Law of Peoples (A lei dos povos)*, Coimbra, 2000).

25 Sobre esta, é inabarcável a literatura publicada: cf., entre outros, Richard BELLAMY/ Dario CASTIGLIONE, “A constituição da União Europeia”, *Análise Social* 34 (2000/151-152), pp. 425-455.

26 S. Rogério SOARES, “O conceito ocidental de Constituição”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*.

27 Art. 16 (Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen).

28 Vide Hans VORLÄNDER, *Verfassung*, München, 1999.

29 Vide, sem que se tenham de subscrever todos os pressupostos, Niklas LUHMANN, “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal* (1990), pp. 176-220.

IV. A IDADE DA CONSTITUIÇÃO: A GÉNESE DE UM NOVO “NOMOS DA TERRA”

Das reflexões já avançadas, sublinha-se que:

- a) as constituições nacionais não são suficientes, para darem conta da diversidade jurídico-constitucional;
- b) Não é uma heresia teórica falar de constituição em relação a entidades não estaduais.

Assim, num tempo de globalização não espanta que se ponha a questão da constituição mundial ou global. Para esclarecer o conceito, devem ser considerados alguns pontos, a saber:

- 1. Da internacionalização à globalização;
- 2. O bem comum da Humanidade e o seu quadro jurídico constitucional: as notas substantivas da constituição mundial;
- 3. As fraquezas organizacionais do projecto.

1. *Da internacionalização à globalização*

Vivemos sob o domínio da globalização, que se apresenta como um conceito mágico. De facto, na opinião pública a palavra desperta esperanças e medos: alguns acreditam que a Humanidade encontrou finalmente o caminho da “paz perpétua”³⁰; outros, pelo contrário, receiam perder o seu posto de trabalho no processo de globalização. Para os primeiros, a globalização é uma promessa e parte de um novo credo; para os segundos, uma invenção do Diabo, que serve, frequentemente, de álibi aos políticos, para justificarem a sua incapacidade. Assim, para muitos a globalização significa a redescoberta do conceito grego de destino, uma força cega da história.

Mas o que significa globalização?

Se começarmos por ver o emprego linguístico, repararemos que, se no inglês domina este termo, já nas línguas latinas parece prevalecer a palavra mundialização (*mondialisation*, *mundialización*). Mas será indiferente empregar um ou outro?

30 Utilizamos aqui o título do conhecido escrito de Immanuel Kant, «Zum Ewigen Friede», *Werke VI* (trad.: *A paz perpétua e outros escritos*, Lisboa, 1988); sobre a obra, cf., por todos, Otfried HÖFFE (Hrsg.), *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden*, Berlin, 1995.

Evidentemente, a resposta depende do sentido que se lhes dê. Há quem pretenda distingui-los através de uma avaliação do estilo a boa mundialização *versus* a má globalização. A última seria a descrição dos processos económicos, a construção de um mercado mundial, o desenvolvimento de um “sistema-mundo”³¹, que tem as suas raízes no começo da chamada “era gâmica”. Assim, a “globalização é a vitória dos fortes sobre os fracos”³². Pelo contrário, a mundialização espelharia uma realidade multidimensional³³: refere-se não apenas aos aspectos económicos, mas também às perspectivas culturais, políticas, religiosas, jurídicas e sociais da rede mundial³⁴. O conhecido sociólogo de Munique, Ulrich Beck³⁵, distingue globalização e globalismo: o último é uma redução da complexidade, em que só a dimensão económica desempenha um papel.

Como desafio à discussão política e jurídico-constitucional interessa-nos a mundialização, num tempo em que se assiste à constituição de uma sociedade mundial. Precisando a linguagem, devemos dizer distinguir duas acepções de sociedade mundial: contraposta a sociedade nacional e como expressão de uma mutação das sociedades nacionais.

Este último sentido encontra-se na obra de Beck, que escreve a este propósito: “O que separa os homens – as diferenças religiosas, culturais e políticas – estão presentes num lugar, numa cidade, frequentemente mesmo numa família, numa biografia”³⁶. Concordamos com Beck que a teoria da convergência é um mito e a diversidade, ao lado da segurança e da solidariedade, é parte da nova triologia

31 Pode distinguir-se entre uma primeira e uma segunda globalização: cf. Antoni COMÍN I OLIVERES, “La mundialización: aspectos políticos”, in: *Mundialización o conquista?*, Barcelona/Santander, 1999, onde as mudanças políticas desempenham um papel decisivo.

32 Ernst Ulrich von WEIZSÄCKER, “Ökologisches Weltethos”, in: Hans KÜNG/Karl-Josef KUSCHEL (Hg.), *Wissenschaft und Weltethos*, München/Zürich, 1998, 348-9.

33 Por exemplo, Jürgen HABERMAS, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt a.M., 1998, 101: “Ich verwende den Begriff «Globalisierung» für die Beschreibung eines Prozesses, nicht eines Endzustandes. Er kennzeichnet den zunehmenden Umfang und die Intensivierung von Verkehrs-, Kommunikations- und Austauschbeziehungen über nationale Grenzen hinweg”.

34 S. *Mundialización o conquista?*, Barcelona/Santander, 1999.

35 *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt a.M., 1997 (trad.: *Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona/ Buenos Aires/ México, 1998, S. 164).

36 Ulrich BECK (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt a. M., 1998, 7.

jurídico-constitucional proposta³⁷. Embora este fenómeno ponha questões actuais à constituição, não é *hic et nunc* o objecto das nossas considerações.

Na esteira de Habermas³⁸ fala-se de sociedade mundial “porque os sistemas de comunicação e os mercados criaram uma relação mundial; mas de uma sociedade mundial «estratificada», porque o mecanismo do mercado mundial consolida o avanço da produtividade com miséria crescente, em geral processos de desenvolvimento com subdesenvolvimento”.

Um outro registo para a discussão é a chamada internacionalização. Mas internacionalização, como o comprova a etimologia, é *inter-nationes*, e muitos problemas estão hoje, precisamente em virtude da globalização, para lá das relações internacionais. Contudo, apesar da diferença, não é invulgar os conceitos serem usados como sinónimos³⁹. Mas há uma mais-valia do conceito de sociedade mundial quando se compara com o conceito de comunidade/sociedade internacional, dado que a última é, em regra, restringida à comunidade de Estados do Mundo⁴⁰.

2. O bem comum da Humanidade e o seu quadro jurídico-constitucional: notas substantivas da Constituição Mundial

Agora que a globalização está em todas as bocas, os juristas não podem, nem devem, evitar ou desprezar os problemas de uma constituição mundial, na medida em que esta é o quadro jurídico do bem comum da Humanidade. Como sublinha a *Gaudium et Spes*⁴¹ a crescente interdependência revela a insuficiência de uma perspectiva meramente nacional do bem comum.

37 Eberhardt DENNINGER, “Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?”, in: Ulrich Preuss (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt a M., 1994, 95-12; cf. também Johannes BIZER/Hans-Joachim KOCH (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität: Ein neues Paradigma des Verfassungsrecht? Symposium zum 65. Geburtstag Erhard Denningers am 20. Juni 1997*, Baden-Baden, 1998.

38 *Die Einbeziehung des Anderen*, cit., p. 214.

39 V.g., Christian HEY/ Ruggero SCHLEICHER-TAPPESEER, *Nachhaltigkeit trotz Globalisierung: Handlungsspielräume auf regionaler, nationaler und europäischer Ebene*, Berlin/Heidelberg, 1998, p. 15.

40 Para este conceito, René-Jean DUPUY, “Communauté internationale et disparités de développement”, 165 RdC (1979, IV), p. 21 ss.

41 GS 26; S. G. GATTI, “Il bene comune a livello nazionale e internazionale”, *StMor* 35 (1997), 193-210, pp. 200-208.

Mas quais são as notas características da Constituição Mundial? Sublinhamos quatro: heterogeneidade do objecto, carácter não estadual da Constituição, complementaridade e subsidiariedade, e disciplina dos aspectos essenciais da sociedade mundial.

a) Heterogeneidade: o objecto da Constituição mundial

Quais os domínios mais importantes objecto da constituição mundial? Em primeiro lugar, temos as esferas que não estão sujeitas ao controlo do Estado, como, por exemplo, o alto mar, com destaque para o aproveitamento dos fundos marinhos⁴² e o espaço. No *Gespräch über den Neuen Raum*⁴³, Carl Schmitt sublinhava esta abertura a novos espaços que passam, em virtude da técnica, a ser susceptíveis de utilização, alargando consequentemente, o horizonte as possibilidades humanas. Este espaço comum, subtraído à regulação estatal, é uma esfera por excelência da constituição mundial. Fala-se, a seu propósito, de património comum da humanidade fundado na sua natureza (*par nature*)⁴⁴, sendo problemático o estatuto jurídico do património *par affectation*⁴⁵.

Também os princípios fundamentais das relações internacionais – igualdade dos Estados (embora, como prova a leitura do Estatuto da ONU⁴⁶, com compromissos), soberania, proibição do uso da força e de ingerência, dever de resolução pacífica dos conflitos⁴⁷ – são parte da constituição mundial.

Um estatuto especial reveste o *standard* mínimo de Direitos do Homem, um verdadeiro *jus gentium* no sentido clássico. Não são apenas o núcleo normativo de uma política global, mas da própria constituição mundial. Contra as críticas que os reduzem a um mero instrumento do imperialismo ocidental e/ou de etnocentrismo,

42 Sobre este ponto, vide Paulo Canelas de CASTRO, “Do Mare Liberum ao Mare Commune? – as viçosas mutações do Direito Internacional do Mar”, *Ciberkiosk* (<http://www.ciberkiosk.pt/ensaaios/canelass.html>).

43 In: Carl SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, 1995, S. 568. (primeiramente publicado in: *Estudios de Derecho Internacional – Homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, 1958).

44 Alexandre-Charles KISS, “La notion de patrimoine commun de l’humanité”, in: *Recueil des Cours*, 1982, II, n. 175, 1983, 225-229.

45 Alexandre-Charles KISS, *La notion de patrimoine commun*, cit., pp. 229-232.

46 V. Karl-Heinz ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, München, 1994, p. 271.

47 Cf. Daniel THÜRER, “Bundesverfassung und Völkerrecht”, in: *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Mai 1995, p. 4.

importa lembrar que “contexto da descoberta” e “contexto da justificação” não devem ser confundidos. Com efeito, é indubitável que a ideia de dignidade humana⁴⁸ e os direitos do homem têm as suas raízes no processo histórico ocidental. Mas, pesem embora os críticos, os direitos do homem são, no seu núcleo, universais, sem prejuízo das diferentes concretizações nas ordens jurídicas nacionais como direitos fundamentais.

Apesar das múltiplas violações, o respeito pelos direitos do homem não é apenas um dever ético, mas é um autêntico dever jurídico: não é só uma questão do *ethos* mundial, mas também de *ius cogens*⁴⁹. Os direitos do homem não são mais “domínio reservado” dos Estados, bem pelo contrário: as violações grosseiras e massivas destes direitos são fundamento de intervenções humanitárias da comunidade internacional⁵⁰, não se devendo esquecer o desenvolvimento de uma responsabilidade penal internacional no pós-segunda Guerra Mundial⁵¹. Já no plano económico, discute-se se na ordem comercial mundial (GAAT/OMC) se pode recortar uma “constituição económica mundial”⁵².

Em resumo: na constituição mundial podem encontrar-se quer dimensões internacionais, quer cosmopolitas.

b) Constituição não estadual

A ideia-chave pode ser formulada deste modo: a constituição mundial não é a constituição do Estado Mundial, mas a lei funda-

48 Para este conceito, s. João LOUREIRO, *O Direito à identidade genética do ser humano*, cit., pp. 278-282; como princípio de direito internacional, v. Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1999.

49 Art. 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

50 Sobre este aspecto, com uma sólida e rica reflexão sobre as mutações do Direito Internacional e da comunidade internacional, vide Paulo Canelas de CASTRO, “Da não intervenção à intervenção? O movimento de pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional”, *BFD* 71 (1995), pp. 287-345.

51 Para a pré-história da responsabilidade penal internacional não se devem esquecer o tratado de Versalhes (Artigos 227, 228, 229) e as decisões do Tribunal do Império em Leipzig (1921): vide Pierre SOB, “The Dynamics of International Criminal Tribunals: Perspectives on Achieving Effective Human Rights Protection”, *Nordic Journal of International Law*, 67, 1998, 139-140.

52 Peter-Tobias STOLL, “Freihandel und Verfassung. Einzelstaatliche Gewährleistung und die konstitutionelle Funktion der Welthandelsordnung (GATT/WTO)”, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1997, 57/1, 83-127; Hannes L. SCHLOEMANN/ Stefan OHLHOFF, “Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, S. 426-435; em geral, *World Trade Organization*, Renato RUGGIERO, “Chancen und Herausforderungen. Neue Aufgaben für die Welthandelsorganisation”, *Internationale Politik*, 1996/7, 39-46.

mental da Humanidade. O Estado Mundial é uma utopia perigosa, embora, para muitos, ainda não tenha perdido a sua força sedutora. Mas será o Estado nacional ainda adequado aos tempos?

Há alguns anos, Peter Saladin⁵³ lançou a provocadora pergunta: *Para quê ainda Estados?* Com efeito, sabemos que o Estado em sentido estrito é uma invenção da Modernidade, pesem embora as raízes medievais. Por outras palavras: trata-se de um conceito epocal, sem garantia de eternidade. Sabe-se que o modelo de Vestefália⁵⁴ com a sua visão do Estado como “bola de bilhar” (*billiard ball state*⁵⁵), está em crise. Mas não está ultrapassado e, apesar da sua relativização⁵⁶, da sua “impotência parcial”⁵⁷, assume um importante papel na prossecução do bem comum, da *iustitia politica*⁵⁸. Evidentemente, a capacidade de regulação do Estado conhece novos limites e as tarefas de Estado são objecto de reavaliação. Superada é, assim, a ideia de um “Estado fechado”⁵⁹ e a tese de uma soberania sem limites.

Discute-se se o Estado nacional se tornou um Estado pós-nacional, sendo a discussão dada pelas entradas multiculturalismo, “cidadania multicultural”⁶⁰, “inclusão do outro”⁶¹ e “política do reconhecimento”⁶². O núcleo do problema reside numa imagem específica da nação, que conhece um novo fôlego nos antigos países socialistas. Mas esta concepção é só uma possibilidade histórica, mas não uma

53 Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, 1995.

54 Dieter WYDUCKEL, “Rechts – und Staatstheoretische Voraussetzungen und Folgen des Westfälischen Friedens”, *Rechtstheorie* (1998), pp. 211-234.

55 V. Georges ABI-SAAD, “Whither the International Community?”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, 2, S. 251.

56 V. Franz-Xavier KAUFMANN, *Herausforderungen des Sozialstaates*, Frankfurt a. M., 1997, 9.1.

57 Sobre “a impotência do Estado nacional”, vide Philippe MASTRONARDI, “Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie: Essay zu einer schweizerischen Demokratietheorie”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (1998), p. 390.

58 Johannes ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta*, 1614, XVIII, § 42 (trad.: *Politica. An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples*, Indianapolis, 1995, 98). Vide Thomas WÜRTENBERGER, “Zur Legitimation der Staatsgewalt in der politischen Theorie des Johannes Althusius”, in: *Rechtstheorie Beiheft* 7, 1988, S. 570-572.

59 V. *Der geschlossene Handelsstaat*, 1800.

60 W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford, 1995.

61 Jürgen HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., 1996 [1999].

62 Jürgen HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, cit.

necessidade: ao lado de um conceito étnico-cultural de nação, recorta-se uma concepção político-voluntarista⁶³.

- c) Complementaridade e subsidiariedade da constituição mundial
Trata-se agora da relação entre constituição mundial e os outros planos constitucionais. Com efeito, numa comunidade mundial de comunicação não se devem desconhecer as relações interconstitucionais, quer sejam de complementaridade, através de uma repartição de competências, quer se traduzam em relações de hierarquia, sendo necessário um quadro teórico que não é possível aqui desenvolver. A constituição mundial surge como um “limite heterónimo do poder constituinte”⁶⁴ e integra a chamada “supraconstitucionalidade autogerativa”⁶⁵.
- d) Aspectos essenciais da constituição mundial
Deve sublinhar-se que a constituição mundial ou global só disciplina os aspectos essenciais da constituição mundial. Ou seja: a maioria das normas internacionais não tem estatuto jusconstitucional, o mesmo valendo para regulações transnacionais como a *lex mercatoria*⁶⁶.

3. *As fraquezas organizacionais do projecto*

Por causa do progresso tecnológico, em especial no domínio da informação, desenvolveu-se, ainda que de uma forma limitada, uma opinião pública mundial. O poder das imagens vai contribuindo para fortalecer, a partir das experiências de drama e de tragédia, uma ideia de unidade da Humanidade. Organizações independentes, escritores, pessoas anónimas revelam-se “advogados da Humanidade”⁶⁷, num tempo em que, transpondo a imagem de Teilhard de Chardin, podemos falar de um “sobrecentramento na Humanidade”⁶⁸.

63 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., 1999, p. 34.

64 V., em geral, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, Coimbra, 42000, p. 110.

65 Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra.

66 Gunther TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot / Brookfield (USA) / Singapore / Sydney.

67 Walter JENS / Hans KÜNG, *Anwälte der Humanität: Thomas Mann, Hermann Hesse, Heinrich Böll*, München/Zürich, 1989.

68 Uma aplicação do esquema teilhardiano ao Direito Internacional pode ver-se no nosso *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco*, cit.

Presentemente, as estruturas da sociedade internacional mostram-se insuficientes e insatisfatórias. Mas a fraqueza das instituições não é motivo para se perder a esperança, devendo antes estar-se ciente dos múltiplos problemas que a efectivação desta constituição suscita. É indubitável que a ausência de um poder central – um Estado mundial – não pode deixar de ter consequências na “força normativa”⁶⁹ da constituição mundial. Mas também são conhecidas as advertências para os perigos desta solução, que poderia ser um “caminho da servidão”⁷⁰.

As vozes que se batem por uma reforma das Nações Unidas tornam-se cada vez mais fortes, devendo tomar-se em consideração os novos instrumentos propostos para a cooperação internacional e “governabilidade”. Considere-se o importante contributo dos Tribunais Penais Internacionais para o Ruanda⁷¹, para a Jugoslávia⁷² e as esperanças depositadas no novíssimo Tribunal Penal Internacional.

V. CONCLUSÃO

Terminado que foi o ciclo do Império, depois de um período em que se expandiu a ideia de que “orgulhosamente nós” equivaleria a um “orgulhosamente sós” que, no entanto, nunca descurou a teia diplomática, não podemos deixar de repensar o nosso futuro, num contexto em que emerge um novo desenho da ordem internacional e cresce, a passos largos, a mundialização. Na reorganização do mundo, quando a língua que disseminámos pelos vários cantos do globo, descentrada para “se perpetuar como o outro e o mesmo”⁷³, assume cada vez mais importância,

69 Para a expressão, cf. Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959 (trad.: “La fuerza normativa de la constitución”, in: *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983).

70 Utilizamos aqui livremente o título da conhecida obra de Friedrich HAYEK, *The road to serfdom* (trad.: *O caminho da servidão*, Lisboa, 1977).

71 Vide Catherine CISSÉ, “The End of a Culture of Impunity? Prosecution of Genocide and War Crimes before Rwandan Courts and the International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, S. 161.

72 Ivo JOSIPOVIC, “Implementing Legislation for the Application of the Law on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Criteria for its Evaluation”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, S. 35.

73 Eduardo LOURENÇO, *A Nau de Ícaro seguido de Imagem e Miragem da Lusofonia*, Lisboa, 2^a1999, p. 111.

sendo bem partilhado e estímulo de relação, importa (re)pensar o nacional e o universal. Entre o parolismo da dissolução abraçado por certo europeísmo e cosmopolitismo, que esquecem a diversidade dos povos e das suas memórias, ou as reduzem ao folclore e ao pitoresco, e o nacional-paroquialismo, que teima em não perceber a falência dos modelos de Império, importa situarmo-nos no palco do mundo. “Potência do sonho”, mas de pés secular e realisticamente enraizados, chamados somos, no domínio do Direito, a reflectir sobre as “interconstitucionalidades”⁷⁴ e as novas comunidades de pertença a que ancorámos o rectângulo e os seus arquipélagos, de forma a permitir, na medida do possível, que o mundo seja um domínio de Témis, em que “é fraqueza entre ovelhas ser leão”⁷⁵, e não eterno campo regido por Ares, de desastrosas paternidades. De uma Témis que, em tempos de incerteza e risco, tenha, na lusa pátria e nos seus cidadãos, artífices de um mundo mais justo, porque *opus iustitiae pax*.

Desafios de Témis, trabalhos dos homens.

74 Lucas PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, cit.; para uma análise do tratamento da questão na obra de Lucas Pires, vide o imprescindível trabalho de Paulo RANGEL, “Uma teoria da «interconstitucionalidade» (Pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires)”, *Themis* (2000/2), pp. 127-151.

75 Luís de CAMÕES, *Os Lusíadas*, I, 68, de cujo espírito decorre, segundo Martim de ALBUQUERQUE (A expressão do poder em Luís de Camões, Lisboa, 1988, p. 167), “o princípio do tratamento das nações em pé de igualdade”.

A Responsabilidade Internacional do Estado: entre Codificação e Realidade

José Alberto Azeredo Lopes

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto)

1. A EXPANSÃO MATERIAL DO DIREITO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

O direito internacional terá enfim conseguido superar a longa fase da autojustificação da respectiva juridicidade que, afanosamente e durante largas décadas, os jusinternacionalistas tentaram demonstrar. Esse é, com certeza, um sinal de maturidade, em que um contributo importante terá sido dado pela evolução turbulenta da última década. No campo da responsabilidade do Estado por factos ilícitos, no entanto, esta questão ficou quase sempre à porta. Com efeito, em poucas áreas da ordem jurídica internacional se terá sentido menos aquele drama existencial. Com uma prática arbitral e jurisprudencial muito intensa, a passar largamente o século e com milhares de decisões, o direito da responsabilidade foi beneficiando com as parecenças que teve com sistemas de responsabilidade estaduais, e, em particular, com a responsabilidade civil. Também por isso, a leitura de alguns manuais menos novos de direito internacional recordava, estranhamente, algumas páginas de direito das obrigações, digeridas, às vezes com custo, no tempo dos bancos da Faculdade.

Com uma configuração claramente reparatória, o regime da responsabilidade internacional reforçou a juridicidade do direito internacional, sobretudo naquela que poderíamos designar a esfera “privada” das relações interestaduais (quer dizer, aquelas em que os Estados se relacionavam em termos similares aos das relações contratuais de Albano e Berto; ou em termos próximos dos de uma relação de responsabilidade extracontratual entre Carlos e Diogo). Por isso, e porque outras temáticas não eram, a bem dizer, inteiramente reguladas pelo Direito – em primeiro e distinto lugar, o recurso à força armada – o direito da responsabilidade limitava-se à repercussão simbólica na esfera dos Estados das relações conflituais que um indivíduo pudesse ter num ou com um Estado estrangeiro. Nesta medida, mais do que um direito da responsabilidade dos Estados, tratava-se do capítulo dos direitos dos estrangeiros e da protecção diplomática. É suficiente coligir as colectâneas mais importantes de decisões arbitrais até aos anos vinte do século passado para confirmar a ideia. Esta perspectiva dominou de forma quase esmagadora, sobretudo na doutrina anglo-saxónica ou por ela influenciada (Ian Brownlie, Richard Lillich, Garcia-Amador, etc.), mesmo recente.

A superação desta linha orientadora deve-se, em muito, aos trabalhos de codificação empreendidos, há mais de cinquenta anos, pela Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas (CDI).

Num primeiro momento, debateram-se duas concepções fundamentais: aquela que descrevemos nos seus traços gerais e uma outra, muito mais ambiciosa, que buscava um regime de responsabilidade internacional do Estado que pudesse aplicar-se a **quaisquer** relações de responsabilidade entre Estados, constituídas que fossem porque um Estado tinha apresado em alto mar um navio pesqueiro ou porque outro Estado se dedicava a exterminar uma minoria étnica sob sua jurisdição.

Felizmente, muito por obra do excepcional jurista que foi o italiano Roberto Ago, a CDI decidiu trilhar o segundo caminho. Então, a responsabilidade internacional ficou colocada no plano das relações de Estado a Estado (como já estava), **sem quaisquer restrições materiais** (como ainda não tinha estado).

Inicialmente, esta opção foi criticada com veemência. Um autor atacou-a porque, no seu entender, se traduzia numa construção excessivamente abstracta, quase etérea. Naturalmente, importava ver se, com o decurso do tempo, o que constava do Projecto tinha algum proveito prático, que desmentisse um juízo tão negativo. A verdade é que assim foi. Ainda que pouco dado a grandes arrojados, o Tribunal Internacional de Justiça não hesitou em recorrer a peças do Projecto que começava a ganhar forma, e delas se serviu para a solução de alguns casos difíceis. “Aplicou” o Projecto no caso **Estados Unidos c. Irão**, logo em 1980, e assim demonstrou a possibilidade de imputar ao Estado iraniano os comportamentos dos “estudantes-manifestantes” que, na altura, mantinham como reféns dezenas de elementos do pessoal diplomático e consular americano naquele país; invocou depois o Projecto, aí com grande abundância, no caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, de 1997, e em questões tão difíceis como a das relações entre o direito dos tratados e a responsabilidade internacional, a teoria das contramedidas e até o estado de necessidade (ecológico). Pena foi, aliás, que a jurisdição da Haia não tivesse recorrido aos trabalhos da CDI no caso de **Timor-Leste**, porque talvez a decisão tivesse sido outra. Nem sequer se diga que a questão era tão delicada que o Tribunal não o podia fazer. Com efeito, como reconheceu dois anos mais tarde (a propósito do regime das contramedidas) o Projecto, em boa parte, exprime o direito consuetudinário.

2. UMA TEORIA “IDEOLÓGICA” DA RESPONSABILIDADE?

Uma vez decidido o caminho que a CDI ia seguir, era necessário lançar os alicerces normativos da responsabilidade, aproveitando quase sempre o que se fora sedimentando no passado. Muitos dos conceitos eram familiares: facto internacionalmente ilícito, satisfação, *restitutio in integrum*, esgotamento das vias de recurso internas, denegação de justiça, represálias, força maior, estado de necessidade, consentimento, todos tinham aplicação mais ou menos frequente na prática dos Estados, ainda que, muitas vezes, essa aplicação fosse controvertida e tivesse dado azo a longos debates doutrinários.

No entanto, outros dos conceitos que foram surgindo ao correr dos trabalhos tinham uma marca “ideológica”. Sirva de exemplo o “crime internacional” (estadual), um daqueles conceitos que, mal nasceu, teve o condão de semear a discórdia. Ainda que acolhido no Projecto pela mão de Roberto Ago – que nunca poderia ser acusado de favores a qualquer campo político – o entusiasmo com que o crime internacional (e o que ele representava) foi aceite e promovido pelas doutrinas ditas do Leste (Tunkin, na União Soviética e Graefrath, na antiga RDA, entre os mais significativos) condenavam-no a uma simétrica rejeição pela doutrina ocidental.

Talvez se deva procurar aqui – neste “combate” ideológico mais assumido do que real – uma das razões fundamentais por que, no fundo, o Projecto de codificação tinha de ser mais um resultado de compromisso do que um instrumento decisivo de modernização do direito da responsabilidade internacional.

Invoque-se, agora, outro exemplo – que depois também trataremos com mais pormenor – que parece demonstrar esta nossa convicção. A CDI, por razões estatutárias que não é necessário aprofundar (mas que bem poderão ser intuídas se tivermos em conta a relação de dependência relativamente à Assembleia Geral das Nações Unidas) está presa à Carta. Desta forma, aquilo que a Carta não permite, não poderá o Projecto permitir. Esta “limitação” é especialmente sentida nesta esfera porque, entre outras razões, a responsabilidade internacional poderá ter de lidar, nomeadamente, com as consequências atribuídas, juridicamente, à violação da proibição da ameaça ou uso da força nas relações internacionais.

Ao contrário, noutros domínios, a CDI foi tão longe na senda do **desenvolvimento** do direito internacional que perdeu (por excesso) o contacto

com a “realidade” da prática dos Estados. Pensamos, entre outras, nas duas Convenções que regulam a sucessão de Estados, essas sim – em muitos aspectos – “ideológicas” e, por isso, condenadas ao ostracismo mal os ventos da História decidiram mudar, no início dos anos noventa do século passado.

Na teoria da responsabilidade internacional, ao contrário daquele excesso de desenvolvimento, tem-se verificado um excesso de sentido contrário, dissociado de uma prática mais ou menos generalizada. Refira-se o caso das represálias, do estado de necessidade (de onde, em princípio, se excluiu a intervenção humanitária, tão em “moda”), da bondade que se atribui a quaisquer reacções institucionais (sanções), etc.

Desta forma, assim como tinha sido um terreno de debate interessantíssimo entre visões muito distintas da responsabilidade e, de facto, entre perspectivas opostas sobre o próprio direito internacional, o Projecto foi assumindo uma via unívoca quando essa oposição se esbateu (primeiro) e desapareceu (depois) quando se assumiu, triunfante, uma concepção dita “ocidental” da responsabilidade internacional. Esta “vitória” junto à meta produziu os seus efeitos em algumas das soluções mais importantes que tinham sido consagradas no Projecto.

3. A MORTE ANUNCIADA DO CRIME INTERNACIONAL ESTADUAL E OS ACTUAIS FACTOS ILÍCITOS DE ESPECIAL GRAVIDADE

O primeiro alvo desta mudança tinha de ser o crime internacional. No art. 19 do Projecto de Artigos aprovado em primeira leitura, dizia-se que certos factos ilícitos podiam ser qualificados como crimes (e não como “delitos”, porque esse era o regime regra) e enumeravam-se, de forma taxativa, quatro exemplos: as infracções à proibição do uso da força, certas formas de violação de direitos humanos, a violação do direito de autodeterminação dos povos e, finalmente, certas formas de poluição levadas a cabo por Estados.

No desenho dos contornos da conduta criminosa eram tidos em conta, pelo menos, dois aspectos. Por um lado, a natureza da obrigação violada; por outro, a gravidade da violação, quer dizer, a forma qualificada de violação daquela obrigação primária. A distinção entre crime e delito

(este, na verdade, era definido como o comportamento ilícito que não fosse criminoso) representava, pelo menos, a aceitação de **dois** regimes de responsabilidade internacional, quebrando-se, assim, a **unidade** do sistema de responsabilidade entre Estados. Era já um avanço de grande monta, até porque, de maneira implícita, se admitia também que as consequências jurídicas atribuídas à comissão de um crime não fossem as mesmas. O sistema da responsabilidade internacional, por conseguinte, superava os limites da relação jurídica binária (entre o infractor e o lesado) para poder ser alçado a um plano comunitário. Então, a prática de um crime (como dizia o antigo art. 40, n° 3, do Projecto) interessava a todos os Estados e todos os Estados se consideravam, juridicamente, lesados. Ora, se o infractor não deparava, nestas circunstâncias, **apenas** com o lesado, mas, potencialmente, com **todos** os Estados, podíamos estar perante uma **multilateralização comunitária** de relações de responsabilidade.

Esta construção obedecia a duas directrizes fundamentais. Por um lado, acreditava-se que, em certo tipo de condutas tipificadas como crime internacional, a posição do infractor relativamente ao lesado directo é, quase por definição, de supremacia, e que a “comunidade internacional” poderia reequilibrar esta relação. Por outro, supunha-se que a evolução do direito internacional confirmava certos valores **comunitários** fundamentais e indiscutidos e que o direito da responsabilidade não podia continuar a ignorar, olímpicamente, o facto, apegado que estava à tradicional relação *A v. B.*

Vejamos agora, com mais pormenor, as duas ideias.

No caso da proibição do uso da força (anterior art. 19, n° 3, al. a)), a presunção da supremacia do infractor tem razão de ser. Normalmente, o agressor está em posição de vantagem (ou pensa que está), ainda que o tempo possa vir a sujeitá-lo a surpresas desagradáveis (lembre-se a guerra Irão-Iraque, nos anos oitenta, ou, mais atrás, a guerra israelo-árabe de 1967). Assim sendo, se o infractor tivesse de ponderar a possibilidade de uma **reacção** comunitária, o efeito seria, em princípio, dissuasor. Sobretudo, a comunidade de Estados tinha uma base jurídica suficiente para a reacção **legitimada** pelo Direito.

Também as situações da violação de direitos humanos e do direito de autodeterminação dos povos, se inscreviam num paradigma similar – tanto a autodeterminação (na sua forma restrita de **descolonização**) como as formas mais graves de violação de direitos humanos (*v.g.*, o genocídio)

antecipam a parte mais poderosa e a parte mais fraca (o povo, o grupo humano-vítima).

A questão nodal que não pôde ser superada dizia respeito ao modo de efectivar esta forma agravada de responsabilidade internacional.

Quanto ao uso da força, é certo, a simples aplicação da Carta das Nações Unidas era “suficiente”. A comunidade internacional **dos Estados** é representada, institucionalmente, pelo Conselho de Segurança (arts. 24-25 CNU) e o sistema de segurança colectiva, numa virgindade que, realmente, nunca chegou a perder, partia da convicção da reacção **comunitária** contra o infractor **individual**. Seja como for, hoje já com uma confiança renovada (façamos por esquecer o episódio do Kosovo), o sistema da Carta, com todos os seus defeitos, é ainda o mecanismo institucional de longe mais evoluído de reacção aos ilícitos mais graves, com o Cap. VII da Carta à cabeça, mas podendo ainda referir-se alguns instrumentos bem conhecidos da Assembleia Geral, como a resolução 3314 (que define a agressão).

É verdade que, em muitos casos, não se deveria falar em Cap. VII, mas em capítulo seis e meio, seis *bis*, ou sete menos. A doutrina estrangeira e nacional (Cassese, Franck, Reisman, Henkin, Canelas de Castro, José Manuel Pureza, para só citar alguns) já tratou longamente o assunto, e aqui não se trata de acentuar debilidades. Pelo contrário. Na verdade, apesar de tudo, só em relação ao uso da força e manutenção da paz e segurança internacionais se verifica uma correspondência, ainda que imperfeita, entre a infracção e a resposta institucional. Relativamente aos exemplos que o art. 19 continha, falou-se, por isso, em crimes **presentes** (o uso da força, a violação de direitos humanos), em crimes **passados** (a autodeterminação, na lógica da descolonização que vingou) e em crimes **futuros** (as violações mais lesivas do ambiente).

Nesta mistura complicada, o resultado dificilmente seria animador. Um dos crimes tinha o “privilégio” institucional, confirmando, como disse recentemente Antonio Cassese, que a preservação da “paz” ainda prevalece sobre quaisquer outros valores. Os outros, teriam de buscar abrigo. Se atendermos a que, na sua expressão mais reduzida, o direito de autodeterminação dos povos encerrou para balanço com o fim dos processos de descolonização e o enterro definitivo do *apartheid*, ficavam apenas dois casos a merecer cuidado: as violações mais graves de direitos humanos e o crime ambiental do Estado. O último, continua a aguardar melhor sorte. Aquelas, porém, num processo que talvez não fosse

antecipável, foram entrando no edifício da protecção institucional através do conceito amplo da ameaça à paz e segurança internacionais.

São já bastantes os casos em que, com mais ou menos propósito, o Conselho de Segurança procurou dar corpo **físico** a uma nova ordem internacional de direitos humanos, atacando o problema pelo flanco das mais graves patologias. É sabido que, a este respeito, se aponta como marco a resolução 688, de Abril de 1991, na qual o Conselho “intervém” para fazer cessar a repressão brutal que o poder estabelecido em Bagdade exercia sobre a minoria curda no norte do Iraque. No passado, e na prática impunes, tinham ficado os massacres no Paquistão Oriental, que levaram ao surgimento do Bangladesh, a guerra do Biafra ou as atrocidades dos *Khmer Rouge* contra o seu próprio povo, no Camboja.

Aceite-se, porém, que, tratando-se do passado, a “comunidade internacional” ainda não estava preparada para reagir. E que, no presente, a intervenção “comunitária” vai dando passos cada vez mais certos (apesar de tudo, a Somália), embora com demasiadas excepções (Libéria, Serra Leoa, Angola, República do Congo, Sudão, Ruanda, Sri Lanka, Cachemira, Tibete, etc.). O que interessa destacar – voltando agora, mais directamente, ao nosso tema – é que, porventura, a “ilusão” comunitária era demasiado optimista, pelo menos no plano da codificação que, a prazo, se pode tornar numa convenção internacional.

James Crawford, actual relator da CDI em matéria de responsabilidade internacional, terá percebido a mudança de posições ocorrida no último quarto de século. Propôs, então, a eliminação do preceito relativo ao crime internacional, assim como daqueles que regulavam as suas consequências. Estas já eram de uma modéstia franciscana, sobretudo aquelas que obrigavam todos os Estados (antigo art. 53): essencialmente, obrigação de não reconhecimento, de não assistência ao infractor e de cooperação com outros Estados para fazer cessar a infracção. Ou seja, perante aquilo que prometia o art. 19, os resultados concretos eram pobres, pouco inovadores e, sobretudo, pouco afectavam, em concreto, o infractor.

Como compensação *normativa*, surgiu então (em Agosto de 2000) o conceito de “violações graves de obrigações essenciais para com a comunidade internacional no seu conjunto”. Também ele é construído em torno do conceito de comunidade internacional, embora, digamos assim, de uma forma mais *soft*, que faz apelo ao conceito de obrigação *erga omnes*,

lançado pelo TIJ no caso da *Barcelona Traction*, em 1970. O art. 34, n.º 1, do actual Projecto dispõe, por conseguinte, que as obrigações do Estado responsável podem ser devidas “a outro Estado, a vários Estados ou à comunidade internacional no seu conjunto, de acordo com a natureza e conteúdo da obrigação internacional violada e as circunstâncias da violação”. Depois, o art. 41, n.º 1, menciona o facto internacionalmente ilícito que “constitui uma violação grave por um Estado de uma obrigação para com a comunidade internacional no seu conjunto e essencial para a protecção dos seus interesses fundamentais”, afirmando-se a seguir que a violação será grave se mostrar que o Estado responsável se absteve “de forma flagrante ou sistemática de executar a obrigação”, podendo, assim, lesar de forma substancial os interesses fundamentais por esta protegidos” (art. 41, n.º 2). Ter-se-á notado que, no mesmo preceito, se associam dois tipos de “interesses fundamentais”: os da comunidade internacional no seu conjunto e aqueles que a obrigação violada protege. Não são interesses correspondentes, mas adiante. A maior curiosidade residia em saber quais as obrigações “novas” que se constituíam na esfera de todos os Estados em virtude de factos ilícitos desta gravidade. Se a desilusão tinha sido grande quanto às consequências atribuídas ao crime internacional, aqui, porventura, terá sido ainda maior. O actual art. 42 repete, quase *ipsis verbis*, o que dispunha o art. 53, em versão mais atenuada. Assim, por exemplo, à obrigação de cooperar com outros Estados para fazer cessar a violação acresce-se o **tanto quanto possível** (art. 42, n.º 2, al. c)). Finalmente, mesmo nos casos de violações de obrigações para com a comunidade internacional, a invocação da responsabilidade do Estado está sujeita a algumas restrições. Com efeito, mesmo nos factos ilícitos mais graves, é necessário que a violação da obrigação **atinga especialmente** o Estado (art. 43, al. b), i)). Desta forma, suponhamos, se o Estado A invadir e anexar o Estado B, a restrição fica relativamente neutralizada, uma vez que, ou é de supor que o Conselho vai actuar, ou sempre restará esperar que outros Estados intervenham ao abrigo do direito de legítima defesa colectiva. Mas se, por exemplo, no Estado C um grupo dominante tiver uma política genocida em relação a um grupo étnico minoritário, aquela restrição poderá ser accionada, com resultados de duvidosa congruência. Com efeito, ou se afirmará (como de resto nos parece defensável) que qualquer genocídio atinge sempre *especialmente* qualquer Estado ou, então, estaremos a entrar numa discussão de contornos pouco precisos.

Terá sido nestas disposições, das mais nucleares do Projecto, que se compreendeu a principal fraqueza da tarefa de codificação começada nos idos anos cinquenta: se, no restante, o resultado foi (até do ponto de vista técnico) exemplar, e já é um instrumento precioso tanto para os Estados como para o jusinternacionalista, mostrou também dificuldades insanáveis em descrever o “mundo lá fora”, onde alguns Estados actuam, e consideram ter o direito de actuar, de forma muito diferente. Em especial, o Projecto não conseguiu integrar na esfera normativa certas reacções **privadas** ao ilícito, ligado como estava ao preconceito da vantagem “indiscutível” das reacções **institucionais**.

4. O MITO DA JUSTIÇA “PÚBLICA”

Se hoje se começa a falar de uma nova ordem jurídica internacional da responsabilidade do Estado, não se deixará sem reparo que, de certa forma, assistimos à recuperação de práticas antigas, condicionadas por um sistema de valores presente. Esta tendência sentiu-se no domínio da causa de exclusão da ilicitude e na revalorização da justiça privada. Em termos genéricos, entendemos pela expressão o processo reactivo pelo qual o Estado toma em mãos a reposição do direito, actuando contra infracções que considera terem-no lesado ilicitamente. Falemos, apenas, da legítima defesa e, sobretudo, das represálias, agora baptizadas contramedidas.

Quanto à primeira, sabe-se que, além de uma base consuetudinária (reconhecida, por exemplo, no caso **Nicarágua c. Estados Unidos**), a Carta das Nações Unidas lhe consagra um preceito (art. 51 CNU), atribuindo-lhe o atributo de direito **inerente**. Quanto às segundas, o Projecto define-as num preceito (art. 23), regulando, depois, as condições do seu exercício (arts. 50 ss.). Atendendo ao facto de a legítima defesa ser, muitas vezes, invocada em circunstâncias que, manifestamente, não encaixam no art. 51, e tendo além disso presente que as represálias são, desde há muito, consideradas um meio arcaico de justiça privada, que se suporta porque ainda são evidentes as deficiências na institucionalização da sociedade internacional, não admira que o debate sobre as duas figuras tenha desde sempre sido dos que mais ocuparam a doutrina.

O Projecto da CDI mostrou uma atitude “conservadora” relativamente à legítima defesa (como causa de exclusão da ilicitude); e revelou, segundo

cremos, uma desconfiança exagerada em relação às contramedidas. Neste último aspecto, sobretudo, desvalorizou-se a possibilidade de as contramedidas serem adoptadas em defesa de interesses comunitários violados, talvez por ter sido aceite (ao menos, implicitamente) que o Estado, quando reage ao ilícito, prossegue, sempre, interesses egoísticos (próprios ou individuais).

Esta é, actualmente, a mundividência dominante – que oferece o flanco a três críticas principais. Em primeiro lugar, deixa de lado que, se a Carta das Nações Unidas é o instrumento mais importante de regulação das relações entre Estados, não é o direito internacional. Em segundo lugar, não atribui significado a alguns exemplos da prática recente. Em terceiro lugar, pressupõe méritos desproporcionados das reacções sancionatórias institucionais, quando estas se têm mostrado um instrumento ineficaz e de torturada conformidade com o direito internacional.

Começamos pelo aspecto referido por último. Desde a Sociedade das Nações, mas em particular no quadro recente da prática das Nações Unidas, a “justiça” “pública/institucional” é considerada o meio mais imparcial e ao mesmo tempo menos gravoso de fazer cessar o ilícito internacional. Não se esquece, naturalmente (como apontou James Crawford) que o sistema de sanções poderá ser aplicado em situações em que, de facto, não existe Estado infractor. Assim, quando o Conselho de Segurança actuou na Somália, impôs diversos embargos a países vizinhos (por exemplo, de armamento), de forma a estancar, na medida do possível, os perigos que advinham da situação violenta e caótica naquele país. Feito este reparo, a experiência relativamente a Estados infractores tem mostrado que, apesar da sua **eficácia** (no sentido da amplitude e realização concreta, por exemplo, de medidas de embargo gerais), tem também mostrado uma confrangedora **ineficácia** (no sentido de conseguir que o Governo do Estado infractor modifique o seu comportamento no sentido exigido pelo Conselho de Segurança). Se aplicarmos a ideia ao caso do Iraque, a ideia tornar-se-á mais compreensível. Volvidos dez anos sobre a guerra do Golfo, a comunidade internacional representada no Conselho de Segurança considera que o Estado iraquiano ainda não cumpriu certas obrigações essenciais para a preservação da paz e segurança na região (por exemplo, a destruição do arsenal de armas químicas e bacteriológicas, verificada internacionalmente). Por conseguinte, e já desde a resolução 687, de 1991, que encerrou juridicamente as hostilidades entre a coligação aliada e aquele Estado, tem estado em vigor um conjunto de

sanções draconianas, agora reunidas numa resolução conhecida pela designação *sui generis* de resolução *omnibus*. Os efeitos dessas sanções sobre todos os sectores da vida social do Iraque são de tal forma profundos que se calcula tenham atrasado o seu patamar de desenvolvimento em várias dezenas de anos. Para além disso (ou em consequência disso), a falta de alguns bens essenciais tem afectado, quase essencialmente, a população civil. Alguns relatórios de organismos imparciais, como a UNESCO e a Cruz Vermelha Internacional, documentam o aumento brutal da mortalidade dos nascituros; o raquitismo irreversível da população mais jovem; e estimam em, pelo menos, várias centenas de milhar de mortos as vítimas directas das sanções dirigidas contra o Iraque. Ora, esta “eficácia” tremenda contrasta, evidentemente, com o escassíssimo efeito que as sanções tiveram sobre o regime iraquiano, ao ponto de o assunto ser, actualmente, objecto de um debate muito interessante nas Nações Unidas, lançado, entre outros, pelo Secretário-Geral (que, aliás, se referiu à questão no **Relatório do Milénio**).

Demais, é necessário acentuar que, como mecanismo de realização da responsabilidade de um Estado (para fazer cessar um facto ilícito de carácter contínuo), as sanções atingem, de forma indiscriminada, o “alvo” errado. Superadas há séculos, felizmente, as formas tradicionais de responsabilidade colectiva, é indiscutível que – no plano dos factos – se não deveria falar (nestes casos) em responsabilidade do Estado mas, antes, em responsabilidade do **Governo** do Estado. Porque, a não ser assim, a população civil acaba por ser duplamente penalizada: não só tem de suportar o jugo imposto pelo regime como, além do mais, está ainda condenada a suportar o “castigo” que, teoricamente, é imposto a outro. Naturalmente, as sanções gerais colocam ainda a questão, a nosso ver pertinente, da violação dos direitos humanos mais básicos da população civil ou, em situações conflituais, de princípios elementares do direito internacional humanitário.

O mesmo raciocínio é aplicável às contramedidas. Como a Carta só admite o uso da força individual ou colectiva ao abrigo do art. 51, as represálias armadas foram expulsas da legalidade internacional. A resolução 2625 da Assembleia Geral, de 1970, condenou-as também sem equívocos. No entanto, não só (abstractamente) poderá parecer que certas reacções individuais – ainda que com recurso à força – são um meio menos “drástico” do que o aparentemente inócuo sistema de sanções, como (em concreto) se tem assistido a um processo interessante de

reentrada das represálias armadas na esfera internacional, sem o ferrete aparente da ilicitude. Lembre-se, nomeadamente, a reacção de censura generalizada que se sucedeu ao ataque americano contra a Líbia, em 1986; e compare-se aquela condenação com a atitude mais do que complacente da maioria dos Estados quando dos *raids*, também americanos, contra Bagdade (em Junho de 1993) e contra o Sudão e o Afeganistão (no Verão de 1998). Quando do ataque contra Bagdade, aliás, ficou célebre a “carta” de Luigi Condorelli (publicada no *European Journal of International Law*), em que este confessava o seu desamparo perante a aceitação dos Estados, que ia contra tudo o que ensinava aos seus alunos.

Outro aspecto dos mais interessantes da prática recente das contramedidas armadas (em 1999, foi assim que Antonio Cassese qualificou a intervenção no Kosovo) é que estas têm sido utilizadas ao serviço de valores e interesses **comunitários**, e não **individuais**. Esta prática, como também disse Cassese (embora com muitas hesitações, bem compreensíveis) poderá corresponder aos passos necessários para a formação de uma, ou várias, normas costumeiras.

Mas, chegados aqui, percebemos uma vez mais as limitações de um Projecto sob a alçada da CDI. Se o essencial da evolução do direito da responsabilidade (e dos instrumentos de **garantia** de uma eficaz responsabilidade internacional) está a ocorrer **fora** da Carta, como podia exigir-se-lhe que os tivesse em conta, se os seus limites são os da Carta das Nações Unidas? E, finalmente, serão preferíveis os quadros onusianos, com os defeitos que procurámos demonstrar, ou valerá a pena um caminho que, apesar de algumas vantagens evidentes, faz lembrar, em alguns aspectos, o do aprendiz de feiticeiro? Francamente, esta é uma dúvida em que não vislumbramos uma resposta única ou definitiva.

A Intervenção Armada e o Caso do Kosovo – Novos Elementos para a Construção de uma Nova Ordem Internacional?

Paulo Canelas de Castro

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

INTRODUÇÃO: O PROBLEMA DE FUNDO

Na sua contínua voracidade, a História, com o Caso da crise humanitária no Kosovo¹, provocada pela brutalidade do regime jugoslavo e que por isso mereceu a forte reacção internacional dramaticamente representada na Operação aérea “Força Aliada”² da NATO, iniciada em 24 de Março de 1999 e suspensa em 10 de Junho do mesmo ano, veio reabrir a ‘*vexata quaestio*’ da licitude das intervenções armadas não (directamente) onusinas³. Mais amplamente até, o Caso do Kosovo veio (re)colocar a Comunidade Internacional perante dilacerantes dilemas quanto ao caminho a percorrer na procura de uma (nova) Ordem Internacional fundada numa paz mais justa⁴.

1 Sobre o desenrolar dos acontecimentos da crise, em geral, cfr. “Kosovo: The Historical and Political Background”, in <www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/Kosovo>.

De entre o rol de atrocidades e horrores em que a crise humanitária, em especial, se traduziu (repressão e violência diversa sobre a comunidade étnica maioritária do Kosovo; expulsão da terra natal, deslocações forçadas e em massa dos albaneses do Kosovo; destruição sistemática de habitações e povoados; violações sistemáticas das mulheres albanesas; violência variada sobre crianças, jovens e velhos; assassínios em massa; supressão da identidade cultural de um povo) destaca-se a política de “purificação” ou de “limpeza étnica” prosseguida pelo regime de Belgrado.

2 E depois, também, da Operação “Porto Aliado” que, diversamente da precedente, teve características exclusivamente humanitárias ou de apoio à assistência humanitária.

3 Ainda que, porventura, como crescentemente acontece, autorizadas pela Organização mundial, seja de forma expressa (Resoluções 770, 787, 816, 836, 908, 1031, 1088, 1174, 1244, 1247 (relativas à ex-Jugoslávia), 794 (Somália), 875 e 940 (Haiti), 929 (Ruanda), 1080 (região dos Grandes Lagos), 1101 e 1114 (Albânia), 1125, 1136, 1152, 1155 e 1159 (República Centro-Africana), 1132 (Serra Leoa), 1216 (Guiné-Bissau) e 1264 (Timor Leste)), seja de forma implícita. Cfr. a retoma do assunto *infra* n.º 71 e p. 17.

4 A doutrina jusinternacionalista portuguesa não tem deixado de dedicar atenção a esta problemática, como se documenta não só em passagens dos Manuais de Direito Internacional de referência mais recentes, como também nos artigos de Marques Guedes, Moura Ramos, Azeredo Lopes e Melo Rocha in Universidade Católica Portuguesa, *A Crise do Golfo e o Direito Internacional*, Porto, 1993, respectivamente a pp. 37-59, 19-35, 61-137 e 187-205; ou de Gomes Canotilho e Francisco Ferreira de Almeida, in Instituto da Defesa Nacional, *A Ingerência e o Direito Internacional*, Lisboa, 1996, respectivamente a pp. 9-33, 145-170; para além dos contributos de J.M. Pureza, “Da guerra justa à guerra justificada?”, *Política Internacional*, 1994-1995, n.º 10; M. Ramos Carmona, M. F.B. Silva, M.I. Alves Vieira, S. Vital de Figueiredo, “Direito de Intervenção Humanitária”, *Revista Jurídica da AAFDL*, 1996, n.º 20, pp. 259-297 e Isabel Raimundo, *Imperativo humanitário e não-ingерência*, Lisboa, 1998. Permita-se-nos, por fim, que relembremos alguns dos textos em que nós próprios nos fomos debruçando sobre esta matéria: *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, Coimbra, 1990, policopiado; “Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional”, *BFDUC*, 1995, vol. LXXI, pp. 287-345; também aparecido in Instituto da Defesa Nacional, *A Ingerência e o Direito Internacional*, Lisboa, 1996, pp. 77-129; “De quantas Cartas se faz a paz internacional?”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho (eds.), *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, 1998, pp. 1005-1060.

Do ponto de vista do *corpus iuris gentium*, coloca-se um problema fundamental: se se trata de, *ex novu*, pôr em causa a, afinal já não tão recente, Nova Ordem Internacional, proclamada por um Presidente americano no entusiasmo do fim da Guerra Fria⁵ (e que, embora sem correspondência absoluta com o esquema da Carta das Nações Unidas⁶, envolve publicização ou colectivização do emprego da força armada nas relações internacionais; se não, directamente, pelo Conselho de Segurança, pelo menos por coligações de Estados membros da ONU, capazes e dispostos a actuar em nome da Comunidade Internacional e como instrumento de (re)afirmação sancionadora da sua legalidade e de interesses comuns), ou se, pelo contrário, se trata de dar continuidade a formas de utilização primordialmente unilateral de força⁷, já muito antes concebidas, ainda que, eventualmente, aperfeiçoando-as, e nomeadamente pelo confronto com circunstâncias novas.

O problema geral pode ainda analisar-se em três questões particulares mais relevantes:

1. uma questão, simultaneamente material e metódica, sobre a natureza e o papel do Direito Internacional, que nos leva a inquirir sobre o modo adequado da (re)construção do mesmo e se se há-de com ele lidar com rígido formalismo ou antes se impõe dar prova de flexibilidade criativa, especialmente tendo em atenção as peculiaridades do tempo coevo;
2. uma questão sobre o significado institucional do Caso do Kosovo e da intervenção armada correspondente, no quadro da qual avulta a interrogação complementar sobre se a situação constitui indício de (admissível) cooperação interorgânica ou antes de (questionável, ou mesmo intolerável) concorrência de estruturas, e quais os modelos de relação inter-institucional (porventura alternativamente) concebíveis ou desejáveis⁸;

5 Apesar de tudo, bem mais comedido do que o analista da mesma nacionalidade, que até o fim da História vaticinou... Cfr. F. Fukuyama, "The End of History?", *The National Interest*, 1989, n.º16, pp. 3-18.

6 Continua este a ser um dado estrutural da vida internacional. Decorre, nomeadamente, do facto de persistir a incapacidade da Sociedade Internacional para assegurar o preenchimento da condição de celebração dos acordos especiais de disponibilização à ONU de forças armadas nacionais nos termos previstos pelo artigo 43º da Carta das Nações Unidas.

7 Nesta linha, por exemplo, a excelente sistematização de Linos-Alexandre Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, 1990, LGDJ.

8 O problema não é novo, tanto num quadro teórico, em que ainda hoje se destacam as reflexões de Michel Virally, *L'Organisation mondiale*, Paris, 1972, pp.295-297, como no prático plano normativo, sendo que aí esteve mesmo na base do equilíbrio "constitucional" insito na Carta das Nações Unidas.

3. uma questão sobre o seu significado jurídico-material, no contexto da qual importa indagar se o Caso do Kosovo configura um precedente de derrogação da ordem estabelecida ou antes particularidade de confirmação de mais funda tendência normativa de reponderação dos valores cimeiros de uma Comunidade Internacional em contínuo *fieri*.

Poder-se-ia ainda, com certeza, configurar algumas outras indagações, de alcance mais restrito, como a relativa ao papel e às (“auto”) limitações da NATO num tal contexto; nomeadamente se, “a montante”, a Organização constitui uma Organização regional, *notius* para efeitos do regime estatuído pelo Capítulo VIII da Carta das Nações Unidas, e se a sua natureza, tradicional, de entidade de defesa colectiva, se transmudou já plenamente⁹, permitindo que hoje antes se trate a Organização como entidade de cooperação na região euro-atlântica, especialmente na sensível matéria da paz e segurança internacionais¹⁰. Como se poderia perguntar se uma tal intervenção, para ser lícita, à luz do regime autónomo da NATO, não supunha que a Organização tivesse um outro documento “constitucional”, ou, pelo menos, um outro conceito estraté-

9 Neste sentido constituem elementos inquestionavelmente importantes a instituição da Parceria para a Paz (já vulgarmente conhecida pela sigla PPP), em 1994, e do Conselho de Parceria Euro-Atlântica (CPEA), em 1997; a assumpção de funções no âmbito temático da gestão de crises internacionais e prevenção de conflitos; a prática de diálogo e consultas regulares com terceiros regionalmente relevantes, num sentido de cooperação, como a Rússia ou a Ucrânia (com a primeira, por intermédio do Conselho Conjunto Permanente NATO-Rússia; com a segunda, através da Comissão NATO-Ucrânia e também de Cimeiras “paralelas”, como a que reuniu os Chefes de Estado e de governo da NATO com o Presidente da Ucrânia, aquando do encontro de 1999, em Washington), ou ainda os Estados mediterrânicos do Egipto, Israel, Jordânia, Mauritânia, Marrocos, Tunísia e Argélia (no quadro do Diálogo Mediterrânico).

10 O problema, reconduzível à complexa questão, mais abstracta, do conteúdo da noção de “acordo ou organismo regional” do Capítulo VIII da Carta das Nações Unidas, tem, justamente devido a este caso, vindo a suscitar uma nova vaga de reflexão doutrinal a que *infra* se faz referência (cfr. notas 121 e 138). Entretanto, sobre o modo como tradicionalmente se perspectivava, no plano jurídico-internacional, o modelo de relação de colaboração entre a instância mundial e as Organizações regionais, no domínio das tarefas de manutenção da paz e segurança internacionais e da solução pacífica dos conflitos internacionais, cfr. os nossos *Direito Internacional Público – II (Continuação)*. *Sumários das lições ao 5º Ano Jurídico de 1988-1989, preleccionadas pelo Dr. Barbosa de Melo e pelo Dr. Paulo Canelas de Castro*, Coimbra, s.d. (1989), policopiado, Parte III, pp. 1-31 e E.N. van Kleffens, “Regionalism and Political Pacts: with Special Reference to the North Atlantic Treaty”, *AJIL*, 1949, vol.43, pp. 668-669; H. Kelsen, “Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?”, *AJIL*, 1951, vol.45, pp. 162-165; H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 1966, pp. 319-320; M. Akehurst, “Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States”, *BYBIL*, 1967, vol.42, pp. 177-180; W. Hummer e M. Schweitzer, “Article 52”, in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 1994, pp. 689-691, 694, 699.

gico¹¹. Poder-se-ia mesmo interrogar, mais “a jusante”, se a intervenção não devia ter implicado uma conduta diversa das operações¹². Contudo, razões de economia e a clara opção por um certo grau de generalidade

- 11 A questão, cometida pela Cimeira de Madrid de 1997, e genericamente designada de “adaptação da NATO aos desafios de segurança do século XXI”, esteve no cerne dos debates da histórica 15ª Reunião Cimeira da Organização, comemorativa do meio século da sua existência, e realizada em Washington, de 23 a 25 de Abril de 1999. Cfr. *Revue de l'OTAN*, 1999, N.º 2. O conceito estratégico da Aliança foi efectivamente revisto no quadro da Cimeira. Cfr. texto in *Revue de l'OTAN*, 1999, n.º 2, pp.D7-D13 e a análise respectiva de Anthony Gragg, “Un nouveau Concept stratégique pour une ère nouvelle”, *idem*, pp.19-22. Esta revisão não constitui, contudo, um corte copernicano; nomeadamente porque não há abandono da vocação de defesa política e militar dos Estados da região claramente enunciada pelo art. 5º do Tratado do Atlântico Norte; texto in *UNTS*, vol. 34, pp. 243, ss.. Antes se trata de uma “evolução na continuidade” relativamente ao conceito estratégico de 1991. Na verdade, este já sufragava um conceito amplo de segurança, enunciator de um esforço fundamental de cooperação bi-dimensional (política e militar). E, em conformidade, promovia uma arquitectura de segurança europeia fundada na cooperação e parceria com Estados vizinhos, em detrimento do velho confronto político e militar dos tempos da guerra fria. Um dos desenvolvimentos mais significativos é a adição de uma terceira dimensão às duas dimensões, política e militar, do conceito de 1991. Esta “novidade” é constituída pela previsão de cooperação da NATO relativamente a planos de emergência e de natureza científica e ambiental.
- 12 Preocupados em particular, com a hipótese de a conduta da NATO ser dificilmente compaginável com o imprescindível respeito do direito internacional humanitário, *maxime* no que contende com o princípio da proporcionalidade das acções empreendidas, aventando-lo na Mesa redonda em que, sobre o Caso do Kosovo, participámos e que se documenta in *Forum Iustitiae*, 1999, n.º 4, pp. 6-15, *notius* pp.10. Será em razão da mesma preocupação que o Tribunal Internacional de Justiça entendeu chamar a atenção de ambas as partes no conflito para o dever de respeito das regras do direito internacional humanitário. O que fez nas mesmas decisões, proferidas no dia 2 de Junho de 1999, em que rejeitou as petições jugoslavas de medidas provisórias para que os Estados membros da NATO fossem conduzidos a “cessar imediatamente os [seus] actos de uso da força” e a “cessar qualquer acto de ameaça ou uso da força” (cfr. International Court of Justice, *Legality of Use of Force Yugoslavia v. Belgium*, N.º 105; *Yugoslavia v. Canada*, N.º 106; *Yugoslavia v. France*, N.º 107; *Yugoslavia v. Germany*, N.º 108; *Yugoslavia v. Italy*, N.º 109; *Yugoslavia v. Netherlands*, N.º 110; *Yugoslavia v. Portugal*, N.º 111; *Yugoslavia v. Spain*, N.º 112; *Yugoslavia v. United Kingdom*, N.º 113; *Yugoslavia v. United States*, N.º 114), in <www.icj-cij.org/icjwww/idocket.htm>). Aparenemente no mesmo sentido, leiam-se as advertências do Procurador do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, bem como da responsável máxima da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Mary Robinson (cfr. “Report on the Human Rights Situation involving Kosovo”, de 30 de Abril de 1999, in <http://www.unhcr.ch/html/menu2/5/kosovo_main.htm>). Em tom especialmente crítico, e mesmo peremptório quanto à qualificação devida, de crimes de guerra, dos factos alegadamente tidos por certos, cfr. também Raju G.C.Thomas, “NATO and International Law”, <<http://jurist.law.pitt.edu/thomas.htm>>; e Robert Hayden, “Humanitarian Hypocrisy”, <<http://jurist.law.pitt.edu/hayden.htm>>. A questão é tanto mais relevante quanto parece impender sobre os Estados interventores um dever jurídico de especial cuidado na execução da operação humanitária, traduzido, justamente, em obrigações de necessidade e proporcionalidade, de fundamento consuetudinário. Trata-se, aliás, de um dever que corresponde a uma exigibilidade que se afigura natural no plano moral ou político, uma vez que é relativa à credibilidade ou coerência de uma operação que se pretende fundada em imperativos tão rigorosos. E que se reforça pelo facto de os bombardeamentos se terem realizado fora do quadro estrito da Carta das Nações Unidas e mesmo do tratado institutivo da NATO. E que, por fim, se sublima juridicamente no facto, paralelo, de tanto a teoria como a prática convencional dos direitos humanos, em que se busca a inspiração humanitária da intervenção, não raro consagrarem “correspectivas” responsabilidades ou deveres a cargo de Estados ou povos (cfr., por exemplo, o artigo 32º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, in *UNTS*, vol. 1144, pp. 123, ss, ou os artigos 27º-29º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, in *ILM*, 1982, vol. 21, pp. 59, ss.).

induzem-nos a pouco mais fazer que superficial afloramento de tais problemas, e sempre no quadro das questões principais consideradas¹³.

1. QUESTÃO “METÓDICA”

A questão do método¹⁴ (de reconstrução) do Direito Internacional não é, com certeza, uma questão menor. Temos para nós que é até indício da qualidade superior e relevância de um Caso que ele nos obrigue a afrontar o nível, mais “subterrâneo”, dir-se-ia, dos problemas desta natureza. O Direito Internacional sempre viveu um dilema essencial entre professar o método “legalista”, vincadamente favorecido pelo positivismo, que o agarra estreitamente à letra dos compromissos estaduais assumidos e que, de alguma sorte, o parece aproximar da prática tradicional de ordenamentos mais “perfeitos”, como os nacionais, e um outro, mais “solto”, que, embora o pareça predispor às evoluções que sempre se confirmam necessárias perante o dinamismo e a novidade das circunstâncias da vida internacional, também não pode ser acolhido sem peias, sob pena de se incorrer num insuportável arbítrio, próprio quer do pragmatismo realista¹⁵, quer, no “extremo” oposto, de um intelectualismo doutrinal ou de um moralismo internacionalmente não legitimado e mesmo esterilmente utópico¹⁶. Sob a

13 Veja-se, contudo, o que *infra* se diz, *in* nota 138, bem como, na doutrina, Oliver Suhr, “The NATO Treaty as “a treaty on wheels””, comentário a artigo de Bruno Simma, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *EJIL*, 1999, Vol.10, n.º1, pp. 1-22; Raju G.C. Thomas, “NATO and International Law”, <<http://jurist.law.pitt.edu/thomas.htm>>; Ivo H. Daalder, “NATO, the UN, and the Use of Force”, <www.unausa.org/issues/sc/daalder.htm>; J.Kozyris, “Delayed Learning from Kosovo: Any Chance of Common Understandings of Facts and Law?”, <jurist.law.pitt.edu/phaedl.htm>; Robert Hayden, “Humanitarian Hypocrisy”, <jurist.law.pitt.edu/hayden.htm>.

14 As aspas que oneram a epígrafe visam denotar o desconforto sentido perante a ambivalente natureza do problema, afinal também de carácter substantivo, e próximo, entre outros, do domínio, fundamental e estruturante, das fontes próprias deste ordenamento jurídico.

15 Claramente inflacionada com a eclosão da Guerra Fria, esta teoria e tendência é, inquestionavelmente, a que mais extrema o diálogo tenso entre Direito Internacional e política internacional. Fá-lo a um ponto tal que o primeiro se arrisca a perder autonomia ou consistência.

16 Vide Scott, “International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics”, *EJIL*, 1994, vol. 5, pp. 313, ss.. É também disto que se trata, ao nível mais profundo, se bem vemos, nos interessantes artigos de Philip Alston, “The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalisation”, *EJIL*, 1997, vol. 8, pp. 435, ss. e de Shirley V. Scott, “International Lawyers: Handmaidens, Chefs, or Birth Attendants? A Response to Philip Alston”, *EJIL*, 1998, vol. 9, n.º 4, pp. 750-756. Eles têm ainda o mérito de, mais visivelmente, discutirem se o Direito Internacional terá sabido “captar”, integrar ou potenciar a era da globalização que acompanhou o ocaso do velho milénio. Era R.-J. Dupuy que, muito apropriadamente, distinguia entre uma utopia criativa e conformadora, influente sobre a realidade, e uma outra que, de tão divorciada desta, se torna estéril.

aparência de um debate polarizado em duas vias exclusivas, pode, contudo, aventamos, estar uma terceira senda teórica na qual antes poderá residir a resposta que se deve ter por mais bondosa.

A solução positivista pode naturalmente louvar-se na estrutura relacional dominante da Sociedade Internacional e na feição contratualista do processo genético tradicional do Direito correspondente. Em contrapartida, levada ao extremo, acaba por redundar numa intolerável rigidez que apenas é excepcionada em casos extremos e ainda de acordo com modos demasiado formalizados. Em especial, ela parece particularmente desadequada à obtenção de esclarecimentos normativos perante necessidades novas ou perante realidades não originariamente consideradas¹⁷. O que se afigura tanto mais grave quanto esta parece ser a condição do nosso tempo. E o que tem a decepcionante consequência de, perante momentos e situações de maior riqueza e originalidade, condições que, noutra leitura, antes se teriam por conformadoras, tal perspectiva surgir como inescapavelmente “abdicacionista” e se ver mesmo repetidamente constrangida à resignada fatalidade de, tabelionicamente, ter que proceder ao descoroçoante registo da ocorrência de sérias violações do Direito.

Diversamente, a via metodológica “construcionista”¹⁸ antes chama a atenção para a natureza “procedimental” do Direito Internacional¹⁹ e, em

17 Como resume Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989, p. 155, em tal hipótese, “o Direito é normativamente forte mas de alcance restrito”.

18 *Rectius* aquela corrente metodológica emergente que, no quadro específico do Direito Internacional, se aparenta com esta teoria de Relações Internacionais (um exemplo prático deste esforço é constituído por trabalhos recentes de Jutta Brunnée e Stephen Toope, no domínio particular do direito dos cursos de água internacionais; cfr. “The Changing Nile Basin Regime: Does Law Matter?”, no prelo). Na linha de pensamento que, no quadro da Teoria das Relações Internacionais, directamente merece esta designação, as normas particulares e valores comuns ou partilhados assumem uma posição crucial no sistema das relações internacionais próprias desta Sociedade mundial, uma vez que as identidades e papéis associados dos actores se geram e reproduzem por um processo de dinâmica interacção mútua que envolve não só comportamentos mas também concepções partilhadas e compreensões intersubjectivas, ou seja, em que o discurso – tanto político como científico – tem papel primacial na construção da realidade. Assim, A. Wendt, “Collective Identify Formation and the International State”, *American Political Science Review*, 1994, n.º88, pp. 384-397; Peter J. Katzenstein (ed), *The Culture of National Security*, New York, 1996; A. Wendt e D. Friedheim, “Hierarchy under Anarchy: Informal Empire and the East German State”, in Thomas J. Biersteker e C. Weber (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996, pp. 248-254; Strang, “Contested Sovereignty: The Social Construction of Colonial Imperialism”, *idem*, p. 22; Alexander B. Murphy, “The Sovereign State System as Political – Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations”, *ibidem*, pp. 81-120; Thomas J. Biersteker e Cynthia Weber, “The Social Construction of State Sovereignty”, *ibidem*, pp. 1-120; Radney Bruce Hall, “Moral Authority as a Power Resource”, *International Organization*, 1997, n.º51, p.359; e John Gerard Ruggie, “What

particular, para o valor que, no quadro dos processos genéticos do Direito Internacional, se devolve ao costume²⁰. Assim é, sobretudo, quando esta forma de criar ou revelar Direito, outrora tão paulatina, já aparece dogmaticamente renovada; em especial, para se adequar à celeridade da vida coeva moderna²¹ e, em geral, às necessidades do tempo que corre. Eis o que se detecta e pretende evidenciar nas imagéticas designações de “costume espontâneo”²², “instantâneo”²³ ou “selvagem”²⁴. Por outro ângulo, e de modo diferente dos cânones da escola realista²⁵ ou mesmo da escola neo-realista, seja a que hiperboliza as rivalidades dos poderes-Estados²⁶,

Makes the World Hang Together? Neo-Utilitarianism and the Social Constructivist Challenge”, *International Organization*, 1998, Vol.52, pp. 855-885. De notar ainda que, do ponto de vista epistemológico, esta corrente teórica não constitui um bloco monolítico. Antes nela se pode divisar um dissídio fundamental entre os construcionistas “convencionais”, que aceitam a possibilidade de realização de investigações sociológicas objectivas, e os pós-modernistas (exemplarmente, Jens Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, 1995), que rejeitam a hipótese da existência de uma realidade objectiva, crentes de que o observador se insinua sempre no objecto da observação.

19 No sentido de um Direito Internacional que melhor se compreende se for visto como um procedimento de constantes decisões ou intersubjectivo diálogo de representações perante as interpelações das situações da vida e as pretensões que os actores sociais colocam, e não tanto, como preferem as leituras positivistas, como uma rêsita de regras estavelmente pré-estabelecidas. *Vide*, paradigmaticamente, Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, London, 1994, p.2.

20 Sobre o problema, em geral, Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989, pp. 342-421.

21 Não cuidamos aqui de tomar posição no debate, igualmente próprio da hora que corre, sobre se a condição presente é “pós-moderna” ou antes “segundo-” ou “tardo-moderna” (neste sentido, Jesus Ballesteros, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia?*, Madrid, 1989, pp. 85-87). Ele não é, contudo, irrelevante, já que nele perpassa, pelo contrário, um especial esforço de caracterização das realidades, problemas, interrogações e mesmo “angústias” que o Direito Internacional é chamado a integrar ou resolver. É o caso da questão dos impactes neste ordenamento do fenómeno dito da globalização. Nesta senda, Rüdiger Voigt (ed.), *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden, 1999/2000, Nomos.

22 Cfr. R. Ago, “Science juridique et droit international”, *RCADI*, 1956, vol. 90, tomo II, pp. 932,ss..

23 Cfr. Bin Cheng, “United Nations’ Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?”, *IJIL*, 1965, vol. 5, pp. 23-48.

24 R.-J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la “soft law””, in *SFDI, L’Elaboration du droit international public. Colloque SFDI*, 1975, pp. 132, ss..

25 Cfr. H. Kissinger, *A World Restored: Metternich, Castlereagh and the Problems of Peace, 1812-1822*, London, 1957 e H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, 1978, 5ª ed.

26 K.N. Waltz, *Theory of International Politics*, 1979, pp. 113, ss. e “The Emerging Structure of International Politics”, *International Security*, 1993, vol. 18, pp. 44, ss.. Como diz Stephen D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, 1999, p.45, o neo-realismo é uma teoria orientada para os actores, funcional e utilitarista, sendo que, nela, tais actores – no caso Estados soberanos racionais e maximizadores de valores – são tidos como um dado. *Vide* ainda a análise crítica de Alexander Wendt, “The Agent-Structure Problem in International Relations Theory”, *International Organization*, 1987, vol.41, pp. 336-370.

seja a que lhe substitui o choque das civilizações²⁷ (o que igualmente se nos afigura importante, já que também esta linha de pensamento não consegue deixar de ser unilateralmente claudicante, embora, desta feita, perante interesses, estruturalmente fugazes e, quase sempre, do mais forte), e que sempre põe uma particular ênfase nas noções de auto-tutela (de poder ou de interesses) e de autonomia, a linha metodológica que tendemos a favorecer, antes se caracteriza, tal como a corrente positivista, por exaltar o valor e a centralidade dos cânones jurídicos. Contudo, e diversamente do que *ex necessitate* acontecia com aquela outra opção, definitivamente a tanto condenada pelo “colete de forças” das suas “auto-suficientes” premissas metodológicas e do seu contratualismo sem limites, esta outra senda para que propendemos não se basta com a simples identificação de um monolítico corpo de regras jurídicas, de natureza e valor únicos e quase sempre porosas e mal definidas. Isto é, ela não se limita a detectar regras apenas e inevitavelmente conformadoras de um acidental, variável ou disponível acervo jurídico; ou seja ainda, de um Direito afinal sempre frágil ou dependente da, tendencialmente irrestrita, vontade caprichosa dos Estados, e, por isso, de alcance precário ou eminentemente lacunar. Antes também atenta na categoria diversa dos princípios cimeiros. Reconhece-lhes mesmo funções sistémicas que, depois, lhe permitem mesmo a todos conceber, regras e princípios, como constituintes de vera ordem jurídica²⁸. Expressão dos valores fundamentais ou das opções de fim e sentido de uma Sociedade Internacional que, cada vez mais, aposta em perseguir a identificação de interesses comuns e em os prosseguir de modo jurídico-normativo, tais princípios jurídicos fundamentais oferecem a vantagem teórica de permitirem, e efectivamente melhor se adequarem, à evolução da vida, e mesmo a propiciarem²⁹; sem que isso se traduza,

27 Cfr. S. Huntington, “The Clash of Civilizations”, *Foreign Affairs*, 1993, vol. 72, pp. 22, ss. e *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996.

28 Compreendendo assim o universo das regras jusinternacionalistas e chamando a atenção para o papel dos princípios gerais do Direito Internacional na garantia da sua coerência sistemática, vide, logo no primeiro quartel deste século, Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbilde auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, 1923, p.98, ss. e, ainda do Autor de Viena, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926, pp. 1-12; bem como Viktor Bruns, “Das Völkerrecht als Rechtsordnung”, *ZaöRV*, 1929, pp. 1-56. O problema é ainda exemplarmente abordado, mais próximo de nós, por H. Mosler, “Völkerrecht als Rechtsordnung”, *ZaöRV*, 1976, vol. 36, pp. 6-49.

29 Sobre as funções sistémicas dos princípios fundamentais do Direito Internacional, cfr., por todos, num plano global, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, pp. 1038, ss.. Tentando aplicar a lição a ramo particular do Direito Internacional, veja-se o que dizemos in Paulo Canelas de Castro, “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, *Nação e Defesa*, 1998, n° 86, pp. 125-126; e “The Future of International Water Law”, in FLAD, *Shared Water Systems and Transboundary Issues, with special emphasis on the Iberian Peninsula*, Lisboa, 2000, pp. 158-159.

necessariamente, na renúncia a referências estruturantes globalmente assumidas. Pelo contrário, da sua própria natureza antes resulta que tais princípios funcionam como entidades normativas catalizadoras do seu próprio esclarecimento, em particular perante tipos de casos dotados de características inovadoras. A opção em análise tende pois a acentuar a abertura heurística aos momentos de desenvolvimento do Direito, o que faz, justamente, através da densificação progressiva desses princípios e das demais normas, num processo simultaneamente acompanhado pela devolução aos juristas da nobre tarefa de identificação das tendências portadoras de futuro³⁰. E implica o reconhecimento de que, no seu processo evolutivo, a Ordem Jurídica Internacional se tem vindo a diversificar e a tornar normativamente mais complexa e ambiciosa³¹. Mas também que ela se vai crescentemente organizando do ponto de vista interno; e que assim é, até, num duplo sentido, material e sistemático³². Os referidos princípios fundamentais constituem por isso, justamente, sinal da maturi-

30 Neste sentido, muito justamente, A. Cassese, no último parágrafo do seu “*Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*”, *EJIL*, 1999, vol. 10, nº1, pp. 23-30. Refira-se, aliás, que consideramos tal papel como o justo equilíbrio entre a liberdade-criatividade e a limitação-descrição que poupa os jusinternacionalistas à tentação-“ratoeira” de um voluntarismo tão político-juridicamente deslegitimado quanto normativamente ilusório e inútil.

31 Sinal disso é, por exemplo, a progressiva abordagem de matérias, elas próprias intrinsecamente tão complexas, como as do risco (cfr. entre nós e neste volume, o artigo de Gomes Canotilho, “Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias” e, em geral, as reflexões do filósofo de Munique Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986; desde há pouco, também, *World Risk Society*, Cambridge, 2000).

32 Referindo estas duas notas, ainda que a propósito da evolução do Direito dos cursos de água, permita-se-nos o reenvio para os nossos “*The Judgement in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law*”, *YBIEJL*, 1997, vol. 88, pp. 24-26 e “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, *Nação e Defesa*, nº 86, 1998, pp. 122 e 127. Mas, sobretudo, atente-se nas magistrais observações de Thomas Franck, logo no início da sua monografia *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1997, pp. 4 e ss., em que, para além de apontar a “maturidade e complexidade” de um Direito Internacional que apreende como um “sistema jurídico completo” (é por esta razão até que o Professor de Nova Iorque entende não mais fazer sentido prático a velha questão sobre a existência e natureza da Ordem Jurídica Internacional, questão que, durante tanto tempo, consumiu algumas das melhores energias da mais fina doutrina jusinternacionalista – pense-se, nomeadamente, entre nós, nas páginas admiráveis que Afonso Queiró dedicou ao assunto, quer in “O fundamento do direito internacional”, *BFDUC*, 1948, vol. 24, pp. 294-321, quer in *Direito Internacional Público*, Coimbra, 1960, policopiado, *maxime* pp. 15-54, antes se devendo presumir que ela dá resposta aos problemas da vida internacional), identifica a questão da “justiça” ou “equidade” (*fairness*), na dupla vertente da legitimação ou justiça formal (“*procedural fairness*”) e justiça distributiva (“*distributive justice*”), como o problema da fase presente, que, tão sugestivamente, denomina de “pós-ontológica”.

dade e da coerência, neste sentido “constitucionais”³³, de que o ordenamento já dá provas³⁴. O que vale também por dizer que operam em detrimento de um Direito relativista e contratualista que, ao redundar na quase impos-

33 Daí também que seja cada vez mais cabido e oportuno perguntar pela hipotética Constituição desta nóvel Sociedade ou Comunidade Internacional. Tal como faz, também neste volume, *supra*, João Loureiro, “Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens (Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco)”, em especial no ponto III.2. Ainda assim, uns quantos Autores, como bem se espelha in R. St. J. Macdonald, “The United Nations Charter: Constitution or Contract?”, in R. St. J. Macdonald e D. M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague, 1983, pp. 889-912, entendem que o problema está já resolvido com a Carta das Nações Unidas. Seria a Carta, justamente, a “Constituição” da Sociedade Internacional. O que se pode duvidar é que esta leitura, porventura sugestiva, senão mesmo adequada para o mundo da Guerra Fria, mas, afinal, redundante na rigidificação do *status quo* de uma ordem social efectivamente resistente à evolução, ainda possa surtir o efeito apontado ou pretendido, sem mais, para o mundo “globalizado”, e cada vez mais plural, que se segue à queda do Muro; o problema está presente, em termos teóricos mais gerais, in Niklas Luhmann, “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal*, 1990, pp. 176-220. É ainda aquela mesma convicção-demanda de uma constituição material da Sociedade Internacional particular que se organiza na União Europeia que perpassa in Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu sentido, problema e limites)*, Coimbra, 1997. Também descobrindo uma vocação constitucional no direito internacional do comércio, Miguel Poiares Maduro, “International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies?”, *supra* neste número da *Nação e Defesa*.

34 A procura do segmento “constitucional” do Direito Internacional, sinal da sua maturidade, foi um vector dominante da obra, de marcada feição doutrinal, de Autores como o pioneiro C. van Vollenhoven, “Scope and Content of International Law”, *Bibliotheca Visseriana*, vol. X, 1932, pp. 7, ss. e 39-107 e, mais tarde, sobretudo, Georg Schwarzenberger, quer in *International Law and Order*, London, 1971, quer in *International Law, Volume III: International Constitutional Law*, London, 1976. Como é ela ainda que anima o labor de Georges Scelle, *maxime in Précis de droit des gens. Principes et systématique. II Partie. Droit constitutionnel international*, Paris, 1936, pp. 10-12 e a sua “competencialista” teoria do *dédoublement fonctionnel* dos Estados. Contudo, só com desenvolvimentos recentes parece pacífico dizer-se que o ordenamento internacional tende a aparecer estruturado em termos que o aproximam do figurino tradicional das ordens jurídicas nacionais pós-iluministas. Para além dos princípios, desempenham, neste contexto, um papel igualmente especial as “novas” estruturas de regras imperativas ou de *ius cogens* (cfr. G. Gaja, “*Ius Cogens* beyond the Vienna Convention”, *RCADI*, 1981, vol. 172, t. III, pp. 280-281; e, entre nós, Wladimir Brito, *Contributo para o Estudo do Ius Cogens Internacional*, Braga, 1996; e Eduardo Correia Baptista, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, 1997), ou de obrigações *erga omnes* (Annacker, “The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *Austrian JPIIL*, 1994, vol. 46, pp. 131, ss.; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 1997; e, na doutrina nacional, Patrícia Galvão Teles, “Obligations *erga omnes* in international law”, *Revista Jurídica da AAFDL*, 1996, n° 20, pp. 73-135) e até o controvertido conceito de crime internacional (G. Gaja, “Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Ius Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts”, in J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States. A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, 1989, pp. 151, ss. e A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, 1996). Num outro plano, deve-se também relevar a cada vez mais certa institucionalização da Sociedade Internacional e da sua Ordem Jurídica. Cfr., neste sentido, as constantes “chamadas de atenção” de R.-J. Dupuy, *Le droit international*, 7ª ed., Paris, 1986, em toda a sua II Parte, bem como, do mesmo Autor, “Communauté internationale et disparités de développement”, *RCADI*, 1979, vol. IV, t. 165, pp. 55-66 e 78-102, e, mais próximo no tempo, Stephen D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, 1999, pp. 56-60, 67-71.

sibilidade teórica da sua afirmação a um nível global, na prática ficaria refém de objectores persistentes (e, por vezes, bem isolados)³⁵, ou seja, de Estados dados a *Alleingänge* ou a magníficos isolamentos eminentemente contraditórios com a pulsão comunitária que, apesar de todas as inconseqüências³⁶, a Sociedade Internacional tende crescentemente a revelar³⁷. Para além do favor que tal orientação parece tender a merecer na doutrina³⁸, e não só a mais vincadamente jusinternacionalista^{39,40}, ela parece decisivamente coonestada pela realidade presente do Direito Interna-

35 Sobre o problema, cfr. P.-M. Dupuy, “A propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l’objectif persistant”, in *Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, pp. 257-273.

36 Insistindo na sua denúncia, Georges Abi-Saab, “Whither the International Community?”, *EJIL*, 1998, vol. 9, n° 2, 264.

37 Veja-se o tratamento desta problemática da amizade à Ordem Jurídica Internacional, na doutrina alemã, por parte de Christian Tomuschat, “Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit”, in J. Isensee e P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1992, pp. 483-523 e, entre nós, por Gomes Canotilho, “Offenheit vor dem Völkerrecht und Völkerrechtsfreundlichkeit des portugiesischen Rechts”, *AVR*, 1996, vol.34, n°1, pp. 47-71.

38 Expressões desta propensão são, por exemplo, os já clássicos trabalhos de W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964; H. Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *RCADI*, 1974, vol. IV, pp. 1-320; Albert Bleckmann, *Die Aufgaben einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, Heidelberg, 1978; R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, Paris, Economica/Unesco, 1986, sobretudo pp. 145, ss.; e, de variável modo, mais recentemente, Frederick Kratchowil, *Rules, Norms, and Decisions*, Cambridge, 1989; Jochen Frowein, “Das Staatengemeinschaftsinteresse – Probleme bei Formulierung und Durchsetzung”, in *Festschrift für K. Doehring zum 70. Geburtstag*, 1989, pp. 219, ss.; Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford, 1990; Thomas Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, 1990; e, do mesmo Autor, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1997, *maxime* pp. 10-13; M. Lachs, “Quelques réflexions sur la communauté internationale”, in *Mélanges M. Virally*, 1991, pp. 349, ss.; C. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *RCADI*, 1993, vol. 241, pp. 195, ss. e, do mesmo Autor, “Die internationale Gemeinschaft”, *AVR*, 1995, vol. 33, pp. 1, ss.; e ainda B. Simma, “From Bilateralism to Common Interest in International Law”, *RCADI*, 1994, vol. VI, t. 250, pp. 217, ss..

39 Veja-se, noutras áreas de saber, ou em domínios teóricos de difícil qualificação nos quadros tradicionais, porque assumidamente “mistos”, S. Burley, “International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda”, *AJIL*, 1993, vol. 87, pp. 205, ss.; A.M.Slaughter, A. Tulumello, S. Wood, “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, *AJIL*, 1998, vol. 92, pp. 367, ss.; e, entre nós também, J.M. Puzosa, “O lugar do direito num horizonte pós-positivista”, *Política Internacional*, 1998, vol.2, n°18, pp.79,ss..

40 No plano mais tipicamente filosófico, ou de assumida radicação no universo da Teoria das Relações Internacionais, cfr. Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, New York, 1977; Alan Donagan, *The Theory of Morality*, Chicago, 1977; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980; Terry Nardin, *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton, 1983; Joseph Boyle, “Natural Law and International Ethics”, in Terry Nardin e David R. Mapel (eds.), *Traditions of international ethics*, Cambridge, 1992 e Fernando Tesón, “The Kantian Theory of International Law”, *ColLR*, 1992, pp. 53-102.

cional positivo. Assim é no domínio dos sujeitos jurídicos^{41,42}. Assim é ainda no domínio das fontes⁴³. Como assim é, consequentemente, no

41 Genericamente, a tendência exprime-se no destacar da consolidação, no Direito positivo, de um plural conjunto de outros sujeitos de Direito Internacional (naturalmente, para além dos tradicionais Estados que, no final da década de sessenta, ainda eram vistos pelo sábio Brierly como os sujeitos por excelência desta ordem; cfr James Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, 1967, 6ª ed., pp.1-16) e que transcende mesmo as leituras, não menos reducionistas ou unilaterais, quer de um G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. I Partie. Introduction. Le milieu intersocial*, Paris, 1932, quer de um L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, leituras onde se apresenta a Sociedade Internacional como uma sociedade de indivíduos aos quais o Direito Internacional se aplica directamente.

42 De entre estes novos sujeitos, a doutrina tem-se concentrado, sobretudo, na consolidação da posição jurídica dos indivíduos, titulares de, cada vez mais “operacionais”, direitos humanos (para além de um *status negativus*, o Direito Internacional mais recente vai, pois, igualmente, consagrar um *status activus* e mesmo um *status positivus*) e também chamados a assumir, no plano internacional, as responsabilidades individuais por crimes hediondos (*status passivus*), e das ONGs, relativamente às quais se questiona, em especial, sobre o conteúdo, porventura variável, e os confins do emergente estatuto jurídico (assim, nomeadamente, Otto, “NGOs in the United Nations System: the Emerging Role of International Civil Society”, *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18, pp. 107, ss. e Schulze, “Nicht-Regierungs-organisationen und die Demokratisierung der Vereinten Nationen”, in K. Hüfner (ed.), *Die Reform der Vereinten Nationen*, 1994, pp. 119, ss.; e, entre nós, sem escamotear todas as dúvidas que assaltam quem trilha estas sendas por desbravar da nova subjectividade jurídico-internacional, Ana Luísa Riquito, “Variações sobre a nova sociedade civil mundial: ONG’s internacionais: um sujeito sem personalidade...?”, neste mesmo número da *Nação e Defesa*). Acresce ainda a categoria “povo”, em especial pelo facto da sua titularidade do direito à auto-determinação (sobre este outro novo sujeito, *vide infra* nota 46. Todos estes desenvolvimentos, por sua vez, e a tendência paralela para, crescentemente, se configurarem soluções internacionais (ou não nacionais) para os problemas do presente, com a consequente habilitação de instituições internacionais para assegurarem as funções jurídicas das comunidades humanas de referência (em relação às quais, contudo, se apresentam como cada vez mais distantes e autoritárias ou poderosas), tornam cada vez mais actual e premente a abordagem do problema da legitimidade e da democracia na nova Ordem Jurídica Internacional; ou seja, a questão da superação do *deficit* democrático de tantas destas novas formas de “governança global” (exemplarmente, Daniel Bodansky, “The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?”, *AJIL*, 1999, vol. 93, pp. 596-624; de notar, contudo, que estes apelos à “democratização” da Sociedade e Ordem Internacionais configuram um segundo sentido de democracia internacional ou uma nova geração de ideias de democracia, bem diferentes dos que primeiro protagonizou um Alvarez, *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, 1959, e que, por exemplo, encontram expressão, ainda que sob a forma de resposta desfavorável e mesmo reprovadora, in Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, *AJIL*, 1983, vol. 77, pp. 413, ss., *maxime* p. 420: o que aqui está em causa é apenas o problema da distribuição de poder entre os Estados, exclusivamente entre os Estados, e nomeadamente o poder do voto na adopção de resoluções internacionais – cfr., ainda, Cromwell Riches, *Majority Rule in International Organization: A Study of the Trend from Unanimity to Majority Decision*, 1940). Merecem destaque, neste quadro, as respostas-propostas de Thomas Franck, que visionariamente contemplam não só a consagração de um direito a governo democrático (cfr. Thomas Franck, *The Power of Legitimacy*, 1990 e “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL*, 1992, vol. 86, p. 46, ss.) como até a representação política dos novos sujeitos de Direito Internacional, e dos povos, em particular, numa segunda câmara da Assembleia Geral das Nações Unidas (cfr. Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1997, p. 483; veja-se ainda, em sentido idêntico, David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, 1995, pp. 269-274, que propõe a

domínio do Direito material e institucional⁴⁴, em áreas como as dos Direitos Humanos⁴⁵, do Direito à autodeterminação dos povos⁴⁶, do Direito dos espaços, como o Direito do mar⁴⁷, ou do Direito Internacional do ambiente⁴⁸. Tais evoluções simbolizam, cada uma no segmento problemático a que respeita, a predisposição da Sociedade Internacional para ensaiar uma transição de paradigmas⁴⁹, ainda quando lenta e nem sempre

instituição, por eleição directa, de uma assembleia independente de povos democráticos; e, mais moderada, Hilary French, “Strengthening International Governance”, *Journal of Environment and Development*, 1995, n° 3, p. 50, ao apontar para a constituição de um órgão internacional composto por representantes de parlamentos nacionais; mas veja-se também o cepticismo oposto a tais propostas por S. Marks, “The End of History? Reflections on some Legal Theses”, *EJIL*, 1997, vol. 9, pp. 449, ss.; O. Schachter, “The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law”, *ColJTL*, 1997, vol. 36, pp. 7, ss. e Daniel Bodansky, “The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?”, *AJIL*, 1999, vol. 93, p. 615).

43 Avulta então, por um lado, dentro do elenco tradicional de fontes, a descoberta de um costume renovado na sua feição e processo constitutivo (entre nós, neste mesmo número, Mário João Fernandes, “Uma nova ordem jurídica internacional ? Novas do sistema de fontes. Contributos do direito internacional do ambiente”) e, por outro lado, a atenção prestada à problemática da *soft law* (assim, paradigmaticamente, Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000), mesmo quando nem todos partilham da opinião de que se deva inscrever o fenómeno no “selecto” elenco das fontes típicas de obrigações jurídicas: neste sentido, Prosper Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, *RGDIP*, 1982, n°1 [separata].

44 É desde logo importante o despertar para esta outra dimensão do Direito. De entre os mais notáveis e pioneiros trabalhos neste sentido tem que se destacar, para lá dos já mencionados trabalhos de R.-J. Dupuy (cfr. *supra* nota 34), Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *RCADI*, 1987, v. 207, p. 452, que, referindo-se à ONU, fala mesmo de “papel estruturante”.

45 Por exemplo, Hurst Hannum, “Human Rights”, in Oscar Schachter e Christopher C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order*, vol.1, Cambridge, 1995, pp. 319, ss..

46 Cfr. C. Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1983; A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Oxford, 1996; Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, ed. rev., Philadelphia, 1996; e, em particular sobre o multifacetado contributo português para o desenvolvimento deste Direito, Miguel Galvão Teles e Paulo Canelas de Castro, “Portugal and the Right of Peoples to Self-Determination”, *AVR*, 1996, vol. 34, n° 1, pp. 3-46, bem como a bibliografia aí indicada.

47 Entre nós, A. Marques Guedes, *Direito do Mar*, Lisboa, 2ª ed., Coimbra, 1998 e Paulo Canelas de Castro, “Do *Mare Clausum* ao *Mare Commune*? As viçosas mutações do Direito Internacional do Mar”, *Revista Jurídica da AAFDL*, 2001, no prelo; bem como, mais amplamente, “Do *Mare Clausum* ao *Mare Commune*. Em busca do fio de Ariadne através de cinco séculos de regulação jurídica do Mar”, texto preparado para o Colóquio “Portugal-Brasil, Ano 2000”, realizado em Coimbra em 1999, no prelo.

48 Permita-se-nos o reenvio para o nosso ensaio-síntese “Mutações e Constâncias do Direito Internacional do Ambiente”, *RJUA*, 1994, n°2, pp. 145-183.

49 No sentido de que lhe é dado por Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., Chicago, 1970. Utilizando mesmo tal expressão, ainda que referida ao Direito dos cursos de água, domínio “resistente” em que tais evoluções se têm feito sentir de forma mais tímida e tardia, cfr. A. Nollkaemper, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint*, Dordrecht, 1993; E. Hey, “Sustainable Use of Shared Water Resources: the Need for a Paradigmatic Shift in International Watercourses Law”, in Gerald Blake et al. (eds.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, London, 1995, pp. 128-130.

com irrepreensível consequência, mas genericamente orientada no sentido da busca de um Direito mais cosmopolita e com laivos de comunitarismo. Ou seja, da demanda de um Direito que traduza e conforte a própria propensão da Sociedade Internacional para se conceber como mais solidária⁵⁰ Comunidade Internacional^{51,52}. Neste vero corte epistémico, ressalta a tendência para que a estrutura, ainda e sempre persistente⁵³, e mesmo, ainda, central, da soberania⁵⁴ deixe de ser concebida como um espesso manto desculpabilizador de desmandos, uma insondável caixa preta que omite as mais inconfessáveis barbáries, para antes tender a aparecer como um instrumento funcional de “respiração” de indivíduos⁵⁵ e povos⁵⁶, num

50 Neste sentido, Macdonald, “The Principle of Solidarity in Public International Law”, in C. Dominicé, R. Patry e C. Reymond (eds.), *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, 1993, pp. 275, ss. e, entre nós, José Manuel Pureza, *O Património Comum da Humanidade: Rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Porto, 1998.

51 Ao utilizar o célebre *tandem* conceptual introduzido por Ferdinand Tönnies (na sua obra *Gemeinschaft und Gesellschaft*, de 1887) e, em geral, disseminado pela sociologia, emprestamos ao termo “comunidade”, e ao adjectivo nele fundado, o conteúdo e sentido de interesses, valores, instituições e processos comuns, intimamente partilhados pelos sujeitos de um grupo e que os fazem sentir-se envolvidamente integrantes desse grupo; que não, portanto, o de opções ou interesses individuais, racionalmente determinados, antes determinantes da realidade societária. Ou seja, a comunidade é uma realidade que transcende e faz transcender a mera interdependência, factual, contratual ou comunicacional (a propósito da Sociedade mundial, esta última acepção é essencialmente relevada por N. Luhmann; cfr. as suas obras *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 571, ss e *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, pp. 148, ss.). Também no sentido aqui proposto, Bruno Simma e Andreas L. Paulus, “The “International Community”: Facing the Challenge of Globalization”, *EJIL*, 1998, vol. 9, n° 2, pp. 266-277.

52 O termo “Comunidade Internacional” é também abundantemente utilizado, nas respectivas Resoluções, pelas mais conhecidas instâncias internacionais. Assim é, nomeadamente, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pelo Conselho de Segurança. Daqui não se pode, contudo, extrair um qualquer sentido normativo, porquanto as acepções são notoriamente variadas. O mesmo se pode dizer, genericamente, do uso que do termo faz o Tribunal Internacional de Justiça, embora a propensão deste órgão pareça ser a de empregar tal expressão no sentido de “todos os Estados da Sociedade Internacional”.

53 Apesar das não menos notórias tensões a que se encontra sujeito. Foram essas tensões que levaram mesmo uma Autora a, sugestivamente, resumir que “a autonomia do Estado derramou-se, para cima, para o lado, para baixo e, em alguns assuntos (...) evaporou-se”. Cfr. Susan Strange, “The Defective State”, *Daedalus*, 1995, v. 24, p. 56.

54 Cfr. Silvério da Rocha e Cunha, “A paradoxal estabilidade: sobre a persistência do Estado-Nação nas relações internacionais”, *Economia e Sociologia*, 1990, n° 49, pp. 169-178. Constatando-o também, mesmo no quadro, aparentemente mais difuso, da crescente Ordem globalizada, e explicando-o pelo papel que, mesmo nela, ele aí continua a jogar, Lind, “The Catalytic State”, *The National Interest*, 1992, pp. 3, ss. ou L. Weiss, *The Myth of the Powerless State: Governing the Economy in a Global Era*, 1998.

55 Neste sentido, o apelo neo-kantiano de Tesón, “The Kantian Theory of International Law”, *ColLR*, 1992, pp. 53, ss. e, mais recentemente, *A Philosophy of International Law*.

56 Inclusive, o que só numa leitura apressada poderá parecer paradoxal, perante as desigualdades que o mundo globalizado não fez desaparecer e, em certos casos, até potencia. Neste sentido, B. Kingsbury, “Sovereignty and Inequality”, *EJIL*, 1998, v. 9, n°4, pp. 599-625.

Mundo mais complexo⁵⁷ mas também mais finito⁵⁸, seguramente rico em desafios-oportunidades⁵⁹ internacionais⁶⁰, um espaço de síntese – ainda que não único – entre a escala global e o particularismo individual ou local. Confirma-o ainda a inegável apetência do Direito do novo milénio para abordar, com insistente determinação, a dimensão problemática da sua aplicação^{61,62}; isto é, para, também normativamente, “passar à acção”, assim deixando de aparecer como mero voto pio ou estéril exortação⁶³ e

57 Complexo, desde logo, porque feito de novos actores e porventura mesmo inovadoras subjectividades jurídicas. Neste sentido, cfr. o que *supra* se refere *in* p. 88, no texto e nas notas 41 e 42.

58 No sentido de Valéry, quanto ao clube de Estados. Mas a constatação não deixa de ter a implicação, sartriana, de simultâneos problemas advindos do outro-próximo. Mas também o potencial; sendo que este é propiciado pelas interdependências. Naturalmente, se positivamente geridas (que não belicisticamente), ou seja, numa lógica de cooperação, que sublima as hipóteses de conflito ou, simplesmente, de apática e divorciada coexistência.

59 Importamos o “conceito” da literatura abundante que, nos últimos anos, tem procurado identificar os desafios, mas também as oportunidades, que se têm colocado em cada sector da vida internacional e no seu correspondente tratamento jurídico. Cfr., por exemplo, a propósito da ordem comercial mundial, Renato Ruggiero, “Chancen und Ausforderungen. Neue Aufgaben für die Welthandelsorganisation”, *Internationale Politik*, 1996/7, pp. 39-46.

60 Que esta nova visão crítica ou funcionalista do Estado, não implica a morte deste, senão a revisão da sua compreensão e utilidade (cfr. D.M. Johnston, “Functionalism in the Theory of International Law”, *CYBIL*, 1988, vol.26, pp. 3-60), é o que se evidencia, de forma que quase se diria especialmente dramática, na recente reflexão sobre o lugar da estrutura estadual na dinâmica e, por vezes, “revolucionária” área das Relações e do Direito Internacionais em matéria de protecção ambiental. Neste sentido, nomeadamente, R.-J. Dupuy, “Humanity and the Environment”, *CJIELP*, 1991, n.º2, pp. 201-204 e Karen T. Liftin (ed.), *The Greening of Sovereignty in World Politics*, Cambridge, Massachusetts, 1998.

61 Para uma boa análise, mesmo se muito sintética, das razões, modos e problemas que coloca esta nova deriva do Direito Internacional, no caso particular do direito do ambiente, cfr. o comentário de Layla A. Hughes, “Foreword: the Role of International Environmental Law in the Changing Structure of International Law”, *GIELR*, 1998, vol. 10, pp. 250-254.

62 Neste sentido também, toda a reflexão em curso, no contexto da Comissão de Direito Internacional e não só, sobre o instituto da responsabilidade internacional (cfr., os vários artigos constantes de “Symposium: State Responsibility”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n.º 2, pp. 339, ss.; o relato sobre o andamento dos trabalhos da CDI *in* J. Crawford, P. Bodeau e J. Peel, “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des Etats et de la Commission du Droit International”, *RGDIP*, 2000, n.º4, t. 104, pp. 911-938; bem como, na doutrina portuguesa, *supra*, nesta mesma obra, o contributo de Azeredo Lopes, “A Responsabilidade Internacional do Estado: entre Codificação e Realidade”) ou sobre as instâncias jurisdicionais penais e ainda, num ramo especial de Direito de tanta actualidade como é o direito dos conflitos armados, as perguntas sobre como aumentar a sua eficácia (exemplarmente, European Commission, *Law in Humanitarian Crises, How can international humanitarian law be made effective in armed conflicts?*, vol. I, Brussels, 1995).

63 Acusam-na desta irremediável condição quer os que, como Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1954), creiam que Direito sem comando soberano capaz de o traduzir se não pode diferenciar de avulsa opinião, já que se tornaria impossível assegurar a obediência, quer ainda, no plano da filosofia do Direito, os que, como Somló (*Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917, pp. 153-178) ou Hayek (*The Road to Serfdom*, London, 1946, p.173), exijam uma autoridade objectiva exterior, capaz de, pelo uso do poder de coerção, impor a disciplina comum aos Estados recalci-trantes.

antes se revelar fundamentalmente empenhado no cumprimento da sua missão de regulação social e da vida.

2. QUESTÃO INSTITUCIONAL

A nível institucional, a questão que a crise do Kosovo e a gestão que dela fez a Comunidade Internacional sobretudo parecem colocar é a do tipo e grau de relação entre a ONU e outras Organizações internacionais e instâncias colectivas de segurança, como a NATO.

Certo é que já parece volvida a página eufórica que sucedeu ao termo do “mega-conflito Este-Oeste”⁶⁴ e ao desmoronamento da União Soviética e que levava mesmo o Presidente americano George Bush (pai), entusiasmado com as perspectivas de uma intensa cooperação entre os dois, por então ainda, Titãs da cena pública mundial, a vaticinar a instituição de uma Nova Ordem Internacional⁶⁵, especialmente caracterizada pela sua colocação sob o império do Direito⁶⁶. No fundo, o conceito recorda, com proximidade, o esquema de manutenção e restauração da paz e segurança internacional que, embora previsto na Carta das Nações Unidas, ainda nunca foi realmente experimentado. Pelo contrário, a uma fase de animação e real intervencionismo colectivo da Organização mundial^{67,68} e, em especial, do órgão ao qual o artigo 25º da Carta devolve a “responsabili-

64 A expressão é de Victor-Yves Ghébal, “La sécurité internationale à l’ère de l’après-guerre froide. Le rôle des Nations Unies”, *GYBIL*, 1994, vol. 34, p.108.

65 Cfr. United States Department of State, “Dispatch”, 1991, vol. 2, nº3, p.38.

66 Estas elevadas esperanças eram partilhadas por outros Estados, como se veio a verificar na Cimeira dos Chefes de Estado dos Membros do Conselho de Segurança, simbolicamente realizada para sublinhar a excepcionalmente fastuosa ocasião. Reflectiram-se no compromisso, então assumido, de “fazer a ONU mais forte e eficaz na protecção dos Direitos Humanos, na salvaguarda da paz e segurança de todos e na dissuasão da agressão”. Cfr. *Le Monde*, de 18 de Julho de 1991.

67 Alguns dados bastam para representar o fundamento de tal asserção: durante exactamente quatro décadas, a ONU realizou ou interveio em 49 operações de manutenção da paz, sendo porém que 36 ocorreram nos dois últimos lustros. No “glorioso” ano de 1989, em particular, estavam em curso 17 operações, envolvendo uma quantidade de meios e custos nunca sonhados nas anteriores décadas de experiência do fenómeno. Cfr. <<http://www.un.org/Depts/dpko/faq.htm>>. E, só em 1993, para relembra um outro ano de “glória”, as operações de manutenção da paz da ONU envolveram a utilização de 70.000 homens e mulheres, entre pessoal civil e militar, e tiveram custos a rondar os 4 milhões de dólares americanos. Cfr. Boutros-Ghali, *Report of the Secretary-General on the Work of the Organization: 1993*, parágrafos 108 e 296, bem como *Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping*, parágrafo 47.

68 P.-M. Dupuy fala de uma espécie de “requeamento” do sistema de segurança colectiva. Cfr. “Sécurité collective et organisation de la paix”, *RGDIP*, 1991, vol.95, nº3, p. 617.

dade principal na manutenção da paz e segurança internacional”, o Conselho de Segurança^{69,70}, fase sobretudo vivida na primeira metade da década de noventa^{71,72}, parece agora suceder o período da anémica apatia⁷³. Acresce que ela aparenta até ir determinada pela retoma da perspectiva de nova paralisia do órgão; de novo pelo exercício do veto, e, se não já de forma igualmente sistemática, pelo menos ainda muito recorrente⁷⁴. E que, para além disso, há ainda, em todo o caso, uma inegável e grave crise de confiança e de meios na Organização mundial, em que a evidente inacção é sintoma, afinal, de mais comprometedora e profunda impotência⁷⁵. Está pois reunido todo um conjunto de factores aparentemente

69 Merece ser lembrado que a reactivação prática do Conselho de Segurança, ainda que “informal” e pouco visível para a opinião pública global, é mesmo anterior ao termo da Guerra Fria, de alguma sorte, aliás, tendo servido como prenúncio desta. De facto, em 1986, o então Secretário-Geral, Perez de Cuellar, em visionária apreensão do sentido dos tempos, já indelevelmente marcados pela política de *glasnost* e *perestroika* de Gorbatchov, interpela os Cinco grandes para os questionar sobre a sua disponibilidade para cuidar do conflito entre o Irão e o Iraque. O desafio foi relevado, já que então se encetou uma prática regular de consultas entre os membros permanentes do Conselho de Segurança, em reuniões então realizadas na residência particular do representante permanente do Reino Unido, longe pois dos olhares indiscretos do público. Cfr. a descrição de Cesareo Gutierrez Espada, *Apuntes sobre las funciones del derecho internacional contemporaneo*, Murcia, 1995, p. 150.

70 Questionando-se, com toda a pertinência, sobre se esse novo poder do Conselho de Segurança justifica ou impõe uma revisão do equilíbrio inter-orgânico das Nações Unidas, e, em especial, um reforço dos meios de controlo jurisdicional de exercício dos poderes do Conselho de Segurança, *vide*, neste número, Inês Folhadela, “A Nova Ordem Mundial e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: A Caminho de um controlo da Legalidade?”.

71 Este activismo, formalmente diverso daquele para o qual o texto da Carta das Nações Unidas aponta, espelha-se ainda numa plethora de Resoluções autorizadoras de operações internacionais, num importante fenómeno que, até há bem pouco, carecia de um estudo sistemático esclarecedor, mas que, recentemente, foi proposto por Niels Blokker, “Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by “Coalitions of the Able and Willing””, *EJIL*, 2000, vol. 11, n.º3, pp. 541-568.

72 Uma outra manifestação desta nova dinâmica é a criação de Tribunais Penais ‘*ad hoc*’. Sobre a tendência e os problemas jurídicos insuspeitados que veio a colocar, *vide* Flavia Lattanzi e Elena Sciso (eds.), *Dai Tribunali Penali Internazionali Ad Hoc A Una Corte Permanente*, Napoli, 1996, e, entre nós, as reflexões de Wladimir Brito, *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, Lisboa, 2000, bem como de Diogo Feio, “Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução”, neste mesmo número da *Nação e Defesa*.

73 Assim, por exemplo, Modesto Seara Vásquez (ed.), *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, México, 1950, pp. 21-22.

74 Os dissídios com o mundo ocidental tendem, agora, a ser protagonizados pelo menos tanto pelo gigante Chinês, cada vez menos alheado do curso dos acontecimentos mundiais, quanto pela Federação Russa.

75 É o que se ilustra, por exemplo, com o facto de, em 1994, o Secretário-Geral das Nações Unidas ter indicado que necessitaria de 35.000 militares para assegurar os “santuários”, na Bósnia-Herzegovina, que o próprio Conselho de Segurança havia criado e os Estados membros da ONU apenas terem posto à disposição cerca de 1/5 das forças “pedidas”; e, mesmo assim, já após ter transcorrido um ano. Cfr. <www.un.org/Depts/dpko/faq.htm>. Para outros exemplos, na área das finanças da ONU, cfr. Modesto Seara Vásquez (ed.), *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, México, 1950, pp. 36-38.

confluentes para, no curto prazo, pelo menos, tornar muito remota qualquer veleidade de recuperação e reactivação dos mecanismos da intervenção estatuidos pela “Constituição” mundial, seja por intermédio do Capítulo VII, seja até por rigorosa aplicação do Capítulo VIII, através do qual se prevê e regula a relação da instância mundial de segurança com as suas congéneres regionais⁷⁶.

É certo também que, nem mesmo nessa fase entusiástica do primeiro lustro da década de noventa, alguma vez o activismo do Conselho de Segurança verdadeiramente se configurou como uma retoma estrita do modelo da Carta. Antes aconteceu que, ao abrigo desse novo ânimo, se foi desenhando uma tendência para o reconhecimento de um descen-trado direito de intervenção armada. Ele apresentava contudo algumas diferenças relativamente ao modelo que, normalmente, se experimentara na fase anterior, ou da Guerra Fria, e que antes se poderia qualificar de “laxista”, uma vez que se caracterizava por permitir direitos amplos de intervenção tendencialmente individual^{77,78}.

76 Pusemos a hipótese da acrescida importância desta relação de “desconcentração” ou “descentralização”, configurada, ora como “habilitação”, ora como “sub-contratação”, in Paulo Canelas de Castro, “Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da Comunidade Internacional”, in Instituto da Defesa Nacional, *A Ingerência e o Direito Internacional*, Lisboa, 1996, pp. 120-121. Movidos pela mesma preocupação com a identificação desta tendência, compulsem-se ainda T. Franck, “The United Nations as Guarantor of International Peace and Security: Past, Present and Future”, in C. Tomuschat (ed.), *The United Nations at Age Fifty – A Legal Perspective*, 1995, pp. 25-38, onde antes se compara o fenómeno com o contrato de *franchising*, e Quigley, “The Privatization” of Security Council Enforcement Action: A Threat to Multilateralism”, *Michigan Journal of International Law*, 1996, pp. 249-283, em que antes se fala de “privatização”. Na mesma linha, e até mais concretamente, já que lamentando que a solução regional não tenha sido preferida no histórico caso da operação da Somália, cfr. Walzer, “The Politics of Rescue”, *Social Research*, 1995, vol. 62, n° 1, p. 55. A passividade da OUA e da comunidade internacional perante a tragédia somali vale, contudo, precisamente, como séria advertência perante uma abordagem da problemática segundo um modo exclusivamente formalista e de todo impermeável, ou resistente, à integração na “equação” do elemento, (ainda) muito relevante, da vontade estadual.

77 Cfr. Paulo Canelas de Castro, “De quantas Cartas se faz a paz internacional?”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho (eds.), *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, 1998, pp. 1028-1043.

78 Deixamos para este efeito de fora a única forma de acção multilateral ou colectiva comum na época, aquela que era constituída pelas operações de manutenção da paz tradicionais. Fazemo-lo, justamente porque estas operações de manutenção da paz eram tipicamente conformadas por forças de interposição entre os beligerantes (os “capacetes azuis”) ou de observação dos mesmos (os “barretes azuis”). Daí que, normalmente, e por isso também muito diversamente das intervenções antes referidas, não estivessem armadas ou estivessem ligeiramente armadas. Acresce que elas deviam realizar-se num quadro de paz, simbolizado quer no acordo de cessar-fogo entre beligerantes, e que

Antes apareceu como uma solução mais robusta⁷⁹ e organizada. Assim era, quer porque envolve operações tendencialmente colectivas ou multilaterais, quer porque supõe alguma relação, de cooperação, entre a instância mundial e as coligações de Estados intervenientes, na maior parte dos casos representada, em especial, pela adopção de resoluções de “viabilização” de tais operações⁸⁰, como onusinas ou não⁸¹. Mas, para além destas características comuns, modelares, a experiência recente da última década, observada de mais perto e num olhar mais circunstanciado e cuidadoso (embora nem por isso com preocupações de exaustividade), revela uma abundância de formas de relacionamento entre instâncias internacionais que não deixa de surpreender e que chega mesmo a desafiar qualquer esforço taxonó-

normalmente precedeu a sua instituição, quer no consentimento à sua realização, quer ainda na sua composição típica, assegurada por pequenas ou médias potências, justamente desprovidas de veleidades bélicas. E eram colocadas sob as insígnias da ONU. Cfr. a caracterização do instituto das operações de manutenção da paz que fazemos in Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, Coimbra, 1990, policopiado, pp. 198-212. Vide ainda a “caracterização jurisprudencial” feita pelo Tribunal Internacional de Justiça in *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *Avis consultatif du 20 juillet 1962*, C.I.J. Recueil 1962, pp. 151, 170-171, 177.

⁷⁹ Em contraste com o modelo das operações de manutenção da paz, por exemplo simbolizado na operação – ainda em curso – na dividida ilha cipriota, estas operações nem sempre presumiam a paz, ou mesmo, sequer, o cessar fogo entre os contendores, e muitas vezes antes chegaram a visar a imposição da paz (*peace enforcement*). Esta revisão das funções e princípios das operações de manutenção de paz, determinante da constituição de uma “segunda geração”, ou mesmo “terceira”, das mesmas (como bem observa Niels Blokker, “Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by “Coalitions of the Able and Willing””, *EJIL*, 2000, vol. 11, n.º3, p. 542), é apreendida e relevante, desde cedo, ainda que não sem algumas apreensões relativamente à sua conceptualização ou rigorosa caracterização, por Autores como Nikolai B. Krylov, “International Peacekeeping and Enforcement Actions After the Cold War”, in Lori Fisler Damrosch e David J. Scheffer (eds.), *Law and Order in the New International Order*, Boulder, 1991, pp. 94-100; Hilaire McCoubrey e Nigel D. White, *International Law and Armed Conflict*, Aldershot, 1992, pp. 173-182; N.D. White, *Keeping the Peace. The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Manchester, 1995, pp. 198-211. Certamente demonstrativas das sérias dificuldades de tipificação desta prática, como que “a meio caminho” entre consensualismo e autoritarismo, entre solução pacífica e imposição armada, entre a evocação do regime correspondente ao Capítulo VI da Carta e o do Capítulo VII, mesmo “reformado” pela prática anterior, do período da Guerra Fria, cfr. as nossas reflexões interrogativas in “De quantas Cartas se faz a paz internacional?”, in Antunes Varella, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho (eds.), *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, 1998, pp. 1043-1059, *notius* nota 145 (onde, por exemplo, se questiona a possível emergência do que se poderia chamar um “capítulo” “6 e meio”, “7 menos um quarto”, ou algo próximo).

⁸⁰ Em fenómeno ao qual já aludimos na nota 71.

⁸¹ Um elemento fundamental da diferenciação deste novo modelo emergente reside, contudo, no facto de este carácter organizado, não ser directa ou completamente determinado pela direcção ou tutela do Conselho de Segurança.

mico⁸², sendo, contudo, que este se reputa de fundamental para quem pretenda despistar os sinais normativos que tal prática convola.

Nove Tipos de Intervenção Armada

Tanto assim é que parece mesmo possível destriçar nove (!) tipos de relação, em função de critérios determinantes como os do grau de envolvimento das Nações Unidas, o tipo de controle exercido, a cadeia de comando das operações, a composição das forças, a sucessão de protagonismos, o papel das operações, a responsabilização pelos custos envolvidos.

Assim:

1. Em primeiro lugar, podemos despistar o que poderíamos chamar de versão “alargada” das clássicas operações de manutenção da paz da ONU. O melhor exemplo desta forma de intervenção é constituído pela operação na Namíbia, em 1989⁸³, tida como um dos maiores sucessos da história das intervenções onusinas. Para além das atribuições de interposição ou observação, que se haviam tornado normais nas décadas anteriores⁸⁴, ela ainda envolveu tarefas civis e administrativas, relacionadas com o desarmamento dos contendores e a supervisão do processo de consulta da vontade da população. Como as operações de manutenção da paz tradicionais, foi sempre assegurada, quer na fase decisória quer na fase operacional (onde, é certo, não houve confrontos assinaláveis), sob o signo da ONU, que para o efeito dispôs de forças cedidas *ad hoc* por Estados de média ou fraca potência. E, no plano económico-financeiro, tal como as operações de manutenção da paz

82 De notar que o modelo “robusto” já na Guerra Fria conhecera alguns precedentes, nomeadamente nas forças multilaterais lideradas pelos EUA, França e Itália a quem coube “manter a paz” no Líbano nos anos de 1983 e 1984. Cfr. J.-C. Martinez, “La Force multinationale des Nations Unies au Liban”, *AFDI*, 1978, pp. 479-511; A. Brouillet, “La Force multinationale d’interposition à Beyrouth”, *AFDI*, 1982, pp. 293-336; L. Lucchini, “La Force internationale du Sinaï: le maintien de la paix sans l’ONU”, *AFDI*, 1983, pp. 121-136 e B.L. Zimble, “Peacekeeping without the UN: the multinational force in Lebanon and International Law”, *Yale Journal of International Law*, 1984, vol. 10, pp. 222, ss..

83 A UNTAG (UN Transitional Group). Cfr. o breve sumário dos acontecimentos in Anthony Parsons, *From Cold War to Hot Peace. UN Interventions 1947-1994*, London, 1995, pp. 118-120.

84 Cfr. Robert C. R. Siekmann, *Basic Documents on United Nations and Related Peace-keeping Forces*, Dordrecht, 1989, 2ª ed..

clássicas, os custos foram suportados por todos os membros da Organização, de acordo com o esquema de repartição previamente definido.

2. Uma variante deste modelo, ainda caracterizada, como no primeiro caso, por um forte envolvimento onusino, é o tipo de operação discernível nos Casos do Camboja e da Eslovénia Oriental⁸⁵. Em ambos os casos, e tal como acontecia no tipo anterior, o objectivo de desarmamento de uma facção e a preparação para uma vivência pacífica constitui elemento fundamental da operação. Por outro lado, também aqui as Nações Unidas tiveram controle formal da operação. A diferença específica relativamente ao tipo previamente arrolado reside no facto de se ter concebido a possibilidade de uso da força, ainda que limitada.
3. Em terceiro lugar, pode-se identificar o que se designará de operação multilateral militar autorizada pelas Nações Unidas. O exemplo mais perfeito é o daquela que alguns qualificaram de “guerra pelo Direito”, a Operação Tempestade no Deserto, realizada no Iraque⁸⁶. Como décadas antes acontecera com a operação na Coreia⁸⁷, este exercício, de facto, foi assegurado por uma força internacional constituída *ad hoc* e dirigida pelos EUA, que detiveram o comando operacional militar principal. Esta sua supremacia manteve-se mesmo a partir do momento em que, aos contingentes de proveniência de Membros da NATO, se juntou um contingente árabe. A suposta autonomia de funcionamento deste último era nominal, pois que também ele relatava ao comando americano. No estádio decisório que a precedeu houve, contudo, distinto protagonismo da ONU⁸⁸. O modelo manteve-se mesmo quan-

85 Sobre a operação das Nações Unidas no Camboja e as acções da UNTAC (UN Transitional Authority in Cambodia), *vide* Anthony Parsons, *From Cold War to Hot Peace. UN Interventions 1947-1994*, London, 1995, pp. 162-166.

86 Cfr. E. Lauterpacht *et al.* (eds.), *The Kuwait Crisis: Basic Documents*, Grotius, 1991; E.V. Rostow, “Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defence?”, in “Agora: The Gulf Crisis in International and Foreign Relations Law, Continued”, *AJIL*, 1991, vol. 85, pp. 506, ss.; C. Greenwood, “New World Order or Old? The Invasion of Kuwait and the Rule of Law”, *MLR*, 1992, vol. 55, pp. 153, ss.; K. H. Kaikobad, “Self-Defence, Enforcement Action and the Gulf Wars, 1980-88 and 1990-91”, *BYBIL*, 1992, vol. LXIII, pp. 299, ss.; P. Rowe, *The Gulf War 1990-91 in International and English Law*, London, 1993.

87 Cfr. Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, Coimbra, 1990, policopiado, pp. 193-197.

88 Pense-se, desde logo, no conjunto de Resoluções adoptadas até à Resolução 688. Veja-se também N.D.White, *Keeping the Peace. The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Manchester, 1995, p. 108.

do a operação mudou de natureza e se reduziu, nomeadamente concentrando-se em patrulhas do espaço aéreo iraquiano⁸⁹. Os custos da operação foram suportados, quase integralmente, pelos intervenientes, sendo, ainda assim, de assinalar a singular condição dos EUA, cujo esforço de guerra foi fortemente mitigado, no plano económico-financeiro, pelos generosos contributos de alguns Estados árabes⁹⁰.

4. Em quarto lugar, podemos falar de um tipo que se poderia dizer das operações paralelas. Esta parece ser a fórmula adequada para qualificar uma ocorrência como aquela que se viveu na Somália, em que, em Junho de 1993, após se ter tomado a decisão de converter a missão das Nações Unidas, de uma típica operação de manutenção de paz (*peace-keeping*)⁹¹, numa operação de imposição (*peace-making*) ou execução do valor paz (*peace-enforcement*)⁹², em especial contra uma facção que havia resistido ao desarmamento, se assistiu à colocação no terreno, por parte dos EUA, de uma força paralela à da força multilateral dirigida pelas Nações Unidas. A experiência ficou assinalada por dificuldades insuperáveis de coordenação⁹³ que, em boa medida, ditaram a (má) sorte comum aos dois esforços: a rápida erosão do apoio público, perante a caótica agressividade dos contendores, levou à sua abrupta dissolução, num processo iniciado em Outubro de 1993, quando a operação entrou pela área, até então inexplorada e seguramente muito ambiciosa, da heterónoma procura da construção de nação (*nation-building*) em falta (*failed State*)⁹⁴, redundando mesmo no denominado “síndrome da Somália”, tido por parcialmente responsável por alguma da inacção ou hesitação posterior da Comunidade Internacional^{95,96}. O paralelismo apon-

89 Cfr., também, N.D. White, *Keeping the Peace. The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Manchester, 1995, p. 230.

90 Cfr. Tesón, “Collective Humanitarian Intervention”, *Michigan Journal of International Law*, 1996, vol. 17, nº 2, pp. 345-346.

91 Assim ainda com as Resoluções 733 e, em parte, 794, ambas de 1992, mas, em especial, com a Resolução 814, já de Abril de 1993, pela qual se decide criar a UNOSOM II.

92 Resolução 837.

93 Ainda representativa da busca desta coordenação, cfr. a Resolução 897, do Conselho de Segurança.

94 Cfr. Mutharika, “The Role of the United Nations Security Council in African Peace Management: Some Proposals”, *Michigan Journal of International Law*, 1996, vol. 17, nº 2, pp. 537, ss..

95 Assim, Weiss, “Military – Civilian Humanitarianism: The “Age of Innocence” is Over”, *International Peacekeeping*, 1995, vol. 2, nº 2, pp. 158-174, e, do mesmo Autor, “Overcoming the Somalia Syndrome – “Operation Rekindle Hope?”, *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 1995, vol. 1, p. 171.

tado, de acções e sujeitos, verificou-se também no domínio do custeamento das operações^{97,98}.

5. Como que a meio caminho entre as tradicionais operações de manutenção da paz e as mais “musculadas” operações de imposição, com grande mescla de objectivos e natureza, é o tipo de operação, de “duplo chapéu”, que se pode detectar na primeira fase da intervenção na Bósnia e que se pode talvez qualificar de operação de “protecção” da ONU num quadro de guerra. Partindo de uma “força de protecção” em curso de actuação na Croácia, o Conselho de Segurança, quando confrontado com os intensos e complexos confrontos político-étnicos, as hediondas práticas de “limpeza étnica”, assentes em programas de genocídio e evacuações forçadas, e os largos milhares de mortos, estendeu-a ao Estado da Bósnia-Herzegovina, pouco antes internacionalmente reconhecido⁹⁹. A acção foi uma das mais problemáticas intervenções no historial das operações das Nações Unidas¹⁰⁰. Retrospectivamente caracterizada por sucessivas extensões do mandato inicial¹⁰¹, também ficou assinalada por uma gritante e contraditória escas-

96 Esteve também na origem da doutrina militar americana, dita “doutrina Powell”, do nome do seu Autor, doutrina que traduz uma grande desconfiança relativamente à ideia de intervenções militares americanas. Nela se advoga que uma qualquer intervenção militar dos Estados Unidos apenas ocorra se, e tão só se, o sucesso militar estiver antecipadamente “garantido”. O que só pode acontecer através de um emprego de força tido por “esmagador” e o que se medirá, em especial por um número de baixas mínimo. Cfr. Lewy, “The Case for Humanitarian Intervention”, *Orbis*, 1993, p. 623.

97 Cfr. John L. Hirsch e Robert B. Oakley, *Somalia and Operation Restoration Hope. Reflections on Peacemaking and Peacekeeping*, Washington, D.C., 1995 e Francis Kofi Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, 1999, pp. 163-166.

98 Também neste tipo, pelo menos quanto a alguns elementos, e nomeadamente quanto ao paralelismo de intervenções de identidade diversa, parece caber a hipótese de operação onusina a par da de organização tipicamente regional, como aquela que se verificou na Libéria nos primeiros anos da década de noventa. Cfr. M. Weller (ed.), *Regional Peace-keeping and International Enforcement: The Liberian Crisis*, Cambridge, 1994; G. Nolte, “Combined Peace-keeping: ECOMOG and UNOMIL in Liberia”, *International Peacekeeping*, 1994, n.º 2, p. 42; e M. Basnett, “Partners in peace? The UN, regional organizations, and peace-keeping”, *Review of International Studies*, 1995, vol. 21, p. 411. Noutros elementos, a operação na Libéria antes está mais próxima do oitavo tipo que abaixo é figurado.

99 Na sequência de iniciativa da Comunidade Europeia, pressionada pela posição “pró-activa” da Alemanha. Para a história do processo, em geral, vide Francis Kofi Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, 1999, pp. 175-179.

100 Cfr. o Relatório do Secretário-Geral, elaborado de acordo com as Resoluções 982 (1995) e 997 (1995) do Conselho de Segurança, *UN Doc. S/1995/444*, de 30 de Maio de 1995. Vide também S. Jacobi, “UNPROFOR – Mission impossible”, *International Peacekeeping*, 1995, n.ºs 2/3, p. 39.

101 Cfr. Resoluções 713, 743, 752, 757, 770, 776 e 781.

sez dos meios humanos (tropas) e recursos materiais necessários à sua boa realização¹⁰². O esquema operacional assentava numa dualidade de papéis, devolvidos quer às Nações Unidas, por intermédio da UNPROFOR¹⁰³, entidade da qual se esperava que conseguisse a limitação da violência do conflito em curso por mero recurso à sua alegada autoridade moral¹⁰⁴, quer à NATO, cuja cooperação com a Organização universal se traduziria em ocasionais ameaças de utilização do seu poderio aéreo ou efectivo recurso à força¹⁰⁵. Foi este também um dos primeiros exemplos de uma emergente política de desafeição dos EUA relativamente à Organização mundial, tendo aquele Estado várias vezes insistido que a ONU cedesse o lugar à NATO¹⁰⁶. Quanto aos custos da UNPROFOR, foram arcados pelos Estados membros da ONU, embora a parte dos EUA, em boa medida, tenha ficado por solver. Por seu turno, os custos das operações aéreas empreendidas por certos Estados membros da NATO, em suposta cooperação com a UNPROFOR, foram exclusivamente assumidos por esses Estados.

6. O sexto tipo que se configura é o da franca devolução da intervenção militar à poderosa organização militar que é a NATO, embora com abertura desta, no plano operativo, a unidades de outros Estados, como a Rússia. Tal atribuição é, contudo, “mitigada” pelo facto de a fundamentação da acção residir numa decisão da ONU¹⁰⁷. O exemplo ilustrativo deste tipo de prática é constituído pela experiência da

102 Para estes e outros alegados erros, cfr. R. Siekmann, “The five main mistakes regarding Bosnia in retrospect”, *International Peacekeeping*, 1994, nº 4, p. 118.

103 Cfr. Resoluções 743, 752, 757, 770, 776 e 781.

104 Em especial, apontava-se o seu mandato humanitário, despido de qualquer apoio militar. E, mesmo quando a Resolução 776 autorizou a UNPROFOR a apoiar os esforços do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados na oferta de assistência humanitária, ainda aí se teve o uso da força por politicamente indesejável; embora já aí também Kofi Annan, por então ainda Secretário-geral adjunto para as operações de manutenção da paz, advertisse que “há situações em que se não pode assistir pessoas sem se estar preparado para adoptar certas medidas militares”. Cfr. Weiss, “UN Responses in the Former Yugoslavia: Moral and Operational Choices”, *Ethics and International Affairs*, 1994, vol. 8, p. 443.

105 Cfr. Resolução 816. Diversamente das Resoluções relativas ao Iraque, instrumentos que tantos desacordos de interpretação causaram, desta feita o Conselho de Segurança aprovou expressamente a garantia das zonas de segurança por aviões de combate da NATO.

106 As operações desta Organização estiveram na origem da suspensão da prática de atrocidades e do início de negociações que acabaram por pôr termo ao conflito vivido nesse Estado, bem como ao Acordo de Paz de Dayton, de Novembro de 1995.

107 Cfr. a história prévia in N.D. White, *Keeping the Peace. The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Manchester, 1995, pp. 254-255.

Bósnia após a celebração do acordo de paz de Dayton¹⁰⁸. De notar, contudo, que a participação das Nações Unidas, que estaria mal descrita se se pretendesse qualificá-la como de “direcção”, se resumiu a essa autorização, não conhecendo, nomeadamente, qualquer refacção no plano operacional (em que intervieram a Força de Implementação – IFOR – e a sua sucessora, a Força de Estabilização – SFOR). As questões de interpretação ou execução dos termos do acordo, já de si, sintomaticamente, não celebrado sob os auspícios da Organização mundial¹⁰⁹, nunca foram decididas senão pela NATO, ou mesmo, tão só, pelos EUA. Os custos foram comportados pelos Estados participantes, tendo sido celebrados acordos especiais para acorrer a situações financeiras difíceis de alguns Estados, como a da Federação Russa.

7. O Caso do Haiti¹¹⁰ pode ter-se como constitutivo de um sétimo tipo. Diversamente da experiência da Bósnia, começa com uma intervenção essencialmente assegurada por uma coligação *ad hoc* (baseada nos membros da Organização, regional, dos Estados Americanos, mas, na prática, com clara predominância dos EUA¹¹¹), ainda que autorizada pelo Conselho de Segurança¹¹², que depois devolveu as responsabilidades no domínio da segurança a uma força de manutenção da paz da ONU¹¹³. Também na situação vivida na Somália, entre Novembro de 1992 e Março de 1993, se assistiu a similar forma de cooperação, bem como a idêntica sequência de intervenções. O custeamento das operações, no caso do Haiti, evoluiu com a sucessão histórica das mesmas operações: primeiro assegurado pelos EUA, veio depois a ser “suportado” por todos os Estados membros da ONU, após esta Organização ter assumido a condução das operações.

108 Evocação histórica in Francis Kofi Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, 1999, pp. 181-186.

109 Cfr. Gaeta, “The Dayton Peace Agreements and International Law”, *EJIL*, 1996, vol. 7, n° 2, p. 147 e Talamanca, “The Role of NATO in the Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina”, *EJIL*, vol. 7, n° 2, p. 164.

110 Em geral, M. Bothe e R. Siekmann, “Restoring democracy and human rights in Haiti: Whose peace?”, *International Peacekeeping*, 1994, vol. 1, n° 3, p. 101.

111 Trata-se da Força Multinacional no Haiti, ou MNF, no acrónimo resultante da sua designação na língua inglesa.

112 Na sequência das Resoluções 841 e 873, de 1993, a Resolução decisiva é a 940, já de 1994. Caracterizou-a igualmente o facto de se ter imposto um mecanismo razoavelmente exigente de informação e relato à coligação autorizada a utilizar a força (“todos os meios necessários”).

113 A UNMIH, United Nations Mission in Haiti.

8. O Caso da intervenção da Comunidade dos Estados Independentes, de facto fortemente dominada pela Rússia, na Georgia, constitui um oitavo tipo de situação de cooperação interorgânica numa intervenção armada internacional. No caso¹¹⁴, a fórmula pode dizer-se ser a de cooperação de uma Organização regional com supervisão das Nações Unidas. Também aqui, como aconteceu na maior parte das situações revistas, a intervenção da Organização regional se funda numa autorização do Conselho de Segurança e a condução operacional cabe à Organização não mundial¹¹⁵. A particularidade definidora do tipo reside no reconhecimento, pela Organização regional, de um poder de supervisão da ONU, efectivamente exercido através de uma missão de observadores¹¹⁶. Cada uma das Organizações suportou os custos das operações em que teve efectiva direcção.
9. Por fim, podemos identificar um caso de cooperação traduzida na instituição de uma força multinacional *ad hoc* mas com o reconhecimento de poderes de supremacia à Organização mundial, poderes esses materializados na prestação regular de contas à ONU. Ilustra a modalidade o Caso da operação na Albânia^{117,118}. Nesta, o grupo de Estados, dirigido pela Itália e mandatado pela ONU para estabilizar a situação no Estado albanês em ruptura, se necessário através do uso da força ao abrigo do Capítulo VII, embora não tenha abdicado da direcção política das operações, de alguma sorte reconheceu os poderes eminentes do Conselho de Segurança, ao qual sempre relatou a evolução dos acontecimentos, permitindo que este a apreciasse. Mas, algo contraditoriamente com o reconhecimento deste poder eminente da ONU, apenas os Estados intervenientes arcaram com as despesas correspondentes.

114 Cfr. suplemento a *Agenda for Peace* (UN Doc. A/50/60, de 3 de Janeiro de 1995), na parte IV, parágrafo 86 d).

115 Cfr. a descrição dos principais passos do processo por Anthony Parsons, *From Cold War to Hot Peace. UN Interventions 1947-1994*, London, 1995, pp.192-194.

116 Quanto a estes elementos, a analogia com as operações paralelas da ECOMOG e da UNOMIL, na Libéria, é também notória.

117 Cfr. Resoluções 1101 e 1114.

118 Também a intervenção em Timor Leste, autorizada pela Resolução 1264, se parece reconduzir a este tipo.

Rumo à definição de um tipo novo de intervenção?

A importância do Caso do Kosovo – pelo menos na sua experiência já passível de análise, correspondente à intervenção armada da NATO e à atitude imediatamente posterior da ONU; e embora muito também aconselhe a prudente reserva¹¹⁹ – parece residir na possibilidade de dele se retirar um décimo tipo, relativo à forma de cooperação entre a ONU e outras instâncias internacionais de segurança; no caso vertente, a NATO. Esse tipo teria profundo relevo e implicações nas vertentes política e jurídica do procedimento decisório de tais intervenções.

Há, naturalmente, alguns elementos comuns entre este Caso e alguns dos tipos anteriores: o facto de o Conselho de Segurança ter qualificado a situação como de “ameaça à paz e segurança internacionais”¹²⁰; o facto de, para tanto, se não ter deixado inibir pela natureza “interna” do conflito, pelo menos à luz dos padrões tradicionais, assim simultaneamente convalidando a ideia de que as crises humanitárias tendem, cada vez mais, a situar-se no domínio do internacionalmente relevante, dos “interesses comuns”; o facto de, por essa via também, cohonestar uma compreensão nova da soberania, reclamada por tantos sectores da Comunidade Internacional, uma concepção em que o conceito já não surge como uma estrutura legal propiciadora do arbítrio, mas como um instrumento de assunção de responsabilidades e por isso funcionalmente vinculado ao respeito de uns quantos valores (e desde logo, o dos direitos humanos dos indivíduos e povos nela representados), ou seja ainda, uma perspectiva nova em que a soberania se convola numa instância de serviço do povo e só por ele é legitimada; o facto de expressamente ter situado o problema e a acção internacional no âmbito do Capítulo VII da Carta das Nações

119 Por razões de princípio, que se prendem, naturalmente, com as condições necessárias a sereno juízo da História, o que não deixa de ter repercussões normativas; pelo facto de o conflito ter sido rodeado de uma evidente “guerra de informação” que, afinal, por vezes, mais parecia ruído comunicacional, e que pode ter contribuído para a imagem nebulosa que por vezes dele se extrai; porque, quase paradoxalmente, em algumas relevantes matérias, antes há falta de informação; por força das notícias, mais recentes, de que certos factos se não verificaram como foram relatados; pela ainda pendente avaliação de algumas das suas consequências... *Vide*, na mesma linha de pensamento, R. Falk, “Kosovo, World Order, and The Future of International Law”, *AJIL*, 1999, vol. 93, p. 854, que invoca a necessidade de acesso do público a arquivos ainda indisponíveis, e que chega mesmo a considerar que “uma avaliação credível terá que esperar décadas”.

120 Cfr. Resoluções 1199, de 23 de Setembro de 1998; 1203, de 24 de Outubro de 1998; e 1244, de 10 de Junho de 1999 (nos três casos, as passagens relevantes situam-se no preâmbulo das referidas Resoluções).

Unidas; o facto de ter consentido a sanções não militares à Jugoslávia; o facto também de, como em muitas outras situações, a situação política e económico-financeira da Organização tornar virtualmente impossível que a própria Organização mundial assumisse a direcção das intervenções, seguramente, pelo menos, no domínio da componente operacional armada.

Para além destas notas comuns, há, contudo, um elemento profundamente dissonante e que é o de, na aparência pelo menos, a acção militar da estrutura de base ou vocação regional¹²¹ que se propôs empreender as acções armadas (que muitos inquestionavelmente sentiam necessárias, mas cuja assumpção global e, seguramente, de forma expressa, também se afigurava impossível¹²²), não só pareceu colocar-se fora do sistema onusino – teríamos aqui uma intervenção *extra* ONU, já que as operações se iniciaram sem qualquer delegação de competências, definição de mandato, ou sequer autorização – como até pareceu pretender afirmar a legitimidade de o fazer em tese geral e, se necessário, ao arrepio da posição da estrutura com a competência principal na matéria da seguran-

121 De notar que é esta compreensão lata do conceito “acordo ou organismo regional”, compreendendo, como disse Boutros-Ghali, na “Agenda para a Paz”, “associações ou entidades que podem incluir organizações fundadas em tratados, organizações regionais para a segurança e defesa mútuas, organizações para o desenvolvimento regional geral ou para a cooperação relativa a matéria ou função particular e grupos criados para lidar com um problema político, económico ou social de preocupação actual” (cfr. parágrafo 61 de “An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peace making and Peace keeping. Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992”, *UN Doc.A/47/277 – S/24111*, de 17 de Junho 1992), que hoje parece prevalecer na sociedade internacional. Assim o indicam a fórmula transcrita de Boutros-Ghali, os termos amplos em que os Secretários-Gerais Pérez de Cuéllar, Boutros-Ghali e Kofi Annan os apresentam (respectivamente, do primeiro, *Report of the Secretary-General on the Work of the Organization*, 1990, p.21; do segundo, para além da “Agenda” citada, “A Supplement to An Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations”, *UN Doc. A/50/60-S/1995/1*, de 3 de Janeiro de 1995, parágrafos 79-96; e, do terceiro, “Renewing The United Nations: A Programme for Reform, Report of the Secretary-General”, *UN Doc. A/51/950*, de 14 de Julho de 1997, parágrafo 116). Pode-se ainda sustentar que os casos das intervenções da ECOWAS e da NATO valem como implícita cohomestação desta visão, já que, apesar das suas “imperfeições formais”, não foi questionada a natureza de organização regional destes grupos de Estados; pelo menos nos debates que, por tais ocasiões, tiveram lugar no seio do Conselho de Segurança.

122 A impossibilidade resultava de as discussões precedentes, no seio do Conselho de Segurança, apontarem para a indisponibilidade da colaboração, tanto da Federação Russa quanto da República Popular da China, para, de facto, “considerar outras acções e medidas adicionais”, como se prevê na Resolução 1203 do Conselho de Segurança. Tal indisponibilidade poderia mesmo, eventualmente, redundar num veto a uma operação tida como necessária do ponto de vista humanitário. Assim, R. Wedgwood, “NATO’s Campaign in Yugoslavia”, *AJIL*, 1999, vol. 93, nº4, p. 832.

ça internacional – poder-se-á, neste restrito sentido, por isso falar de intervenção *contra* ONU. Algumas afirmações ou teses de analistas mais próximos do discurso oficial da NATO¹²³ vão seguramente neste sentido. Ou seja, a história do Caso explicita e coloca, aberta e cruamente, o dilema que já se pressentia noutros precedentes: o de saber se, em certas situações, *maxime* de contornos “regionais”, não está a emergir, na prática internacional, uma tendência para haver alguma partilha de funções, ou especialização funcional das instâncias (sendo que, pelo menos no imediato, ela não é necessariamente exaltadora da capacidade da Organização de natureza e âmbito mundial), e, em todo o caso, para os Estados privilegiarem a fidelidade à estrutura mais “próxima” – uma “fidelidade à NATO” – em detrimento da devida à instância mais global – uma “fidelidade à ONU”¹²⁴. O problema é tanto mais relevante, note-se, quanto, por um lado, a situação se não reconduz a um problema de legítima defesa colectiva – o Kosovo ou a Jugoslávia não têm qualquer nexo funcional com a NATO; nem um nem outro “cabem” no âmbito espacial de aplicação do pacto fundador da NATO, mesmo o revisto. Fora outra a situação e a operação estaria, pelo contrário, juridicamente recoberta pela previsão do artigo 51º da Carta das Nações Unidas; mesmo aí, ainda assim, na condição de comunicação ao Conselho de Segurança e de devolução à instância mundial, tão só esta a si a “avocasse”. Por outro lado, o Caso merece ainda cuidado porque, de acordo com o instrumento jurídico fundador em vigor à data do início da intervenção, a NATO não era sequer uma “organização ou acordo regional” típico, no sentido do Capítulo VIII. E mesmo que hoje tal se quisesse defender, ou numa interpretação necessariamente extensiva daquele, ou por força de se atentar na confessa transformação dos objectivos políticos e jurídicos da Organização¹²⁵, no entendimento de alguns, estreitamente chegados à letra do texto normativo, ainda, justamente, haveria que garantir a autorização ou a delegação da ONU, nos termos do artigo 53º da Carta das Nações Unidas. Por fim, ela importa porquanto declarações de

123 Cfr. Ivo H. Daalder, “NATO, the UN, and the Use of Force”, in <<http://www.unausa.org/issues/sc/daalder.htm>>.

124 Para um dilema “paralelo”, no equilíbrio do ordenamento interno, cfr. Gomes Canotilho, “Fidelidade à República ou Fidelidade à NATO? O problema das credenciações e o poder discricionário da administração militar”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1986 [separata].

125 Cfr. Jeffrey Laurenti, “The Policy Issue”, in <<http://www.unausa.org/issues/sc/399rtables.htm>>.

responsáveis ou conhecidos doutrinadores da NATO, ou consabidamente com ela “alinhados”, logo desde as primeiras horas do conflito, e depois com coonestação política, pelo menos parcial, na Cimeira de Washington, de Abril de 1999, desta Organização¹²⁶, configuravam um “conceito estratégico” ou mandato em que se estendia a anterior disponibilidade de cooperação com as Nações Unidas para “operações de manutenção da paz e outras operações sob a autoridade do Conselho de Segurança”, já consagrada na Cimeira de 1994, realizada em Bruxelas – ou seja, um conceito que, embora derogando à Carta, ainda se poderia conceber como de efectiva cooperação e, portanto, de acordo com o seu espírito – para uma concepção em que já se admite abertamente a actuação da NATO fora do âmbito territorial dos Estados membros e mesmo sem a autorização do Conselho de Segurança¹²⁷. Significa este passo, pois, uma disponibilidade para, na prática, funcionar com ampla autonomia relativamente à Organização mundial, senão mesmo em assumido divórcio para com ela.

Não se trata, pois, aqui, tão só, de uma continuação de uma tendência de experimentação de mecanismos sucedâneos de acção internacional, naturalmente diversos dos configurados na Carta, mas em que as instâncias actuates, mais ou menos formalizadas ou organicamente estabilizadas, ainda funcionam numa genuína e mais ou menos estreita cooperação com a instância supostamente mundial. Trata-se, outrossim, de um salto qualitativo em que, na prática, pelo menos, e ainda que tão só num primeiro momento “operacional”, se prescinde da instância mundial, em que esta é assumidamente substituída. Dir-se-ia que se prefere a razão da eficácia na realização executiva de um interesse comum presumido à razão da legitimidade que se busca na representatividade e na presumida imparcialidade da ONU.

É certo, dir-se-á, mais rigorosamente procurando perspectivar a qualidade do salto e mitigando eventual sentimento de vertigem daí adveniente, que não é este um desenvolvimento que não estivesse já presente, em potência pelo menos, naquelas situações, também elas juridicamente relevantes, em que a autorização do Conselho de Segurança se não deu senão *a posteriori*¹²⁸. Como é certo, e isso também muito deve relevar, que,

126 Cfr. o que deixamos indicado *infra*, *maxime* na nota 138.

127 Cfr., de novo, Jeffrey Laurenti, *idem*.

128 Cfr. *infra*, nota 140, as referências aos Casos da crise de Cuba e das operações na Libéria e na Serra Leoa.

ainda aqui, se trata de ensaiar vias multilaterais sucedâneas da instância mundial e ainda em nome de interesses comuns supostos, no lugar das sendas, normalmente individuais, que genericamente caracterizaram as derrogações postuladas pela prática internacional no período da Guerra Fria. Tal “relativização” não pode, contudo, ocultar que subsiste aqui uma pretensão nova, mesmo se não tão “extremada”, como no passado, justamente suposto revolto, da Guerra Fria, para que outros grupos de Estados ou Organizações Internacionais assumam uma competência concorrente de definição do interesse comum da Comunidade Internacional e de decisão ou autorização, para lá da própria prática, do uso da força executor desse interesse comum.

As perguntas que tal tendência propicia são, naturalmente as de se, com tal assumpção extremada da tendência, aparentemente incontornável desde o termo da II Guerra Mundial, para a contestação do (quase) monopólio da ONU no uso da força postulado pela Carta, ou, de outro modo, se, com tal pretensão mais avançada de um conflituante direito de intervenção e de uma espécie de mercado livre, concorrencial, de serviços de segurança internacional, se não poderão estar a fomentar execuções selectivas, parciais, de disciplinas afinal só pretensamente comuns. Não se estará mesmo, olhando à questão na perspectiva da defesa de uma noção restrita de paz¹²⁹, a fomentar possíveis escaladas em hostilidades em curso; por exemplo pela formação de contra-alianças opostas àquela que intervém? Ou então, numa perspectiva algo diversa, não se estará a alterar, desproporcionadamente, o emergente equilíbrio entre valores mais recentes, como o da protecção humanitária, e o mais “velho” valor da paz? Será suficientemente apaziguador de tais dúvidas o argumento, também invocado pela NATO, de que dezanove Estados membros da coligação, com diversidades inegáveis, que se traduzem num procedimento de decisão complexo e rigoroso, asseguram uma perspectiva representativa da Comunidade Internacional, sendo que, para mais, todos eles são democracias? Será que se garante uma visão suficientemente complexa do problema? Se o argumento, sobretudo na sua segunda vertente, reconheça-se, pode impressionar, não é menos certo que, ainda aqui, se representa um salto significativo temerário, quando, implicitamente, se afirma a qualidade superior das democracias na ordem pública

129 Paz como mera ausência de confronto bélico.

internacional¹³⁰. Mesmo por outra forma, é ainda de um ousado combate de (nova) legitimidade por uma legalidade reformada que se trata. Olhando a alguns desenvolvimentos – e, nomeadamente¹³¹, a intervenção do Grupo de oito Ministros dos Negócios Estrangeiros de 6 de Maio de 1999^{132,133}; a assumpção por parte da ONU da paz que a NATO impôs¹³⁴; a colocação no terreno de uma administração civil e militar onusina¹³⁵ (mas, nesta segunda vertente, com significativa predominância da NATO, aliás já efectivamente “instalada”)¹³⁶ –, caberá, porém, perguntar se tal perspectiva de divórcio não terá passado, afinal, de uma passageira falta de entendimento e, a final, mesmo, de uma mera ilusão. Atentando-se nestes desenvolvimentos, antes poderá acontecer que o Caso do Kosovo, na globalidade, ainda valha, no plano da questão institucional em análise,

130 Ou, pelo menos, na ordem pública regional. A reserva deve, contudo, ser relativizada pelos claros compromissos normativos da Europa democrática, sendo que alguns hipotizam mesmo constituírem eles uma espécie de “regime objectivo” válido na região (assim R. Wedgwood, “NATO’s Campaign in Yugoslavia”, *AJIL*, 1999, vol. 93, nº4, p. 833). Acresce que não pode deixar de se atribuir relevo ao facto de a própria República da Jugoslávia, desde antes mesmo da intervenção, ter proclamado querer a eles aderir. Essa mensagem normativa inequívoca resulta dos Acordos de Helsínquia, da Carta de Paris, do Documento de Copenhaga da OSCE e das Directrizes da Comunidade Europeia sobre o Reconhecimento de Novos Estados na Europa de Leste e na União Soviética (cfr. *ILM*, 1992, vol. 31, pp.1485, ss.). Deles decorre, em especial, que a integração na comunidade regional euro-atlântica supõe o respeito de um *standard* mínimo de direitos das populações minoritárias. Por fim, não se pode deixar de relembrar a já referida tendência doutrinal que despista no rumo da Sociedade Internacional uma propensão para formas mais democráticas de expressão normativa (cfr. *supra* nota 42).

131 Para já nem colocar o problema, note-se, do significado a atribuir à rejeição da proposta de Resolução do Conselho de Segurança destinada a condenar a operação da NATO, apresentada pela Rússia, e outros Estados, em 26 de Março de 1999 (cfr. “Security Council Rejects Demand for Cessation of Use of Force Against Federal Republic of Yugoslavia-UN Press Release”, SC/6659 (March 26, 1999), in <www.un.org/News/Press/docs/1999/19990326.sc.6659.html>), ou o silêncio do Secretário-Geral das Nações Unidas, logo após o início da campanha aérea da NATO. Jonathan I. Charney, “Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo”, *AJIL*, 1999, vol.93, p.840, por exemplo, no quadro, aliás, de uma reflexão muito crítica sobre a intervenção no Kosovo, não deixa de sustentar que tais factos podem ser tidos como constitutivos de uma aquiescência (sanadora de eventuais vícios prévios de que padecesse a operação aliada).

132 Releva neste contexto, naturalmente, a comparticipação da Federação Russa, sobretudo após as tentativas de “boicote” da operação a que se faz alusão na nota anterior.

133 Os princípios para uma solução política que adoptaram constam do Anexo I da Resolução 1244 do Conselho de Segurança.

134 Resolução 1244 do Conselho de Segurança, parágrafo 7: o reconhecimento da “presença militar internacional”, para mais acompanhado da expressa autorização do exercício de “todos os meios necessários para cumprir as suas responsabilidades”, seria de todo implausível se o Conselho a tivesse considerado equivalente a agressão, ou mesmo, tão só, ilícita à luz dos meios empregues.

135 Resolução 1244 do Conselho de Segurança, parágrafos 10 e 11.

136 Resolução 1244 do Conselho de Segurança, parágrafo 7.

como (mais uma) ilustração de uma tendência que, denegando embora o monopólio do uso da força no serviço comum da ONU; que podendo mesmo constituir, de facto, um *bypass* a bloqueios do Conselho de Segurança no domínio da força, tanto mais incompreensíveis quanto antes haviam sido adoptadas posições que pré-anunciavam o “desenlace”¹³⁷; que confirmando até a inegável tendência para o órgão mundial aparecer mais como instância de variável direcção de operações que real instância operacional; ainda decorre num quadro em que, dos grupos de Estados candidatos à prestação de serviços de segurança em situações de crise internacional, se exige ou deseja que tenham uma base orgânica prévia e expressão regional¹³⁸ e, sobretudo, que não abduquem da colabo-

137 Recordem-se a Resolução 1160 do Conselho de Segurança, de 31 de Março de 1998, em que este, ao abrigo expresso do Capítulo VII, impõe um embargo de armas à Jugoslávia que é claramente funcionalizado à “retirada das unidades de polícia especiais e cesse (...) as acções das forças de segurança que afectam a população civil” (parágrafos 8 e 16); a Resolução 1199, de Setembro de 1998, em que, numa linguagem que não podia ser menos habitual e mais clara, se adverte a Jugoslávia de que o Conselho se encontra “gravemente preocupado” com os desmandos das “forças sérvias e das forças armadas jugoslavas” e “exige” um cessar-fogo imediato, novamente invocando de forma expressa o Capítulo VII da Carta (preâmbulo e parágrafo 1); a Resolução 1203, adoptada em Outubro de 1998, em que o Conselho de Segurança “acolhe e apoia” os acordos para retirada da maior parte das forças de Belgrado e “exige” que esta coopere com os esforços das instâncias internacionais no terreno, entre os quais, note-se, a NATO, e ainda que elas são tidas por capacitadas para verificar o cumprimento daqueles, inclusive através de missão de verificação aérea da NATO (parágrafos 1 e 3, bem como preâmbulo e, de novo, parágrafo 1). Note-se ainda que, mesmo antes de a Jugoslávia (pelo menos de forma óbvia) ter começado a executar a sua política de “limpeza étnica”, já o Conselho de Segurança, através da Resolução 1203, havia autorizado o uso da força ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas para a pacífica realização da, repare-se bem, “verificação” do cumprimento dos acordos alcançados entre a Jugoslávia e a NATO e a OSCE (parágrafos 1 e 9 da Resolução); e que, mesmo antes, na Resolução 1199, de novo com invocação do Capítulo VII, cumpre repetir, o Conselho se havia declarado “alarmado perante a catástrofe humanitária iminente (...) enfatizando a necessidade de prevenir a sua ocorrência”. Convir-se-á, com certeza, que, para mais no âmbito de linguagem diplomática, os “sinais”, e até mesmo toda a “mensagem”, não podiam ser mais límpidos...

138 Como já antes apontávamos, afigura-se, nesta perspectiva, de saudar os desenvolvimentos políticos e normativos da NATO, decorrentes, em especial, da Cimeira de Washington, e orientados justamente para, cada vez mais, “aparentar” a velha Organização de defesa colectiva, (porque) concebida na e para a Guerra Fria, às mais tradicionais Organizações regionais. A evolução deve ser vista não só como uma prospectivadora admissão ou um implícito reconhecimento da necessidade normativa da sua “adequação” ao sistema onusino – e, nomeadamente, à sua recondução ao Capítulo VIII da Carta, quando haja que intervir ou ser chamada a intervir (de modo armado mesmo), no contexto de segurança regional (para que, doravante, está clara e “constitucionalmente” vocacionada) –, mas também como sinal de prospectivadora denegação da argumentação, que alguns dos seus menos autónomos simpatizantes chegaram a ensaiar, de que a operação não tinha (tão pouco) que se justificar à luz do conteúdo e sentido normativo do Capítulo VIII da Carta – assim seria porque não só a Organização teria natureza diversa, como, mais radicalmente até, o problema se não poria, por faltar à operação, de escopo humanitário, o carácter executivo (*armed enforcement*; argumento que, é bom de ver, apenas visava colocar uma insuperável objecção preliminar à consideração das mais complexas implicações do nível problemático antes enunciado).

ração, e antes cooperem, com a instância onusina, cuja responsabilidade primacial não é contestada, antes respeitada. Contas bem feitas, este Caso poderá, pois, ainda valer como exemplo de situação em que tais grupos, e sempre, em todo o caso, justamente, de forma multilateral¹³⁹ (que não mais, como antes acontecia no decurso da noite da Guerra Fria), ainda se relacionam com a instância mundial, sobretudo em demanda de legitimação; mesmo que seja – e, aqui sim, o Caso do Kosovo acentua uma tendência que, contudo, diga-se com clareza, o precede¹⁴⁰ –, em função de circunstâncias “difíceis”¹⁴¹ e motivadoras de urgência^{142,143},

139 O multilateralismo parece garantir a satisfação de alguns meritórios objectivos: evitar, ou reduzir substancialmente, a parcialidade, ou tentações hegemónicas, de alguns Estados; prevenir a escalada de conflitos, através de leviana provocação de actores importantes; alcançar uma autoridade normativa mais ampla.

140 A situação da suficiência de uma autorização *ex post* está, de facto, longe de ser inédita na prática internacional, à escala global ou mesmo só regional, tendo, aliás, por isso mesmo, justificado já significativa reflexão doutrinal. Pense-se, quanto à primeira, e sem qualquer esforço de exaustividade, nos Casos da crise dos mísseis em Cuba (ver em especial a posição então adoptada pelos Estados Unidos da América) e das intervenções na Libéria e na Serra Leoa, (respectivamente dirigidas por tropas da Nigéria e do Gana, e em ambos os casos, realizadas em nome da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental; no segundo caso, compulse-se ainda a Resolução 1132). E, quanto ao labor doutrinal, apontem-se os trabalhos, de sentido aliás divergente, de David Wippman, “Enforcing the Peace: ECOWAS and the Liberian Civil War”, in Lori F. Damrosch (ed.), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, 1993, p. 182; Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 1994, p. 734; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2ª ed., 1994, pp. 286-287; John F. Murphy, “Force and Arms”, in Oscar Schachter e Christopher C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order*, 1995, p. 300; Jeremy Levitt, “Humanitarian Intervention by Regional Actors in International Conflicts, and the Cases of ECOWAS in Liberia and Sierra Leone”, *Temple International and Comparative Law Journal*, 1998, vol. 12, pp. 333, ss.; Ved Nanda *et al.*, “Tragedies in Somalia, Yugoslavia, Haiti, Rwanda, and Liberia – Revisiting the Validity of Humanitarian Intervention under International Law, Part II”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 1998, vol. 26, pp. 827, ss.; Karsten Nowroth e Emily W. Schabacker, “The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone”, *American University International Law Review*, 1998, vol. 14, p. 321.

141 De entre estas, o risco de generalização regional do conflito, em especial de extensão à frágil, e igualmente multi-étnica, Macedónia e à Albânia, já directamente atingidas pelo franqueamento das suas fronteiras por milhares de refugiados.

142 O sentimento de urgência perante a tragédia humanitária é comum a várias intervenções do Secretário-Geral da NATO, Javier Solana (cfr. reprodução de suas tomadas de posição in B. Simma, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *EJIL*, vol. 10, n° 1, p. 7 e *International Herald Tribune*, de 17 de Abril de 1999, p. 6), a altos responsáveis da OSCE (*UN Doc. S/1999/315*) e ao próprio Secretário-Geral das Nações Unidas, no seu relatório ao Conselho de Segurança (*UN Doc. S/1999/338*). Ao sentimento de urgência não terão com certeza sido alheias as lições amargas retiradas da ineficiência da ONU nos Casos do Ruanda e da Bósnia, dramaticamente sublimadas no massacre de Srebrenica, supostamente protegida pelas forças da ONU. Os acontecimentos “paralelos” de Rakak, dias antes do desencadeamento da operação, tê-lo-ão actualizado em premente alarme.

através ainda de uma “autorização”, conquanto “tardia” (*rectius* de uma ratificação confirmativa); porventura até, tão só, implícita^{144,145}.

3. QUESTÃO SUBSTANCIAL

Para além da questão institucional, ainda parcialmente obnubilada por alguns claros-escuros e incertezas¹⁴⁶ que o escasso tempo de “recuo

143 Parece necessária a verificação cumulativa destas duas condições. Assim se mantém, à luz da prática emergente, a coerência com situações, como a vivida em Timor, após o referendo, em que, muito embora a condição da urgência humanitária já estivesse preenchida, ainda era possível esperar uma reacção da instância mundial, por ausência da condição de paralisia determinada pelo “interesse de bloqueio” de um qualquer membro permanente do Conselho de Segurança. E, de facto, a operação lá acabou por se realizar.

144 Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que persiste por esclarecer o sentido normativo de tal prática emergente relativamente a objecções ou bloqueios de membros permanentes do Conselho de Segurança não documentadas em veto ou em resolução contrária, e, em última instância, sobre o sentido novo, porventura também emergente, do direito de veto. Não parece descabido perguntar se não se estará a configurar uma tendência (ou mesmo mero precedente, orientado para, um dia, a constituir) ou no sentido de isentar de veto as intervenções humanitárias (é a hipótese posta por Louis Henkin, “Kosovo and the Law of ‘Humanitarian Intervention’”, *AJIL*, 1999, vol. 93, n.º 4, p. 827, sendo, contudo, que ela se nos afigura, pelo menos perante as presentes condições, algo... fantasista) ou no sentido de “inverter” o exercício desta prerrogativa através da realização de operações que desafiam o Conselho de Segurança a aquiescer, ratificando-as (como, no entendimento da maior parte, acabou por acontecer com a adopção da Resolução 1244), e, simultaneamente, algum Membro a fazer sentir a sua discordância, através de veto, ou a pôr-lhes termo (o que a Rússia tentou, no caso da Operação da NATO, sem sucesso, três dias depois do início da operação, num projecto de Resolução em que os bombardeamentos da NATO eram tidos por violadores dos artigos 2.º, parágrafo 4.º, 24.º e 53.º da Carta das Nações Unidas, mas que apenas mereceu a concordância da China e da Namíbia, tendo suscitado a discordância expressiva dos restantes e, por isso, dispensado um qualquer exercício de direito de veto – cfr. Press Release SC/6659, de 26 de Março de 1999 –; no segundo sentido enunciado, também, Louis Henkin, *idem*). Em todo o caso, não se pode deixar de pensar, e mesmo lembrar, que, nem mesmo esta tão sensível matéria do direito de veto, alguma vez deve ficar, ou ficou, isenta de “confronto” com a evolução da vida internacional. Antes se deve recordar que, logo no início da década de 50, o conteúdo e sentido do direito de veto foi “adequado” às novas necessidades do tempo que então se abria, nomeadamente pela não consideração como veto das abstenções ou ausências dos Membros permanentes; cfr. o nosso *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, Coimbra, 1990, pp. 193, ss. e Fritz Münch, “Veto”, *EPIL*, vol.5, p. 391); E ainda que a prática normativa internacional tanto se faz de actos positivos como de omissões ou “inconsequências” (lembrando-o, muito apropriadamente, Ruth Wedgwood, “NATO’s Campaign in Yugoslavia”, *AJIL*, 1999, vol. 93, n.º 4, p. 830), não podendo deixar de ser tido como relevante, embora sujeito a “confirmação”, que os Estados “atingidos”, para além de terem proposto um projecto de Resolução que se não viu aprovado, posteriormente não mais agiram no sentido para que tal iniciativa apontava e antes acabaram por concorrer, primeiro, para a retoma da procura de soluções pacíficas para o conflito (relembre-se que a Rússia fez sempre parte do Grupo de Contacto) e, depois, até, para a subtil (ambígua, dirão outros) ratificação da operação da NATO, operada pela ONU através da Resolução 1244.

145 Alguma doutrina aponta como casos de autorizações implícitas da força as Resoluções 688, no Caso do Iraque, e 1199 e 1203, no do Kosovo.

146 Já antes, neste sentido crítico, Gomes Canotilho, “Nova Ordem Mundial e Ingerência Humanitária (Claros-Escuros de um Novo Paradigma Internacional)”, *BFDUC*, 1995, vol. LXXI, pp. 1-26.

perspectivador” acentua e que é próprio de casos-limite ou de afirmação de Direito novo ou alteração do sentido da legalidade, avulta ainda, como se disse, a problemática material. Alguns notáveis analistas¹⁴⁷, orientados por uma compreensão da Carta, senão dos processos criativos do Direito, que nos parece excessivamente informada por postulados positivistas, e, de qualquer sorte, redundantes numa leitura da Ordem Jurídica Internacional que, na hora que corre, nos parece menos “útil” ou adequada, propenderam a olhar o Caso como uma excepção violadora da Ordem Jurídica. Embora admitindo que ela se toleraria face aos objectivos perseguidos, denegam totalmente a possibilidade¹⁴⁸ de nele se radicar um contributo conformador do Direito Internacional. Com a devida vénia, entendemos não ser esta a linha de análise mais bondosa.

Não o é, pensamos, em termos gerais, eminentemente teóricos, pelas razões que apontámos na discussão do ponto 1. Mas não o é também, sustentamo-lo, em concreto; desde logo porque não mantém a coerência com as suas próprias premissas. Como, de facto, entender que uma violação a tão fundamentais princípios da Ordem Jurídica Internacional, como o do respeito dos direitos humanos^{149,150}, pudesse ser tão ligeira-

147 Merece especial menção, pela qualidade do exercício argumentativo e científico e pela ousadia pioneira, o trabalho de Bruno Simma, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 1, pp. 1-22 e ainda <<http://www.unausa.org/issues/sc/simma.htm>>.

148 Temos, ao longo do texto, justamente aludido a *possibilidade* de fundar um novo direito, que não constatado (a existência d)esse direito. O cuidado prende-se com a observação de que houve uma grande parcimónia dos Estados interventores nessa invocação clara (vejam-se as primeiras declarações dos mais altos responsáveis dos Estados Unidos, por exemplo, em que apenas se alude à catástrofe humanitária e aos objectivos da NATO; cfr. “President Clinton Address to the Nation Regarding NATO Air Strikes against Serbia”), embora elas tenham sido mais frequentes quando foram demandados em justiça pela Jugoslávia, no Tribunal Internacional sediado na Haia. Quanto ao entendimento a emprestar a tais factos, cfr. A. Cassese, “A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and *Opinio Necessitatis*”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 4, pp. 791-799.

149 Recorde-se que o desrespeito dos direitos humanos, individuais e colectivos, dos kosovares albaneses (mas também o houve dos kosovares sérvios), foi massiço, levando mesmo alguns a anteverem um “genocídio”, o que logo poderia resolver a questão da licitude do uso da força. Embora a perspectiva, confrontada hoje, mais serenamente, com a emergente verdade histórica, pareça excessiva, não há dúvida de que sempre ficará a incerteza se ela não poderia evoluir para uma consubstanciação mais verosímil, caso as forças internacionais tivessem hesitado em intervir, como havia acontecido no triste Caso do Ruanda.

150 Relembre-se ainda o “peso” (acrescido) de tal consideração à época. Não se está já na fase, de pioneirismo, dir-se-ia, vivida logo após a II Guerra Mundial, em que, mesmo então, se podia apontar para os julgamentos de Nuremberga e para os artigos 55° e 56° da Carta das Nações Unidas (de acordo com os quais “todos os membros da Organização se comprometem, em conjunto ou separadamente” a promover o “respeito universal e efectivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”), ou a partir da qual, progressivamente, se deixou de aceitar que as

mente “aceite” pela Comunidade Internacional; para mais sob um tão generalizado silêncio?! Não será essa relativa “pacificidade” um poderoso indício de que a Comunidade Internacional antes encontra, no Caso, uma qualquer virtualidade conformadora da sua ordem – e quem, senão ela, para o fazer?!, cabe ainda perguntar –, mesmo que a exigir uma explicação sobre a relação com o Direito tido por de base, o equivalente à Carta?! Para além de outras hipóteses menos “agressivas”, não haveria, aliás, em todo o caso, desde logo, que questionar se não se estará aqui perante uma instância em que, mesmo que, ao início da operação, tivesse havido um ilícito procedimental, *ex iniuria, ius oritur*? Por estas dúvidas e aquelas, mais positivas, razões de princípio sobre o sentido do Direito Internacional, a sua função, os seus processos genéticos e o papel que ao doutrinador se devolve, em geral, e, em particular, em tempos de alguma incerteza perante profundas mudanças morais e políticas¹⁵¹, repetimos que consideramos mais profícuo um esforço que se empenhe em tentar sondar a realidade para nela captar sinais normativos, eventualmente aproximáveis de outros Casos e tendências já antes apreendidas. Ou seja, parece-nos mais adequado admitir que a prática internacional deste sistema social sem fonte de fontes imperativa e desprovido de um pólo de julgamento necessário dos litígios pode introduzir novas “aberturas” no seu sistema jurídico. Ao que acresce que elas são tanto mais “naturais” quanto delas se possa pensar constituírem outros tantos testemunhos de homenagem aos outros valores de que o sistema é portador, no que aparece, afinal, como um esforço de “concordância prática” de opções e princípios num contexto axiologicamente plural. Mas também se nos

violações massivas de direitos humanos fossem consideradas “assunto privado” dos Estados em que ocorriam (“privatismo” assegurado pela reserva de jurisdição doméstica), para passarem a ser consideradas matéria da relevância da Comunidade Internacional no seu conjunto. Na época ora em vista, para além dos progressos na instituição e funcionamento de tribunais penais internacionais, não se pode, em especial, deixar de sublinhar a tão significativa coincidência de o dia do início da Operação Força Aliada, *i.e.*, de uso da força armada pela NATO, em nome da paz e dos direitos humanos, o dia 24 de Março de 1999, ter sido também o dia em que, na Câmara dos Lordes, em Londres, se proclamava que o Senador vitalício Augusto Pinochet não podia, legitimamente, opor a invocada imunidade de soberania absoluta ao processo de extradição em curso no Reino Unido e que lhe havia sido movido por actos de tortura cometidos no Chile, enquanto era Chefe de Estado, após a entrada em vigor da Convenção sobre a Tortura, para o Chile, Espanha e Reino Unido (cfr. “Judgement – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet”, *House of Lords, Session 1998-99, Publications on the Internet*, pp. 1, ss.).

¹⁵¹ Pense-se na alegada configuração, no Reino Unido, desde 1997, de uma política externa “ética” ou no suposto desejo do Presidente americano Clinton de ficar associado a uma doutrina de apoio humanitário perpetuadora do seu nome.

afigura “normal” que, em simultâneo, esta Sociedade, cada vez mais “comunitária” e exigente consigo mesma, igualmente procure operar uma diferenciação relativamente ao passado, através da identificação, também pela prática dos Estados, das condições da efectivação de tais “aberturas”. É que essas condições deverão então ser “lidas” como a prova da atenção prestada a esses outros valores do sistema¹⁵², ou seja, *inclusive* daqueles aos quais, aparentemente¹⁵³, doravante se introduzem derrogações. Num tal quadro, parece-nos¹⁵⁴ que o Caso do Kosovo¹⁵⁵ pode ser visto como um precedente de emergente afirmação da licitude material da

152 Louis Henkin, “Kosovo and the Law of Humanitarian Intervention”, *AJIL*, 1999, vol. 93, nº4, p. 825, considera que, numa tal hipótese, se assegura que as intervenções sejam responsáveis, de boa fé; que assim se afastem os riscos de abusos unilaterais.

153 Contestando a ideia de que a protecção dos direitos humanos, pela intervenção humanitária, equivalha a derrogação do princípio do respeito da soberania estadual; antes a lendo, precisamente, como prova do respeito sincrético de vários valores ou princípios do sistema onusino, *vide* Julie Mertus, “Human Rights Should Know No Boundaries”, *in* <<http://www.asil.org/insigh31.htm>>.

154 Cfr., em sentido próximo do argumento que aqui se aduz, A. Cassese *in* “*Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, *EJIL*, 1999, vol. 10, nº 1, p. 27. Na mesma linha, igualmente sustentando a necessidade de identificar critérios de (realização da) intervenção humanitária, Julie Mertus, “Human Rights Should Know No Boundaries”, *in* <www.asil.org/insigh31.htm>.

155 Embora reconhecendo-se que o Caso não constitui seguramente um “bom caso” (*rectius*, o melhor caso), para a emergência de Direito novo (o problema é posto, directamente, por Christine M. Chinkin, “Kosovo: A “Good” or “Bad” War?”, *AJIL*, 1999, vol. 93, pp. 846-847, onde também se podem colher argumentos semelhantes aos que, de seguida, se apresentam). Parece-nos, em especial, que “enfraqueciam” ou “enfraquecem” o seu potencial normativo os factos da subsistência de dúvidas quanto à adequação “constitucional” da NATO a um papel de “Organização regional” para os efeitos do regime do Capítulo VIII da Carta das Nações Unidas, aquando da eclosão das operações; de incertezas quanto à prática de violações do direito humanitário durante as operações, ou, pelo menos, do respeito do dever de especial cuidado que se lhe imporia; a incerta verificação de indisputável consenso nas posições dos Estados membros da NATO, e nomeadamente o seu alcance ou conteúdo jurídico; a inconsequência da posição particular dos Estados Unidos da América que, embora apresentando-se como uma espécie de novo Robin dos Bosques da era nova, em especial porque pronto a acorrer, em “pró-activa” protecção dos desvalidos e do respeito dos direitos humanos de pessoas e povos massacrados, hesitam, por outro lado, em aderir ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional; os incertos juízos de prognose quanto a uma constante ou igualitária determinação na prossecução dos direitos humanos, onde quer que eles sejam violados; o persistente risco de abusos constituídos pela invocação de motivações internacionais que de facto procuram esconder a efectiva prossecução de ambições nacionais (sobre estes, com exemplificação nos Casos das intervenções americanas em Grenada, em 1983, e no Panamá, em 1989, cfr. Julie Mertus, “Human Rights Should Know No Boundaries”, *in* <www.asil.org/insigh31.htm>); o perigo de escalada do conflito, ou, pelo menos, de perpetuação de desconfianças entre, desde logo, as grandes potências internacionais, quando as operações se não fundam, como sem dúvida, parece desejável, em tese geral, em autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Simplesmente, deve-se também reconhecer que a vida raramente é feita de situações ideais e que as preversões possibilitadas pelo sistema de um veto desviado da sua função de instrumento de garantia do papel de “guardião da paz e segurança internacionais” e, mais genericamente, pela sempre propalada e mais ainda adiada reforma do Conselho de Segurança, advertem para os perigos da tentação de neles procurar alternativas credíveis.

figura da intervenção armada com propósitos humanitários¹⁵⁶. Mas sobretudo importa constatar que ele também aponta para que tal “causa de exclusão da ilicitude” apenas valha se, quando e na medida em que, simultaneamente, se verifiquem os seguintes requisitos ou pressupostos:

- 1 – verificação de violações grosseiras e em massa dos direitos humanos, em particular quando o “alvo” das acções de “destruição” é constituído por um grupo racial, étnico ou religioso especial e que correspondem mesmo a sérios crimes de guerra ou crimes contra a humanidade¹⁵⁷;
- 2 – comprovação de as autoridades do Estado em cujo território se perpetram estas violações de direitos humanos, delas são directamente responsáveis, ou as permitem, ou ainda que, mesmo se em virtude do seu desmoronamento ou crise de autoridade, as não conseguem impedir¹⁵⁸;
- 3 – constatação da incapacidade do Conselho de Segurança para pôr termo às atrocidades e plenamente assumir as responsabilidades que lhe são “constitucionalmente” cometidas (mesmo na hipótese de, previamente, as ter condenado e ter até qualificado a situação como de “ameaça à paz”), quer porque há desacordo, no seu seio, entre os Membros permanentes, quer porque um deles exerce o direito de veto¹⁵⁹;
- 4 – exaustão das tentativas de solução pacífica dos conflitos¹⁶⁰;

156 E da consequente constrição do alcance do artigo 2º, parágrafo 4 da Carta das Nações Unidas, como apontam Lobel e Ratner, “Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force. Cease Fires and the Iraqi Inspection Regime”, *AJIL*, 1999, vol. 93, pp. 124-154.

157 Cfr. a sumária “descrição” dos factos relevantes, *supra in* nota 1 e a respectiva indicação bibliográfica. De notar ainda que algumas alegações de ocorrência de genocídio do povo kosovar podem ser lidas neste sentido. Tirando a consequência (já antes apontada; *in* nota 152) de que, perante a presente concepção de genocídio da comunidade internacional, não vale o limite geral à utilização da força, cfr. Kai Ambos, “Comment: NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *in* <ejil.org/ journal/vol10/Nº1/coma.html>.

158 As sucessivas acções da Jugoslávia, quer por intermédio das suas autoridades centrais, das suas forças armadas, polícia ou grupos paramilitares sob o seu efectivo e decisivo controle, em desafio às impretrações das Resoluções onusinas e à Comunidade Internacional, não permitem dúvidas sobre a consistência deste facto.

159 A já referida iniciativa de proposição de projecto de Resolução condenatória da operação da NATO, três dias após o seu início, e o seu apoio por dois Membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU tornavam inverosímil essa assumpção (cfr. *supra* nota 144).

160 Os meios pacíficos proporcionais à crise em curso, envolvendo até Estados que depois, no seio do Conselho de Segurança, não entenderam assumir tão plenamente a sua condição de Membros principais da Comunidade Internacional presente, para além de numerosas Organizações internacionais ou grupos de Estados para o efeito constituídos, documenta-se quer nos esforços do grupo de contacto quer nas conferências de Rambouillet e de Paris.

- 5 – afirmação de disponibilidade para pôr termo às violações dos direitos humanos, por parte de um grupo de Estados realmente independentes¹⁶¹;
- 6 – apoio ou não oposição da maioria dos Estados membros da ONU¹⁶²;
- 7 – uso da força, como *extrema ratio*, exclusivamente dirigido à satisfação do escopo da interrupção das atrocidades e reposição do respeito dos direitos humanos, *i.e.* de modo conforme aos ditames do princípio da proporcionalidade (nas suas diversas dimensões de necessidade, proporcionalidade *stricto sensu* e adequação)¹⁶³.

Mais amplamente ainda, embora com algumas particularidades, ele inscreve-se numa tendência, dominante, desde logo, no período posterior à celebração da Carta, para, homenageando ainda os princípios cardinais da não-intervenção e do não uso da força, conceber excepções que estendem ou vão mesmo para além da de legítima defesa e da do sistema de segurança colectiva, ambas expressamente configuradas na Carta. Mas também se enquadra na tendência para condicionar e limitar tal admissão de novos usos da força por parâmetros de índole substancial, procedimental e organizativa que ainda se podem dizer animados por uma leitura, senão legalista, pelo menos imbuída do *ethos* ou espírito da Carta, por uma leitura de conteúdo axiológico e teleológico que ainda se radica na Carta, ainda que numa “Carta-Renovada” ou “Carta-bis”. O que significa, enfim, que tal processo acaba por reverter na afirmação de uma ordem pública internacional protectora de outros valores para lá do da paz e, de toda a forma, de uma concepção mais rica e positiva do valor paz. Em conjugação ainda com precedentes do pós-Guerra Fria, e nesta medida ainda mais flagrantemente se apartando dos demais precedentes característicos do período da Guerra Fria, o Caso do Kosovo abunda, em especial, no sentido da preferência das vias claramente multilaterais¹⁶⁴ às

161 A decisão dos 19 Estados envolvidos, todos eles democracias, e em que, de forma variável, a participação na operação foi sujeita a escrutínio público, institucional ou não.

162 Mesmo o projecto de Resolução dirigido a condenar a operação foi rejeitado por 12 dos Estados membros do Conselho de Segurança. E nenhum Estado requereu a reunião imediata do Conselho de Segurança; sendo até que o principal Estado com reservas relativamente à operação não deixou de comparticipar nos esforços “paralelos” de procura de uma solução pacífica para a crise e, depois, também, na “apaziguadora” e “ratificadora” Resolução 1244.

163 Quanto a esta condição-limite, já *supra*, in nota 12, dissemos dos cuidados que os sinais contraditórios nos suscitam.

164 O requisito do multilateralismo é sobretudo valioso como “antídoto” ou prevenção contra qualquer tentação hegemónica ou parcialismo, e, tanto quanto mais exigente, permitirá evitar o

individuais¹⁶⁵ para que o período da Guerra Fria sobretudo apontara. Por qualquer das vias ou ângulos de análise, ele comparticipa da sempre renovada tentativa de (re)definição de uma Carta fundamental da vida internacional, uma Carta-*bis* que, embora seguramente não menos idealista que o texto original, se pretende agora mais “realista”, muito mais viva e influente sobre os acontecimentos a cujo contexto funcionalmente se adequa¹⁶⁶, e sobretudo, doravante, de um sentido mais humanamente determinado.

ABREVIATURAS

Publicações

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Austrian JPIL</i>	<i>Austrian Journal of Public International Law</i>
<i>AVR</i>	<i>Archiv des Völkerrechts</i>
<i>BFDUC</i>	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
<i>BYBIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>CJIELP</i>	<i>Colorado Journal of International Environmental Law and Policy</i>
<i>ColJTL</i>	<i>Colorado Journal of Transnational Law</i>
<i>ColLR</i>	<i>Colorado Law Review</i>
<i>CYBIL</i>	<i>Canadian Yearbook of International Law</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>EPIL</i>	<i>Encyclopaedia of Public International Law</i>
<i>GIELR</i>	<i>Georgetown International and Environmental Law Review</i>
<i>GYBIL</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>IJIL</i>	<i>Indian Journal of International Law</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>

risco de que uma intervenção, ao eventualmente envolver o desrespeito ou a agressão de um actor mais relevante da Sociedade Internacional, degenera numa escalada militar nociva do objectivo da manutenção da paz e segurança internacionais. O corpo de Estados intervenientes incluía um número muito significativo de Estados europeus e americanos e, ademais, três dos cinco Membros permanentes do Conselho de Segurança.

¹⁶⁵ Veja-se, contudo, a “contra-corrente”, o mandato dado pelas Nações Unidas à França, através da Resolução 929, adoptada pelo Conselho de Segurança em 22 de Junho de 1994, para realizar a “Operação Turquoise” no Ruanda. Cfr. M. Bothe e C. Jury, “Rwanda: A creeping sense of security”, *International Peacekeeping*, 1994, n° 3, pp. 100, ss..

¹⁶⁶ Nomeadamente, para quando o Conselho de Segurança esteja paralisado.

MLR	<i>Michigan Law Review</i>
RCADI	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RJUA	<i>Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente</i>
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i>
YBIEL	<i>Yearbook of International Environmental Law</i>
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>

Sujeitos de Direito

CDI	<i>Comissão de Direito Internacional</i>
ECOWAS	<i>Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental</i>
EUA	<i>Estados Unidos da América</i>
NATO	<i>Organização do Tratado do Atlântico Norte</i>
ONGs	<i>Organizações Não-Governamentais</i>
ONU	<i>Organização das Nações Unidas</i>
OSCE	<i>Organização da Segurança e Cooperação na Europa</i>
OUA	<i>Organização da Unidade Africana</i>

BIBLIOGRAFIA

Abi-Saab, G., “Cours général de droit international public”, *RCADI*, 1987, t. 207.

Abi-Saab, G., “Whither the International Community?”, *EJIL*, 1998, vol. 9, nº 2.

Ago, R., “Science juridique et droit international”, *RCADI*, 1956, vol. 90, t. II.

Akehurst, M., “Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States”, *BYBIL*, 1967, vol. 42.

Allott, P., *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford, 1990.

Alston, P., “The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalisation”, *EJIL*, 1997, vol. 8.

Alvarez, *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, 1959.

Ambos, K., "Comment: NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", in <ejil.org/ journal/vol10/Nº1/coma.html>.

Annacker, "The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", *AustrianJPIL*, 1994, vol. 46.

Annan, K., "Renewing The United Nations: A Programme for Reform, Report of the Secretary-General", *UN Doc. A/51/950*, de 14 de Julho de 1997.

Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1954.

Azeredo Lopes, J. A., "A Responsabilidade Internacional do Estado: entre Codificação e Realidade", *Nação e Defesa* nº 97, Primavera 2001.

Azeredo Lopes, J. A., "Agressão, Crime Internacional e Crise do Golfo", in Universidade Católica Portuguesa, *A Crise do Golfo e o Direito Internacional*, Porto, 1993.

Ballesteros, J., *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia?*, Madrid, 1989.

Barbosa de Melo e Canelas de Castro, P., *Sumários das lições ao 5º Ano Jurídico de 1988-1989*, Coimbra, s.d. (1989), policopiado.

Bartelson, J., *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, 1995.

Basnett, M., "Partners in peace? The UN, regional organizations, and peace-keeping", *Review of International Studies*, 1995, vol. 21.

Beck, U., *Weltrisikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

Beck, U., *World Risk Society*, Cambridge, 2000.

Bierstecker, T. J. e Weber, C., "The Social Construction of State Sovereignty", in Thomas J. Biersteker e C. Weber (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996.

Bierstecker, T. J. e Weber, C. (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996.

Bleckmann, A., *Die Aufgaben einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellentheorie im Völkerrecht*, Heidelberg, 1978.

Blokker, N., "Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize The Use of Force by "Coalitions of the Able and Willing"", *EJIL*, 2000, vol. 11, n.º 3.

Bodansky, D., "The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?", *AJIL*, 1999, vol. 93.

Bothe, M. e Jury, C., "Rwanda: A creeping sense of security", *International Peacekeeping*, 1994, n° 3.

Bothe, M. e Siekmann, R., "Restoring democracy and human rights in Haiti: Whose peace?", *International Peacekeeping*, 1994, vol. 1, n° 3.

Boutros Ghali, B., "A Supplement to An Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of The Fiftieth Anniversary of the United Nations", *UN Doc. A/50/60-S/1995/1*, de 3 de Janeiro de 1995.

Boutros Ghali, B., *Report of the Secretary-General on the Work of the Organization*: 1993.

Boyle, J., "Natural Law and International Ethics", in Terry Nardin e David R. Mapel (eds.), *Traditions of international ethics*, Cambridge, 1992.

Brierly, J., *The Law of Nations*, Oxford, 1967, 6ª ed.

Brito, W., *Contributo para o Estudo do Ius Cogens Internacional*, Braga, 1996.

Brito, W., *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, Lisboa, 2000.

Brouillet, A., "La Force multinationale d'interposition à Beyrouth", *AFDI*, 1982.

Bruce, H. R., "Moral Authority as a Power Resource", *International Organization*, 1997, n.º 51.

Brunnée, J. e Toope, S., "The Changing Nile Basin Regime: Does Law Matter?", no prelo.

Bruns, V., "Das Völkerrecht als Rechtsordnung", *ZaöRV*, 1929.

Burley, S., "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda", *AJIL*, 1993, vol. 87.

Canelas de Castro, P., *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, Coimbra, 1990, policopiado.

Canelas de Castro, P., "Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional", *BFDUC*, 1995, vol. LXXI.

Canelas de Castro, P., “Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional”, in Instituto da Defesa Nacional, *A Ingerência e o Direito Internacional*, Lisboa, 1996.

Canelas de Castro, P., “The Judgement in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law”, *YBIEL*, 1997, vol. 88.

Canelas de Castro, P., “De quantas Cartas se faz a paz internacional?”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho (eds.), *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, 1998.

Canelas de Castro, P., “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, *Nação e Defesa*, 1998, n° 86.

Canelas de Castro, P., “The Future of International Water Law”, in FLAD, *Shared Water Systems and Transboundary Issues, with special emphasis on the Iberian Peninsula*, Lisboa, 2000.

Cassese, A., “*Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 1.

Cassese, A., “A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and *Opinio Necessitatis*”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 4.

Charney, J. I., “Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo”, *AJIL*, 1999, vol. 93.

Cheng, B., “United Nations’ Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?”, *IJIL*, 1965, vol. 5.

Chinkin, C. M., “Kosovo: A “Good” or “Bad” War?”, *AJIL*, 1999, vol. 93.

Correia Baptista, E., *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, 1997.

Crawford, J., Bodeau, P. e Peel, J., “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des Etats et de la Commission du Droit International”, *RGDIP*, 2000, n°4, t. 104.

Cuéllar, P. de, *Report of the Secretary-General on the Work of the Organization*, 1990.

- Daalder, I. H., "NATO, the UN, and the Use of Force", in <http://www.unausa.org/issues/sc/daalder.htm>.
- Dinstein, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, 2ª ed., 1994.
- Donagan, A., *The Theory of Morality*, Chicago, 1977.
- Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927.
- Dupuy, R.-J., "Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la "soft law"", in SFDI, *L'élaboration du droit international public. Colloque SFDI*, 1975.
- Dupuy, R.-J., "Communauté internationale et disparités de développement", *RCADI*, 1979, vol. IV, t. 165.
- Dupuy, R.-J., *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/Unesco, 1986.
- Dupuy, R.-J., *Le droit international*, 7ª ed., Paris, 1986.
- Dupuy, R.-J., "Humanity and the Environment", *CJIELP*, 1991, nº2.
- Dupuy, P.-M., "A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'objecteur persistant", in *Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991.
- Dupuy, P.-M., "Sécurité collective et organisation de la paix", *RGDIP*, 1991, vol.95, nº3.
- European Commission, *Law in Humanitarian Crises, How can international humanitarian law be made effective in armed conflicts?*, vol. I, Brussels, 1995.
- Falk, R., "Kosovo, World Order, and The Future of International Law", *AJIL*, 1999, vol. 93.
- Fernandes, M. J., "Uma nova ordem jurídica internacional? Novas do sistema de fontes. Contributos do direito internacional do ambiente", *Nação e Defesa* nº 97, Primavera 2001.
- Ferreira Almeida, F., "O Princípio da Não Ingerência e o Direito Internacional Humanitário", in Instituto da Defesa Nacional, *A Ingerência e o Direito Internacional*, Lisboa, 1996.
- Feio, D., "Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução", *Nação e Defesa* nº 97, Primavera 2001.

Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.

Folhadela, I., “A Nova Ordem Mundial e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: A Caminho de um controlo da Legalidade?”, *Nação e Defesa* n.º 97, Primavera 2001.

Forum Iustitiae, 1999, n.º 4.

Franck, T., *The Power of Legitimacy Among Nations*, 1990.

Franck, T., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL*, 1992, vol. 86.

Franck, T., “The United Nations as Guarantor of International Peace and Security: Past, Present and Future”, in Tomuschat, C. (ed.), *The United Nations at Age Fifty – A Legal Perspective*, 1995.

Franck, T., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL*, 1992, vol. 86.

Franck, T., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1997.

Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.

Frowein, J., “Das Staatengemeinschaftsinteresse – Probleme bei Formulierung und Durchsetzung”, in *Festschrift für K. Doebling zum 70. Geburtstag*, 1989.

Fukuyama, F., “The End of History?”, *The National Interest*, 1989, n.º 16.

Gaeta, “The Dayton Peace Agreements and International Law”, *EJIL*, 1996, vol. 7, n.º 2.

Gaja, G., “*Ius Cogens* beyond the Vienna Convention”, *RCADI*, 1981, vol. 172, t. III.

Gaja, G., “Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Ius Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts”, in J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States. A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, 1989.

Galvão Teles, M. e Canelas de Castro, P., “Portugal and the Right of Peoples to Self-Determination”, *AVR*, 1996, vol. 34, n.º 1.

Galvão Teles, P., "Obligations *erga omnes* in international law", *Revista Jurídica da AAFDL*, 1996, n° 20.

Ghébali, V.-Y., "La sécurité internationale à l'ère de l'après-guerre froide. Le rôle des Nations Unies", *GYBIL*, 1994, vol. 34.

Gomes Canotilho, J. J., "Fidelidade à República ou Fidelidade à NATO? O problema das credenciações e o poder discricionário da administração militar", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1986.

Gomes Canotilho, J. J., "Nova Ordem Mundial e Ingerência Humanitária (Claros-Escuros de um Novo Paradigma Internacional)", *BFDUC*, 1995, vol. LXXI.

Gomes Canotilho, J. J., "Nova Ordem Mundial e Ingerência Humanitária (Claros-Escuros de um Novo Paradigma Internacional)", in Instituto da Defesa Nacional, *A Ingerência e o Direito Internacional*, Lisboa, 1996.

Gomes Canotilho, J. J., "Offenheit vor dem Völkerrecht und Völkerrechtsfreundlichkeit des portugiesischen Rechts", *AVR*, 1996, vol. 34, n°1.

Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998.

Gomes Canotilho, J. J., "Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias", *Nação e Defesa* n° 97, Primavera 2001.

Gragg, A., "Un nouveau Concept stratégique pour une ère nouvelle", *Revue de l'OTAN*, 1999, N.º2, pp. 14.

Greenwood, C., "New World Order or Old? The Invasion of Kuwait and the Rule of Law", *MLR*, 1992, vol. 55.

Gutierrez Espada, C., *Apuntes sobre las funciones del derecho internacional contemporaneo*, Murcia, 1995.

Hannum, H., "Human Rights", in Oscar Schachter e Christopher C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order*, vol.1, Cambridge, 1995.

Hannum, H., *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, ed. rev., Philadelphia, 1996.

Hayden, R., "Humanitarian Hypocrisy", in
<jurist. law. pitt. edu/hayden.htm>.

Hayek, *The Road to Serfdom*, London, 1946.

Held, D., *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, 1995.

Henkin, L., "Kosovo and the Law of Humanitarian Intervention", *AJIL*, 1999, vol. 93, nº4.

Hey, E., "Sustainable Use of Shared Water Resources: the Need for a Paradigmatic Shift in International Watercourses Law", in Gerald Blake *et al.* (eds.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, London, 1995.

Higgins, R., *Problems and Process: International Law and How We Use It*, London, 1994.

Hilary, F., "Strengthening International Governance", *Journal of Environment and Development*, 1995, nº 3.

Hirsch, J. L., e Oakley, R. B., *Somalia and Operation Restoration Hope. Reflections on Peacemaking and Peacekeeping*, Washington, D.C., 1995.

Hoogh, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, 1996.

Hughes, L. A., "Foreword: the Role of International Environmental Law in the Changing Structure of International Law", *GIELR*, 1998, vol. 10.

Hummer, W. e Schweitzer, M., "Article 52", in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 1994.

Huntington, S., "The Clash of Civilizations", *Foreign Affairs*, 1993, vol. 72.

Huntington, S., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996.

Jacobi, S., "UNPROFOR – Mission impossible", *International Peacekeeping*, 1995, nºs 2/3.

Johnston, D. M., "Functionalism in the Theory of International Law", *CYBIL*, 1988, vol. 26.

Kaikobad, K. H., "Self-Defence, Enforcement Action and the Gulf Wars, 1980-88 and 1990-91", *BYBIL*, 1992, vol. LXIII.

- Katzenstein, P. J.(ed), *The Culture of National Security*, New York, 1996.
- Kelsen, H., “Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?”, *AJIL*, 1951, vol.45.
- Kelsen, H., *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 1966.
- Kingsbury, B., “Sovereignty and Inequality”, *EJIL*, 1998, vol. 9, nº 4.
- Kissinger, H., *A World Restored: Metternich, Castlereagh and the Problems of Peace, 1812-1822*, London, 1957.
- Kleffens, E.N. van, “Regionalism and Political Pacts: with Special Reference to The North Atlantic Treaty”, *AJIL*, 1949, vol. 43.
- Kofi Abiew, F., *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, 1999.
- Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989.
- “Kosovo: The Historical and Political Background”, in www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/Kosovo.
- Kozyris, J., “Delayed Learning from Kosovo: Any Chance of Common Understandings of Facts and Law?”, in jurist.law.pitt.edu/phaed1.Htm.
- Krasner, S. D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, 1999.
- Kratchowil, F., *Rules, Norms, and Decisions*, Cambridge, 1989.
- Krylov, N. B., “International Peacekeeping and Enforcement Actions After the Cold War”, in Damrosch, L. F. e Scheffer, D. J. (eds.), *Law and Order in the New International Order*, Boulder, 1991.
- Kuhn, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., Chicago, 1970.
- Lachs, M., “Quelques réflexions sur la communauté internationale”, in *Mélanges M. Virally*, 1991.
- Lattanzi, F.e Sciso, E., (eds.), *Dai Tribunali Penali Internazionali Ad Hoc A Una Corte Permanente*, Napoli, 1996.
- Laurenti, J., “The Policy Issue”, in <http://www.unausa.org/issues/sc/399rtables.htm>.

Lauterpacht, E. et al. (eds.), *The Kuwait Crisis: Basic Documents*, Grotius, 1991.

Levitt, J., "Humanitarian Intervention by Regional Actors in International Conflicts, and the Cases of ECOWAS in Liberia and Sierra Leone", *Temple International and Comparative Law Journal*, 1998, vol. 12.

Lewy, "The Case for Humanitarian Intervention", *Orbis*, 1993.

Lind, "The Catalytic State", *The National Interest*, 1992.

Lifitin, K. T., (ed.), *The Greening of Sovereignty in World Politics*, Cambridge, Massachussets, 1998.

Lobel e Ratner, "Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force. Cease Fires and the Iraqui Inspection Regime", *AJIL*, 1999, vol. 93.

Loureiro, J., "Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens (Constitucionalismo, Constituição Mundial e "Sociedade de Risco")", *Nação e Defesa* n° 97, Primavera 2001.

Lucas Pires, F., *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu sentido, problema e limites)*, Coimbra, 1997.

Lucchini, L., "La Force internationale du Sinaï: le maintien de la paix sans l'ONU", *AFDI*, 1983.

Luhmann, N., "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", *Rechtshistorisches Journal*, 1990.

Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, 1993.

Luhmann, N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997.

Macdonald, R. St. J., "The United Nations Charter: Constitution or Contract?", in R. St. J. Macdonald e D. M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague, 1983.

Macdonald, "The Principle of Solidarity in Public International Law", in Dominicé C., Patry R. e Reymond C. (eds.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993.

Maduro, M., "International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies?", *Nação e Defesa* n° 97, Primavera 2001.

Marks, S., "The End of History? Reflections on some Legal Theses", *EJIL*, 1997, vol. 9.

Marques Guedes, A., "O Direito e a Guerra", in Universidade Católica Portuguesa, *A Crise do Golfo e o Direito Internacional*, Porto, 1993.

Marques Guedes, A., *Direito do Mar*, Lisboa, 2ª ed., Coimbra, 1998.

Martinez, J.-C., "La Force multinationale des Nations Unies au Liban", *AFDI*, 1978.

McCoubrey, H. e White, N. D., *International Law and Armed Conflict*, Aldershot, 1992.

Melo Rocha, M., "A Protecção Internacional do Meio Ambiente e a Crise do Golfo", in Universidade Católica Portuguesa, *A Crise do Golfo e o Direito Internacional*, Porto, 1993.

Mertus, J., "Human Rights Should Know No Boundaries", in <http://www.asil.org/insigh31.htm>.

Morgenthau, H., *Politics Among Nations*, 1978, 5ª ed..

Mosler, H., "The International Society as a Legal Community", *RCADI*, 1974, vol. IV.

Mosler, H., "Völkerrecht als Rechtsordnung", *ZaöRV*, 1976, vol. 36.

Moura Ramos, R. M., "A Crise do Golfo e o Direito Internacional – Aspectos Gerais", in Universidade Católica Portuguesa, *A Crise do Golfo e o Direito Internacional*, Porto, 1993.

Münch, F., "Veto", *EPIL*, vol. 5.

Murphy, A. B., "The Sovereign State System as Political – Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations", in Thomas J. Biersteker e C. Weber (eds.) *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996.

Murphy, J. F., "Force and Arms", in Oscar Schachter e Christopher C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order*, 1995.

Mutharika, "The Role of the United Nations Security Council in African Peace Management: Some Proposals", *Michigan Journal of International Law*, 1996, vol. 17, nº 2.

Nardin, T., *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton, 1983.

Nardin, T. e Mapel, D. R. (eds.), *Traditions of international ethics*, Cambridge, 1992.

Nollkaemper, A., *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint*, Dordrecht, 1993.

Nolte, G., “Combined Peace-keeping: ECOMOG and UNOMIL in Liberia”, *International Peacekeeping*, 1994, nº 2.

Nowrott, K. e Emily, S. W., “The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone”, *American University International Law Review*, 1998, vol. 14.

Otto, “NGOs in the United Nations System: the Emerging Role of International Civil Society”, *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18.

Parsons, A., *From Cold War to Hot Peace. UN Interventions 1947-1994*, London, 1995.

Pureza, J.M., “Da guerra justa à guerra justificada?”, *Política Internacional*, 1994-1995, nº 10.

Pureza, J.M., “O lugar do direito num horizonte pós-positivista”, *Política Internacional*, 1998, vol.2, nº18.

Pureza, J. M., *O Património Comum da Humanidade: Rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Porto, 1998.

Queiró, A., “O fundamento do direito internacional”, *BFDUC*, 1948, vol. 24.

Queiró, A., *Direito Internacional Público*, Coimbra, 1960, policopiado.

Quigley, “The Privatization” of Security Council Enforcement Action: A Threat to Multilateralism”, *Michigan Journal of International Law*, 1996.

Ragazzi, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 1997.

Raimundo, I., *Imperativo humanitário e não-ingêrência*, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

Ramos Carmona, M., Silva, M. F.B., Alves Vieira, M.I., Vital de Figueiredo, S., “Direito de Intervenção Humanitária”, *Revista Jurídica da AAFDL*, 1996, nº 20.

Revue de l'OTAN, 1999, N.º2.

Riches, C., *Majority Rule in International Organization: A Study of the Trend from Unanimity to Majority Decision*, 1940.

Riquito, A. L., “Variações sobre a nova sociedade civil mundial: ONG’s internacionais: um sujeito sem personalidade...?”, *Nação e Defesa* nº97, Primavera 2001.

Rocha e Cunha, S., “A paradoxal estabilidade: sobre a persistência do Estado-Nação nas relações internacionais”, *Economia e Sociologia*, 1990, nº 49.

Rostow, E.V., “Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defence?”, in “Agora: The Gulf Crisis in International and Foreign Relations Law, Continued”, *AJIL*, 1991, vol. 85.

Rowe, P., *The Gulf War 1990-91 in International and English Law*, London, 1993.

Ruggie, J. G., “What Makes the World Hang Together? Neo-Utilitarianism and the Social Constructivist Challenge”, *International Organization*, 1998, Vol.52.

Ruggiero, R., “Chancen und Ausforderungen. Neue Aufgaben für die Welthandelsorganisation”, *Internationale Politik*, 1996/7.

Scelle, G., *Précis de droit des gens. Principes et systématique. I Partie. Introduction. Le milieu intersocial*, Paris, 1932.

Scelle, G., *Précis de droit des gens. Principes et systématique. II Partie. Droit constitutionnel international*, Paris, 1936.

Schachter, O., “The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law”, *ColJTL*, 1997, vol. 36.

Schulze, “Nicht-Regierungsorganisationen und die Demokratisierung der Vereinten Nationen”, in K. Hüfner (ed.), *Die Reform der Vereinten Nationen*, 1994.

Schwarzenberger, G., *International Law and Order*, London, 1971.

Schwarzenberger, G., *International Law, Volume III: International Constitutional Law*, London, 1976.

Scott, S. V., “International Lawyers: Handmaidens, Chefs, or Birth Attendants? A Response to Philip Alston”, *EJIL*, 1998, vol. 9, nº 4.

Scott, “International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics”, *EJIL*, 1994, vol. 5.

Seara Vásquez, M. (ed.), *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, México, 1950.

Sicilianos, L.-A., *Les réactions décentralisées à l’illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, 1990, LGDJ.

Siekmann, R. C. R., *Basic Documents on United Nations and Related Peace-keeping Forces*, Dordrecht, 1989, 2ª ed..

Siekmann, R. C. R., “The five main mistakes regarding Bosnia in retrospect”, *International Peacekeeping*, 1994, nº 4.

Simma, B., “From Bilateralism to Common Interest in International Law”, *RCADI*, 1994, vol. 250, t. VI.

Simma, B. (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 1994.

Simma, B., “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *EJIL*, 1999, vol. 10, nº 1.

Simma, B. e Paulus, A. L., “The “International Community”: Facing the Challenge of Globalization”, *EJIL*, 1998, vol. 9, nº 2.

“Symposium: State Responsibility”, *EJIL*, 1999, vol. 10, nº 2.

Slaughter, A.M., Tulumello, A., Wood, S., “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, *AJIL*, 1998, vol. 92.

Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917.

Strang, “Contested Sovereignty: The Social Construction of Colonial Imperialism”, in Thomas J. Biersteker e C. Weber (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996.

Strange, S., “The Defective State”, *Daedalus*, 1995, vol. 24.

Suhr, O., “The NATO Treaty as “a treaty on wheels”, comentário a artigo de Bruno Simma, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *EJIL*, 1999, vol. 10, nº 1.

Talamanca, “The Role of NATO in the Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina”, *EJIL*, vol. 7, nº 2.

Tesón, F., "The Kantian Theory of International Law", *ColLR*, 1992.

Tesón, F., "Collective Humanitarian Intervention", *Michigan Journal of International Law*, 1996, vol. 17, n° 2.

Tesón, F., *A Philosophy of International Law*, Boulder, Colorado, 1998, Westview Press.

Thomas, R.G.C., "NATO and International Law",
<<http://jurist.law.pitt.edu/thomas.htm>.

Tomuschat, C., *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1983.

Tomuschat, C., "Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit", in J. Isensee e P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1992.

Tomuschat, C., "Obligations Arising for States Without or Against their Will", *RCADI*, 1993, vol. 241.

Tomuschat, C., "Die internationale Gemeinschaft", *AVR*, 1995, vol. 33.

Varela, A., Freitas do Amaral, D., Miranda, J., Gomes Canotilho, J.J. (eds.), *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, 1998.

Ved, N. *et al.*, "Tragedies in Somalia, Yugoslavia, Haiti, Rwanda, and Liberia – Revisiting the Validity of Humanitarian Intervention under International Law, Part II", *Denver Journal of International Law and Policy*, 1998, vol. 26.

Verdross, A., *Die Einheit des rechtlichen Weltbilde auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, 1923.

Verdross, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926.

Virally, M., *L'Organisation mondiale*, Paris, 1972.

Voigt, R. (ed.), *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden, 1999/2000, Nomos.

Vollenhoeven, C. v., "Scope and Content of International Law", *Bibliotheca Visseriana*, vol. X, 1932.

Waltz, K.N., *Theory of International Politics*, 1979.

Waltz, K.N., "The Emerging Structure of International Politics", *International Security*, 1993, vol. 18.

Walzer, M., *Just and Unjust Wars*, New York, 1977.

Walzer, "The Politics of Rescue", *Social Research*, 1995, vol. 62, n° 1.

Wedgwood, R., "NATO's Campaign in Yugoslavia", *AJIL*, 1999, vol. 93, n°4.

Weil, P., "Vers une normativité relative en droit international?", *RGDIP*, 1982.

Weil, P., "Towards Relative Normativity in International Law", *AJIL*, 1983, vol. 77.

Weiss, "UN Responses in the Former Yugoslavia: Moral and Operational Choices", *Ethics and International Affairs*, 1994, vol. 8.

Weiss, "Overcoming the Somalia Syndrome – "Operation Rekindle Hope?", *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 1995, vol. 1.

Weiss, "Military – Civilian Humanitarianism: The "Age of Innocence" is Over", *International Peacekeeping*, 1995, vol. 2, n° 2.

Weiss, L., *The Myth of the Powerless State: Governing the Economy in a Global Era*, 1998.

Weller, M. (ed.), *Regional Peace-keeping and International Enforcement: The Liberian Crisis*, Cambridge, 1994.

Wendt, A., e Friedheim, D., "Hierarchy under Anarchy: Informal Empire and the East German State", in Thomas J. Biersteker e C. Weber (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996.

Wendt, A., "Collective Identify Formation and the International State", *American Political Science Review*, 1994, n° 88.

Wendt, A., "The Agent-Structure Problem in International Relations Theory", *International Organization*, 1987, vol. 41.

White, N.D., *Keeping the Peace. The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Manchester, 1995.

Wippman, D., "Enforcing the Peace: ECOWAS and the Liberian Civil War", in Lori F. Damrosch (ed.), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, 1993.

Zimbler, B.L., "Peacekeeping without the UN: the multinational force in Lebanon and International Law", *Yale Journal of International Law*, 1984, vol. 10.

A Nova Ordem Mundial e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: a Caminho de um Controlo da Legalidade?

Inês Folhadela

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Independentemente de sabermos se, com o termo da Guerra Fria, emergiu ou não uma nova ordem mundial, afigura-se-nos inegável que as mudanças operadas a partir de finais da década de oitenta – e simbolizadas na queda do Muro de Berlim, em Outubro de 1989 –, trouxeram novas exigências às relações internacionais, em geral, e ao Direito Internacional, em particular.

Esta nova ordem mundial foi verbalizada por Mikhail Gorbatchev¹ e George Bush², e é a nosso ver inegável que o discurso jurídico passou a assumir uma importância fundamental na condução dos assuntos internacionais, procurando privilegiar uma ideia de estabilidade da ordem internacional segundo o Direito.

Ora, se aquela nova ordem pretende a consagração do princípio do primado do Direito (internacional) é inequívoco que tal modo de estar implica um repensar da *legalidade* de actuação dos sujeitos de Direito Internacional, inclusive das organizações internacionais e dos seus órgãos.

Com estes novos ventos, democracia e controlo vão ser ambas as faces de uma nova ordem na qual o Direito Internacional não poderá deixar escapar os Estados às sanções por via dos factos (actos e omissões) ilícitos (e até lícitos, mas danosos) que cometem, pelo que também as Nações Unidas e os seus órgãos não poderão ficar incólumes a um controlo de legalidade dos seus actos.

Sendo inegável que a ONU deverá actuar no respeito pelo Direito Internacional e pelo direito onusiano³, o incontornável papel que o

1 No discurso pronunciado perante a Assembleia Geral das Nações Unidas em 7 de Dezembro de 1988 afirmou aquele estadista que “... a prossecução do progresso mundial não é possível senão procurando um consenso de toda a humanidade na via de uma nova ordem mundial” (tradução nossa) *apud* Emmanuel Glaser, in *Le Nouvel Ordre International*, Hachette Littératures, Paris, 1998, pp. 7-8.

2 Em 21 de Janeiro de 1991, no seu Discurso sobre o Estado da União, George Bush declarou que “...o que está em causa... é uma grande ideia: uma nova ordem internacional, na qual as diversas nações são chamadas a realizar o conjunto das aspirações universais da espécie humana – a paz e a segurança, a liberdade e o reinado da lei”. (*apud* Emmanuel Glaser, *ibidem*, p. 8). A ideia de uma nova ordem mundial foi também utilizada por este Chefe de Estado de forma recorrente nas suas intervenções durante a Guerra do Golfo.

3 Afastamo-nos, assim, daqueles autores que, como H. Kelsen, duvidam que a tarefa de restabelecimento da paz possa ser levada a cabo de acordo com aquela outra de restabelecimento do Direito. É que não podemos aceitar a distinção – no nosso entender demasiado artificial – entre Paz e Direito. O restabelecimento daquela afigura-se-nos ilusório ou precário se não houver um igual restabelecimento e respeito pelo Direito.

Conselho de Segurança das Nações Unidas assume na emergência desta nova ordem e o seu maior protagonismo⁴ – enquanto órgão com competência específica e primacial na matéria da manutenção da paz e da segurança internacionais –, leva-nos a centrar as atenções na consagração de um mecanismo de controlo (judicial) da sua actuação, conducente até a uma clarificação dos seus critérios de actuação e decisão.

É que, por via desse seu maior protagonismo, hoje a questão dos limites ao poder (discricionário) do Conselho de Segurança ganha um novo relevo, questão esta que é indissociável das exigências de reforma das Nações Unidas.

Na verdade, em democracia um reforço de poderes implica necessariamente um reforço dos meios de controlo do exercício destes poderes que, como a experiência e a prática daquela organização nos demonstram, assentam num sistema inacabado e até imperfeito.

Do mesmo modo estamos em crer que só a consagração de um sistema de controlo da actuação e das decisões do Conselho de Segurança permitirá um reforço da sua credibilidade, da sua autoridade, em suma, da sua própria eficácia face àquela sua vocação.

Assim, se a emergência (ainda que aparente) daquela nova ordem mundial possa ser questionada por muitos, certo é que a mesma constitui, a nosso ver, o pretexto para que esta questão do controlo seja reequacionada em face das novas exigências da ordem internacional.

Atevemo-nos mesmo a afirmar que o controlo dos actos do Conselho de Segurança é dissociável daquela nova ordem e não carece sequer de um seu amadurecimento.

Apesar de a Carta das Nações Unidas não conter qualquer disposição expressa acerca do controlo de legalidade da actuação do Conselho de Segurança e de um sistema de interpretação daquela, o que poderá predispor à prática de actos contrários e para além da Carta, certo é que este órgão encontra-se subordinado à observância do Direito Internacional e ao direito criado pelas Nações Unidas.

Na verdade, e apesar de o assunto ter sido discutido e terem sido apresentadas diversas propostas⁵, o texto aprovado na Conferência de

4 Este maior protagonismo foi reconhecido pelo então secretário Geral Boutros Boutros Ghali no seu documento "Agenda para a Paz", 1992.

5 Salientamos a proposta belga de acordo com a qual deveria ser o Tribunal Internacional de Justiça, mediante proposta ou pedido formulado pelo Conselho de Segurança, encarregue de resolver as

S. Francisco não contemplou a instituição de qualquer mecanismo específico de interpretação da Carta, o que inevitavelmente conduziu a uma dispersão do poder de interpretação daquele texto, não só pelos órgãos das Nações Unidas (incluindo o Tribunal Internacional de Justiça), mas também pelos próprios Estados.

São inúmeras as dificuldades que um tema como este suscita já que, desde logo, a natureza política da competência do Conselho de Segurança parece reivindicar a exclusão de qualquer forma de controlo, só assim se salvaguardando a autonomia e não subordinação deste órgão a qualquer outro, em respeito pelos princípios essenciais resultantes do sistema instituído pela Carta, de acordo com os quais cada órgão tem uma função especial à qual correspondem meios e poderes próprios (princípio da especialidade), os órgãos principais por aquela instituídos não se encontram numa relação de subordinação (princípio da igualdade) e cada órgão é competente para definir a sua própria esfera de competência (princípio da competência e da competência das competências)⁶.

Estas objecções são, no nosso entender, inconsistentes.

Primeiro, e no que se refere à necessidade de preservação da autonomia do Conselho é a própria Carta que permite que este órgão solicite um parecer ao Tribunal Internacional de Justiça (mesmo quanto à sua própria actuação) que, pese embora a sua natureza não vinculativa, não deixa de representar uma forma de controlo deste sobre aquele.

É certo que poder-se-á afirmar que, neste caso, estaremos perante uma forma de autovinculação do próprio Conselho e/ou autolimitação daquela autonomia. Mas mesmo assim não podemos ignorar a autoridade do Tribunal e dos seus pareceres que desempenham um papel importante e fundamental na concretização e interpretação da Carta, para o que, no nosso entender, em muito contribuem o mérito e a independência reconhecidos aos seus juizes.

Depois, e apesar de reconhecermos que a natureza da competência do Conselho de Segurança é essencialmente política, não podemos perder de vista que inúmeras vezes este órgão não se limita a uma decisão de

controvérsias em matéria de interpretação da Carta através de um parecer, o que foi imediatamente recusado tendo levado a própria Bélgica a sugerir, em alternativa, a consagração da competência da Assembleia Geral como órgão interpretativo da Carta, proposta esta que foi igualmente recusada.

6 Estes princípios não podem, no entanto, deixar de ser interpretados em face do princípio da coordenação que impõe uma concertação das acções levadas a cabo pelos diversos órgãos.

carácter político, indo mesmo ao ponto de proferir decisões que provocam uma alteração do quadro jurídico e até com repercussões directas na jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça.

E mesmo o carácter político daquelas decisões não invalida a consagração de um controlo, já que aquele órgão não deixa de estar subordinado à obrigação de respeitar a Carta que lhe consagra limites.

Hoje é mesmo patente a preocupação do Conselho de Segurança em fornecer as próprias bases da sua actuação, pondo assim termo a uma prática em que se abstinha de indicar essas bases não se referindo a artigos nem a capítulos da Carta, para fundar a sua competência, ou tão pouco evidenciava qualquer preocupação na fundamentação das suas decisões.

Tal ausência explícita de referência envolvia a necessidade de determinação da natureza jurídica e/ou política da decisão, o que consubstanciava um obstáculo acrescido à existência de um controlo por via de uma presunção da natureza política dos mesmos.

Mas não é pelo facto de o objecto de controlo suscitar dificuldades que, no nosso entender, deverá ser recusado este controlo.

De salientar ainda que, tendo o Conselho de Segurança passado a indicar expressamente tais bases de decisão, a questão da validade dos seus actos ganha um particular relevo quando age no âmbito do Capítulo VII.

É que, neste âmbito, a grande importância e até gravidade dos actos em relação aos quais se reclama a intervenção do Conselho, bem como o carácter impreciso dos conceitos utilizados no artigo 39⁷ e que outorgam a este órgão uma grande liberdade ou margem de apreciação da situação (falando aqui a doutrina da existência de um poder discricionário), levar-nos-ão a concluir que avulta a natureza política dos seus actos, o que poderá levar à conclusão (fácil, no nosso entender) de que os mesmos não podem ser objecto de qualquer tipo de controlo por parte do Tribunal Internacional de Justiça, atenta aquela separação de poderes e órgãos.

É precisamente nestas situações de maior liberdade do Conselho que se torna mais premente a consagração de um sistema de controlo, pois sob a forma de acto político podem ser camufladas as mais graves formas de

7 É o seguinte o teor deste artigo: “O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.”

violação do Direito Internacional, para o que muitas vezes contribui a instrumentalização daquele órgão como agente da política internacional de alguns (ou mesmo de todos) Estados com assento naquele.

Certos de que o problema não é, no entanto, tão simples quanto possa parecer e apesar de o n.º 1 do artigo 1º da Carta afirmar que a actuação dos seus órgãos deve processar-se em “...conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional”, não nos podemos igualmente esquecer que pela prática do Conselho de Segurança é aplicado e até criado direito. Quanto a nós, nestes casos será inequívoca a justeza da consagração de uma qualquer forma de controlo desses seus actos.

Por outro lado, o facto de a Carta ser em si mesma um tratado, determina que a regra *pacta sunt servanda* deve ser respeitada não só pelos seus membros como também pelo próprio Conselho de Segurança o que não legitima a adopção de comportamentos contrários e incompatíveis com o seu texto.

Estamos cientes que nesta matéria o próprio Tribunal Internacional de Justiça parece admitir que a legalidade da actuação dos órgãos não é uma legalidade estrita, no sentido de uma subordinação apertada e rigorosa à Carta – nomeadamente no que se refere às esferas de competência dos órgãos –, mas apesar disso consideramos que o controlo de legalidade dos actos se prende em grande parte com situações de actuações *ultra vires*.

Na verdade, no Parecer “*Certos Gastos das Nações Unidas*” (20/07/1962), o Tribunal Internacional de Justiça considerou essencial que os gastos aprovados pela Assembleia Geral (que actuou em lugar do Conselho de Segurança, paralisado em virtude do direito de veto conferido aos membros permanentes nas questões não procedimentais) estivessem de acordo com os objectivos e princípios da Carta independentemente do órgão que os aprovou ter ou não uma competência para a prática do acto subjacente. Assim, e ainda que indirectamente, aquele Tribunal validou aquilo que alguns qualificaram como sendo uma actuação *ultra vires* da Assembleia Geral, postergando o equilíbrio e repartição de competências desenhado pela Carta, em benefício das finalidades apontadas às Nações Unidas.

Estas questões não têm sido desconhecidas do Tribunal Internacional de Justiça e, ontem como hoje, foram abordadas – ainda que de forma incidental –, em alguns dos seus arestos e pareceres sendo que, em todos eles, se deixam antever as dificuldades que a consagração de uma

qualquer forma de controlo da validade da actuação dos órgãos das Nações Unidas coloca.

Para além do parecer “*Certos Gastos das Nações Unidas*”, a questão da *judicial review* foi ainda abordada de forma aprofundada no parecer acerca das “*Consequências Jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano)*” (21/06/1971).

Tal parecer, solicitado pelo Conselho de Segurança face à posição da França e da África do Sul que sustentavam a invalidade da Resolução 2145 (XXI) da Assembleia Geral – e que despojava a África do Sul do seu mandato sobre o sudoeste africano –, apesar de, na sua parte conclusiva não abordar a questão da validade das resoluções apreciadas, permitiu que nos trabalhos desenvolvidos pelo Tribunal Internacional de Justiça tivesse sido equacionada de modo directo a questão de saber se este, no exercício das suas funções, goza de uma jurisdição plena, ou seja, se pode examinar qualquer questão ainda que a mesma não lhe tenha sido submetida para efeitos de apreciação.

Na verdade, o que o Conselho de Segurança pediu ao Tribunal Internacional de Justiça foi que este se pronunciasse acerca dos efeitos jurídicos – consequências jurídicas – da Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança e daquela outra já referida – Resolução 2145 (XXI) da Assembleia Geral –, e não acerca da validade das mesmas.

Ora, como nos referem diversos autores, neste parecer os juizes do Tribunal tiveram a oportunidade de debater algumas questões relativas a uma *judicial review*, tendo sido então expressas, entre outras, duas posições diametralmente opostas mas paradigmáticas dos problemas que este tema suscita.

Uma das posições ficou expressa na opinião do Juiz Petrn que, considerando a natureza política da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança, defendeu a impossibilidade de o Tribunal Internacional de Justiça apreciar a validade das decisões, desde que estas estivessem compreendidas no âmbito da esfera de competência de cada um daqueles órgãos. No pólo oposto, o Juiz Onyeama expressou a opinião de que o Tribunal, apesar de não deter poderes de *judicial review*, não poderia deixar de praticar todos e quaisquer actos que assegurassem o exercício efectivo e material da sua função jurisdicional. Assim, se para assegurar esse exercício o Tribunal considerasse necessário proceder à análise da validade das decisões, mesmo que políticas, dos órgãos das Nações Unidas, tal poder não lhe poderia ser negado. Na verdade, segundo este Juiz, em

muitos casos, a apreciação da validade do acto é uma premissa essencial que o Tribunal não poderá ignorar, pelo que não poderá ver restringido o seu poder de cognição.

Por sua vez, confrontado com o facto de a questão da validade das resoluções não lhe ter sido suscitada, mas igualmente ciente de que não poderia deixar de a considerar, nomeadamente quanto às diversas objecções que foram levantadas no decurso do processo, o Tribunal acabou por não se recusar a considerar a questão da validade das resoluções, mas em sede de questão preliminar face ao próprio objecto do parecer. Assim, a pronúncia acerca daquela validade foi apenas na estrita medida do que considerou ser necessário para remover as dúvidas existentes e, dessa forma, poder emitir o parecer, respondendo à questão que lhe era colocada pelo Conselho de Segurança.

Isto é, o Tribunal entendeu que o exercício de uma *judicial review* está dependente de a mesma lhe ser expressamente solicitada, não podendo funcionar como uma instância de apelação por iniciativa própria. Em todas as situações que a questão da validade de um acto lhe não seja expressamente colocada, o Tribunal apenas poderá de forma contida apreciar aquela validade⁸.

Sob um diferente prisma, a questão da *judicial review* mereceu alguns desenvolvimentos recentes já no período da emergência da nova ordem mundial.

Assim, situações como a Crise e a Guerra do Golfo, que deram origem à aprovação de um número recorde de resoluções num curto espaço de tempo, dão-nos exemplos de decisões do Conselho de Segurança que, no âmbito do Capítulo VII da Carta, consagram os seus artigos, do mesmo jeito que os ignoram ou os ultrapassam.

Na verdade, enquanto na Resolução 661, de 06/08/1991, o Conselho de Segurança age de acordo com o artigo 41º da Carta, ao impor sanções económicas ao Iraque por via da invasão e do desrespeito da Resolução

8 Seguimos aqui de perto a exposição de T.O. Elias, *in* New Horizons in International Law, 2ª Edição (revista editada por Francis M. Ssekandi), Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 271 e ss. De salientar que, como nos refere este Autor, a posição do Tribunal mereceu a crítica de vários juizes – nomeadamente daquele segundo já citado no texto –, sendo de salientar a posição do Juiz Gros que defendeu que a questão da validade das resoluções constituía o próprio objecto do pedido de parecer, não obstante o Conselho de Segurança ter apresentado a questão sob a fórmula “consequências jurídicas” das resoluções.

660, de 02/08/1990, que exigia a retirada imediata e incondicional das forças iraquianas, já na Resolução 678, de 29/11/1990, ele foi mais longe ao autorizar uma operação militar sob a direcção dos EUA, indo para além do que se mostra contemplado nos artigos 43º e 47º daquele tratado. Finalmente, na Resolução 687, de 03/04/1991 – vulgarmente designada “tratado de paz” –, e se considerarmos a anterior prática deste órgão, o Conselho de Segurança ultrapassou a Carta ao impôr fronteiras que eram controvertidas⁹.

Igualmente considerada exemplo paradigmático dos problemas que a consagração de um mecanismo de controlo da validade dos actos do Conselho de Segurança envolve, foi a Resolução 748 (1992) CS a propósito do acidente sofrido por um avião da PANAM na localidade de Lockerbie na Escócia, em 21/12/1988.

Tanto o Reino Unido como os EUA submeteram a questão ao Conselho de Segurança, solicitando a extradição de dois nacionais líbios que acusavam de ser os responsáveis pela colocação do engenho explosivo no avião sinistrado.

O Conselho, através da Resolução 748 (1992) e ao abrigo do Capítulo VII da Carta, decidiu que o governo líbio deveria cumprir com a resolução 731 (1992) anteriormente aprovada ao abrigo do Capítulo VI, na qual era dito que este Estado deveria dar cumprimento ao pedido de extradição formulado pela França, Reino Unido e EUA, bem como deveria adoptar determinadas medidas (referidas na resolução 748) quanto ao terrorismo internacional. Finalmente esta resolução determinava a aplicação de sanções à Líbia.

Sucedde que, no período compreendido entre a aprovação daquelas duas resoluções, a própria Líbia apresentou no Tribunal Internacional de Justiça um processo contra o Reino Unido e os EUA no qual pedia ao Tribunal que declarasse que estes países estavam a violar a Convenção de

9 Seguimos aqui de perto a opinião de Mohammed Bedjaoui, in *Nuevo Orden Mundial y Control de Legalidad de los Actos del Consejo de Seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, pp. 54 e ss. Como nos refere este autor, o Iraque insurgiu-se contra a demarcação da sua fronteira com o Koweit pois o Conselho de Segurança ao impor fronteiras que eram anteriormente controvertidas, estaria a violar os princípios da integridade territorial e da independência política dos Estados. Por outro lado, o representante do Líbén considerou que aquela resolução excedia as competências do Conselho, tendo o representante de Cuba usado de uma linguagem ainda mais dura para com aquele órgão ao referir que este carecia em absoluto de qualquer autoridade jurídica, política ou moral para reinterpretar a Carta cada vez que isso se mostre conveniente aos interesses de um dos seus membros.

Montreal. O governo líbio solicitava ainda, nos termos do artigo 41º do Estatuto do TIJ, que este procedesse à indicação de medidas provisórias, nomeadamente que o autorizassem a não ter que extraditar os seus nacionais.

Ora, apesar de as audições perante o Tribunal terem ficado concluídas em 28 de Março de 1992, a aprovação da Resolução 748, em 14 de Abril desse mesmo ano, veio inibir o Tribunal de indicar quaisquer medidas provisórias.

De salientar que o efeito daquela resolução foi o de privar a Líbia do direito de não extraditar, o que constitui inequivocamente um acto de natureza jurídica e que tornou inútil qualquer decisão que, em sede preliminar, o Tribunal pudesse adoptar em sentido diferente.

Assim, ao emitir aquela resolução o Conselho de Segurança alterou a situação legal da Líbia e, por essa via, praticou um acto que se repercutiu directamente na jurisdição do Tribunal.

O Tribunal Internacional de Justiça, reconhecendo que a questão da legalidade da Resolução 748 não lhe tinha sido colocada, acabou por rejeitar a pretensão da Líbia não indicando quaisquer medidas provisionais evitando, dessa forma, qualquer colisão entre o exercício da sua jurisdição e o exercício das competências por parte do Conselho de Segurança¹⁰.

Em face das diversas questões que a prática tem suscitado, têm sido adiantadas algumas sugestões para a consagração de um sistema de *judicial review*, confiado ao Tribunal Internacional de Justiça.

Na verdade, afigura-se-nos consensual que a consagração de um tal sistema terá que ficar confiado a este órgão não só em virtude da sua natureza jurisdicional mas também considerando as garantias de imparcialidade e independência que o mesmo oferece em face dos demais órgãos das Nações Unidas.

Assim, já em finais da década de quarenta, a American Society of International Law defendia que o Tribunal Internacional de Justiça deveria ser habilitado a emitir "*advisory arbitration*", seja, devia-lhe ser reconhecido o poder de, no âmbito da sua competência consultiva, emitir pareceres vinculativos acerca dos actos dos órgãos das Nações Unidas, não obstante a acção iniciada perante o Tribunal não poder ter efeitos

10 Seguimos aqui o artigo de Krzysztof Skubiszewski "The ICJ and the Security Council", in *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, pp. 615 e ss.

suspensivos da actuação daqueles órgãos, isto é, aquela acção não precludia o poder de estes adoptarem as medidas que julgassem necessárias.

Outros defenderam uma alteração do artigo 96º da Carta das Nações Unidas¹¹, de modo a impôr a obrigação aos órgãos políticos da Organização de solicitarem ao Tribunal uma opinião consultiva sempre que um Estado membro alegasse um excesso de poder.

Outros ainda iam mais longe defendendo que o sistema a instituir deveria permitir a anulação dos actos praticados com excesso de poder, invalidação essa que, no entanto e por forma a não pôr em causa a separação, autonomia e independência dos órgãos, deveria ser perspectivada como um recurso contra um acto e não como um diferendo entre um estado e a própria organização (seja, a consagração de um controlo objectivo da legalidade da actuação do órgão, da conformidade objectivo do acto com o próprio Direito).

A nosso ver todos os exemplos aludidos ilustram bem a necessidade da consagração de uma qualquer forma de controlo que, em função das já apontadas características do Tribunal Internacional de Justiça, o tornam o órgão mais adequado para levar a efeito tal tarefa.

A iniciativa de tal controlo não poderá, no nosso entender, ficar confiada a alguns e muito menos na estreita dependência de uma iniciativa dos órgãos políticos das Nações Unidas, ainda que alargada ao Secretário Geral.

Dever-se-á reconhecer uma legitimidade alargada a todo e qualquer sujeito de Direito Internacional – em especial os Estados –, bem como aos órgãos que evidenciem um interesse directo e legítimo no controlo de legalidade, tanto no âmbito da competência consultiva como em sede de competência contenciosa do Tribunal Internacional de Justiça.

As dificuldades, no entanto, prender-se-ão com a definição do que seja um interesse directo e legítimo na invalidação do acto. É que, no âmbito da manutenção da paz e da segurança internacional, todos os sujeitos têm um interesse que é tutelado pelo conceito de segurança colectiva.

Quanto à consagração de uma modalidade preventiva ou de controlo prévio – seja, mesmo antes da prática de um acto por parte do órgão –,

11 Este artigo consagra a faculdade – e não obrigação – da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança solicitarem um parecer consultivo ao TIJ sobre qualquer questão jurídica (n.º 1), bem como a faculdade de os outros órgãos e organizações especializadas, mediante autorização da Assembleia Geral, solicitarem idênticos pareceres consultivos “...sobre questões surgidas dentro da esfera das suas actividades” (n.º 2).

poderá não ser liminarmente rejeitada, havendo apenas que salientar que, a consagrar-se tal forma de controlo a mesma não deverá ter efeitos suspensivos.

É que no caso de actuações que consubstanciem uma usurpação de funções faz sentido a previsão deste tipo de controlo que, no entanto, ficará relacionado com aspectos formais (de competência) da actuação dos órgãos e não com a apreciação do conteúdo material daquelas actuações.

Por outro lado, a consagração de um controlo prévio pode revelar-se como um instrumento dissuasor de alguns abusos no exercício do direito de veto por parte dos Estados membros permanentes do Conselho de Segurança.

No entanto, a previsão de um controlo preventivo relacionar-se-á estritamente com a necessidade de preservar e reconhecer a esfera de competência do próprio Tribunal Internacional de Justiça, o que irá determinar dificuldades acrescidas na instituição de algumas regras de litispendência, evitando assim situações como aquelas ilustradas no Caso Lockerbie.

Reconhecendo nós que os avanços que possam ser consagrados nesta matéria deverão ser prudentes, privilegiamos assim um controlo *a posteriori* dos actos praticados, quer através do exercício da competência contenciosa do Tribunal Internacional de Justiça – alargada a todas as possibilidades de conflitos entre Estados –, quer através do exercício da sua competência consultiva – cuja legitimidade deverá ser estendida aos Estados –.

Em ambos os casos, e porque a jurisdição deste Tribunal não é obrigatória, haverá que repensar o seu carácter facultativo por forma a restringi-lo, bem como será necessário atribuir um carácter vinculativo aos seus pareceres, aproximando-os da força de caso julgado das suas sentenças. Por outro lado, não sendo impedida a dualidade de instância (seja, não havendo na Carta qualquer artigo que, à semelhança do consignado no artigo 12¹², obrigue o Conselho de Segurança e/ou o Tribunal a sobrestarem

12 Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 12º “*enquanto o Conselho de Segurança estiver a exercer, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembleia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança o solicite*”. O objectivo deste artigo é, assim, o de proteger a responsabilidade primária do Conselho de Segurança na manutenção da paz e segurança internacionais, mas por via da Resolução 377 AG (“Unidos para a Paz”) a sua interpretação deverá ser restritiva no sentido de que não é imposta uma total proibição de actuação à Assembleia que, no uso de uma competência concorrente assume uma responsabilidade residual na manutenção daquela paz e segurança internacionais.

no exercício das respectivas competências), verifica-se que um assunto pode ser simultânea ou sucessivamente submetido à apreciação daqueles órgãos, o que é determinante da necessidade de estabelecer algumas regras de preservação e coordenação dos efeitos produzidos pelos actos daqueles órgãos.

A haver qualquer submissão, é para nós líquido que, atenta a natureza do poder exercido pelo Tribunal, bem como as garantias de independência e imparcialidade que o exercício daquele poder implica, este não poderá ser subordinado a qualquer outro órgão.

Entendemos, ainda, que a actividade do Tribunal não poderá ficar limitada pelo princípio do pedido, pelo menos nos aspectos que se relacionem com interesses indisponíveis ou regras de *ius cogens*. É que a natureza inalienável ou imperativa da norma de Direito Internacional determina que esta não pode ser violada pelos sujeitos de Direito Internacional – incluindo, as Nações Unidas e os seus órgãos –, sob pena de o sujeito incorrer em responsabilidade (delitual ou criminal) internacional. Daí que, nestes casos deva ser reconhecido o poder de o Tribunal officiosamente conhecer e apreciar todas as questões que – prejudiciais ou não – considere pertinentes ao exercício da sua actividade de controlo. Finalmente, todo este alargamento das competências do Tribunal Internacional de Justiça não poderá deixar de ser acompanhado de medidas funcionais que lhe permitam responder, de forma eficaz e célere, ao consequente desenvolvimento e aumento da sua actividade.

Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução*

Diogo Feio

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

* Este estudo corresponde, em formato mais reduzido e com algumas alterações, ao trabalho de investigação individual efectuado no âmbito do curso de Defesa Nacional 2000/01, que frequentei na Delegação do Porto do Instituto da Defesa Nacional. Aproveito esta ocasião para agradecer à Dra. Isabel Nunes o facto de ter aceite a orientação do mesmo, e ao Dr. Paulo Canelas de Castro, por me ter possibilitado a sua publicação. Nesta hora, não poderia também esquecer todos os restantes auditores (Lisboa e Porto), bem como o Sr. Coronel Marques de Almeida, Adjunto da Direcção na Delegação do IDN no Porto.

I. INTRODUÇÃO

O tema que nos propomos tratar assume, nos dias de hoje, uma enorme relevância, não só devido à constante e detalhada cobertura jornalística que é estabelecida em relação aos diversos conflitos nos vários cantos do mundo, como também, e fundamentalmente, por causa da amplitude que assumem as atrocidades e violações ao Direito Humanitário que vão sendo produzidas e conhecidas. Ninguém ignora, ou pode ignorar, aquilo que se passou, e passa, no Vietname, Cambodja, Chile, Iraque, Jugoslávia, Ruanda, Timor, só para citar alguns exemplos entre muitos outros.

O assunto em causa pode ser estudado de variadas perspectivas assumindo nós, no plano jurídico, uma vertente de observação da evolução histórica que, em relação ao mesmo, foi sucedendo essencialmente nos períodos posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, isto é, a partir de Nuremberga. Então, observaremos o Tribunal Militar Internacional de Nuremberga; o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (ou Tribunal Militar Internacional de Tóquio); o Tribunal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia desde 1991 (a partir de agora designado como Tribunal para a ex-Jugoslávia); o Tribunal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves ao direito humanitário cometidos no território do Ruanda e os cidadãos ruandeses responsáveis por genocídio e outras violações cometidas no território de estados vizinhos entre 1 de Janeiro de 1994 e 31 de Dezembro de 1994 (adiante referido como Tribunal para o Ruanda). Como se pode notar, a nossa preocupação é a de, fundamentalmente, fazermos uma análise comparativa entre o Tribunal de Nuremberga e os tribunais *ad hoc*. Fora do plano central ficará ainda o Tribunal Penal Internacional e o Estatuto de Roma, na medida em que optámos pela observação do Direito Penal Internacional que tenha sido efectivamente aplicado e não daquele que ainda não passa de um mero projecto.

Toda a nossa exposição servirá para demonstrar, através de exemplos práticos, a existência de uma tendência de desenvolvimento e aprofundamento do Direito Internacional Humanitário. Esta direcção nota-se, não apenas pela resposta positiva que foi concedida aos anseios de justiça criminal, como também, entre outros aspectos, pela própria configuração dos crimes que é hoje mais clara.

Assim, as fontes do Direito Internacional Humanitário não só vão aumentando, desde logo através do aparecimento de tratados e aceitação de costumes, como vão ganhando em clareza e, consequentemente, em eficácia. Com isto não pretendemos negar a necessidade de ainda terem de suceder grandes evoluções, mas apenas sublinhar o caminho que de uma forma positiva tem vindo a ser trilhado.

Passada essa fase, é agora a altura de salientar que mesmo uma análise descuidada do Direito Internacional na actualidade leva à observação de que um dos elementos que tem vindo a sofrer maiores alterações na sua concepção é o da soberania. Esta já não é, nem pode ser, entendida, nos dias de hoje, de um modo absoluto. Hoje ninguém põe em dúvida que este elemento tem de ser compatibilizado com muitos outros, desde logo com o da defesa de determinados valores de natureza humanitária. Pode então defender-se que estes princípios devem ser aplicados de um modo geral e imperativo, pois pertencem ao *jus cogens*, e podem ser defendidos das mais variadas formas, sendo uma delas, e aquela que nos interessa, a existência de tribunais penais internacionais que, de forma efectiva, sancionem os violadores dos valores já referenciados.

Foi, aliás, dentro dessa linha de pensamento que surgiram os tribunais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda. Ambos têm a sua origem em resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas emanadas à luz das competências que lhe são cometidas pelo Capítulo VII da Carta. Por outras palavras, o Conselho de Segurança considerou o aparecimento dos referidos tribunais como uma medida tomada tendo em vista uma acção relativa a situações de ameaça à paz, ruptura da paz ou agressão.

A apreciação base é, no fundo, a do entendimento de que uma das formas de pôr fim às atrocidades cometidas passa pela tomada de medidas para que os responsáveis pelas mesmas respondam perante a justiça. A punição é, assim, entendida como um modo de desmotivar os autores dessas mesmas crueldades e de pacificar a situação da sociedade que as sofre ou sofreu.

Um problema que se coloca é o de saber ao certo a natureza jurídica destes mesmos tribunais. Uma das posições que vai aparecendo, entende estas entidades como órgãos subsidiários do Conselho de Segurança à luz do que está determinado no artigo 29º da Carta das Nações Unidas¹. Mas esta

1 Nos termos deste artigo “O Conselho de Segurança poderá estabelecer os órgãos subsidiários que julgar necessários para o desempenho das suas funções”.

evolução deve ser entendida com certas restrições, como a da imparcialidade dos órgãos judiciais no exercício das suas funções.

Assim, é difícil admitir a possibilidade de um órgão judicial existir para auxiliar um outro de natureza política nas suas funções². No entanto, e dentro de certos limites, quer o Conselho de Segurança, quer os tribunais *ad hoc*, têm o mesmo objectivo: alcançar a paz e segurança internacionais. Isto não pode, em circunstância alguma, fazer com que se admita uma direcção de natureza política em relação ao tribunal. A relação de forças do Conselho de Segurança e o caminho que o mesmo vai seguindo não pode ter como consequência a parcialidade nas decisões dos tribunais *ad hoc*.

Um outro princípio que desde já salientamos, e que vai assumindo uma importância crescente, é o da colaboração e cooperação dos Estados. Essa cooperação, que assume nos vários casos estudados formas diferentes, pode ser enquadrada num movimento geral do Direito Público que vai afirmando de modo insistente um princípio de colaboração. Esta pode ser dos particulares com a administração pública, quando nos encontramos no plano interno, mas também dos Estados com órgãos supranacionais, quando nos movemos no quadro do Direito Internacional.

Devemos, desde já, referir que esta cooperação tem sido um dos problemas no bom funcionamento da justiça penal internacional. Podemos, desde logo, salientar as dificuldades existentes, sentidas em especial no caso do Tribunal para a ex-Jugoslávia, pois a detenção de suspeitos, a execução de mandatos de captura e a realização da prova necessária tem de passar por uma atitude cooperante de Estados que, em diversas situações, não estão dispostos a fazer aquilo que é determinado por injunções de natureza judicial.

Esta questão remete-nos para uma outra que é a da relação entre as jurisdições internas e a jurisdição internacional. A tendência é claramente para a supremacia da internacional, podendo-se a este nível observar o que está estabelecido para as situações da ex-Jugoslávia e do Ruanda³. No

2 Pode mesmo afirmar-se que um dos problemas com que se debate a Organização das Nações Unidas é o do controlo da legalidade das posições do Conselho de Segurança. Sobre o tema pode-se consultar MOHAMMED BEDJAOUI, *Du Contrôle de Légalité des Actes du Conseil de Sécurité*, in "Nouveaux Itinéraires em Droit Hommage à François Rigaux", Bruxelas, 1993, págs 69 e ss.

3 Nos termos do n.º 2 do artigo 9º do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia, "O tribunal internacional terá a primazia sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à respectiva competência em seu favor, em conformidade com o presente estatuto e respectivo regulamento". No mesmo sentido, *vide* o número 2 do artigo 8º do Estatuto do Tribunal para o Ruanda.

entanto, surgem casos em que os Estados não pretendem abrir mão da possibilidade de julgarem, desde logo, os seus nacionais podendo, por esta via, abrir a porta a soluções de profunda injustiça. Estamos convencidos que essa circunstância vai no futuro ser sujeita ainda a maiores alterações pois a evolução recente, depois de passar pela mera possibilidade de julgamentos internos, e por tribunais impostos pelos vencedores aos derrotados, encontra-se hoje na existência de tribunais internacionais para algumas situações concretas. Como se pode notar, vai começando a aparecer, ainda que apenas para situações muito concretas, uma ideia de supremacia da jurisdição internacional. A evolução futura será, é nossa convicção e vontade, a da generalização desse movimento.

Notaremos, também, que a questão da protecção do Direito Internacional Humanitário realizada por esta via se encontra intimamente conexcionada com a admissibilidade do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, pois o Estado estará sujeito a uma responsabilidade de natureza civil. Já a responsabilidade penal é própria dos indivíduos.

Assim, é fácil concluir que a matéria em causa levou a uma evolução do Direito Internacional e das suas determinações quanto aos sujeitos, no que acompanhou o sentido seguido pela própria comunidade internacional. Por isso, reputamos importante a indicação de alguns casos em concreto, incluindo nestes alguns em que ainda não teve lugar o julgamento, como as situações de Karadzic e Mladic.

II. DESENVOLVIMENTO

1. Os antecedentes históricos do Tribunal de Nuremberga

Ainda antes de nos determos no Tribunal de Nuremberga pretendemos fazer uma breve descrição dos seus antecedentes. Só depois analisaremos a nova fase do Direito Penal Internacional que se iniciou apenas em 1945⁴.

4 Consideramos para este efeito como fundamental o Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945, entre os Estados Unidos da América, França, União Soviética e Reino Unido, que estabeleceu o Tribunal Internacional Militar. Antes ainda tem de se atender à Declaração de Moscovo de 1943 entre os Estados Unidos da América, o Reino Unido, a União Soviética e a China, que já se refere às atrocidades cometidas pelas forças do Eixo nos seguintes termos “...Na altura de acordar qualquer armistício a qualquer governo que possa ser estabelecido na Alemanha, os oficiais alemães e homens e membros do Partido Nazi que tiverem sido responsáveis por, ou tenham consentido, nos massacres e

Não se pode omitir que já antes do século XIX se davam algumas aplicações, ainda que limitadas, daquilo a que já se poderia chamar Direito Penal Internacional⁵. Nessa ocasião, a responsabilidade penal era bastante mais circunscrita, pois apenas se limitava à pirataria⁶, escravatura⁷ e alguns casos de conflitos armados⁸.

Dentro destes antecedentes tem de se destacar a situação que se viveu no fim da Primeira Grande Guerra Mundial. Esta, como é sabido, teve o seu desfecho com o Tratado de Versaillles que estabeleceu as condições da paz entre as potências aliadas e associadas e a Alemanha. Entre as várias cláusulas deste Tratado destacam-se, relativamente ao tema presente, as dos artigos 227º a 229º.

O primeiro determinava uma acusação contra Guilherme II, antigo imperador da Alemanha, “...de ofensa suprema contra a moral internacional e contra a autoridade sagrada dos tratados...”⁹. Por outro lado, estatuiu a

execuções mencionados serão enviados para os países onde tiverem sido cometidos os seus crimes abomináveis para que possam ser julgados e punidos de acordo com as leis dos países libertados e dos governos livres que lá se tiverem estabelecido...Que aqueles que ainda não mancharam as suas mãos com sangue inocente evitem juntar-se às hostes dos culpados, pois com toda a certeza as três potências Aliadas os perseguirão até aos confins da Terra e os entregarão aos seus acusadores para que seja feita justiça...”. Para uma análise destes textos *vide*, entre nós, JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, *Textos Históricos do Direito e das Relações Internacionais*, Porto, 1999, págs. 492-493 e 496-498.

5 Seguimos aqui muito de perto CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª edição, Londres, 1999, págs. 515 e ss.

6 Vários são os indícios de que a pirataria era vista como um crime internacional. Alguns deles podem ser encontrados em CHERIF BASSIOUNI, *ob. cit.*, pág. 515-516, sendo de salientar as ordens de Henrique VII a Jonh Hopton para “...seize and subdue wherever they shall from time to time be found; and if they cannot otherwise be seized, to destroy them, and to bring all and singular of them, who are captured, into one of our ports, and to hand over and deliver them...to our commissioners”. No plano meramente substantivo, a proibição da pirataria começou por ser entendida como um costume tendo aparecido as regras escritas durante o século XIX.

7 Quanto à escravatura durante muito tempo sucedeu um conflito entre a consciência jurídica de condenação da mesma e a dificuldade existente na sua abolição por parte dos Estados devidos aos grandes interesses de natureza económica que se encontravam envolvidos. Todo o processo de consideração da escravatura como um crime internacional foi gradual. A evolução está relatada em CHERIF BASSIOUNI, *ob. cit.*, págs. 516-517.

8 O plano dos conflitos armados remete para uma questão prévia que é a da distinção entre a responsabilidade dos Estados e a dos indivíduos. Desde já se deve atender que apenas teremos a preocupação de nos debruçar sobre a última, pois é esta que é referida quando se trata das matérias do Direito Penal Internacional quanto aos conflitos armados. A primeira acusação sobre um indivíduo conhecida é a de Conrandin von Hohenstafen que foi condenado à morte em Nápoles no ano de 1268. Para uma evolução histórica desta matéria *vide* CHERIF BASSIOUNI, *ob. cit.*, págs. 517-519.

9 De acordo com ALICIA GIL GIL, *El Genocidio y Otros Crimenes Internacionales*, Valência, 1999, pág. 35, esta determinação do Tratado de Versaillles pode ser vista como um precedente da ideia de responsabilidade individual por violação do Direito Internacional.

criação de um tribunal especial para o julgar, devendo os juizes ser nomeados pelos Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão. Também era expressa a necessidade de existência de um pedido de extradição de Guilherme II ao Governo Holandês para possibilitar este julgamento.

O preceito seguinte regulava a possibilidade de os Aliados julgarem as pessoas acusadas de terem cometido “...actos contrários às leis e costumes de guerra”. Ainda se considerava a obrigação do governo alemão extraditar para os países aliados “...todas as pessoas que, sendo acusadas de ter cometido um acto contrário às leis e costumes de guerra, lhe sejam designadas, quer nominativamente, quer pela sua graduação, função ou emprego que a essas pessoas houvessem sido conferidos pelas autoridades alemãs”.

Por fim, o artigo 229º especificava o direito de julgar por parte dos aliados ao estatuir que “Os autores de actos contra os nacionais duma das Potências Aliadas e Associadas serão julgados pelos tribunais militares dessa Potência”. Logo, aquilo que constitui a regra é a possibilidade de julgar quando estivessem em causa actos contra os seus nacionais.

Parte das preocupações que este regime demonstrava tinham na sua base as determinações do relatório da Comissão sobre a responsabilidade dos autores da guerra e sobre a aplicação de penas por violação das leis e costumes de guerra ou contra as leis humanitárias cometidas por alemães e seus aliados. Uma das conclusões alcançadas por este documento era a da necessidade de se criar um “Alto Tribunal” para julgar os actos que provocaram a guerra e outros factos que violassem as leis e costumes de guerra e de natureza humanitária. Como já foi visto, as prescrições desta Comissão não foram seguidas, mas não deixaram de ser um importante passo para as soluções consagradas em Versailles.

As estatuições e a sua aplicação encontraram pela frente diversos obstáculos. Desde logo, a Alemanha não aceitou extraditar os seus nacionais; foi aduzindo que acusações em grande escala teriam efeitos políticos incontroláveis¹⁰; bem como que alguns dos possíveis acusados eram vistos pelo povo alemão como verdadeiros heróis, pelo que a sua acusação poderia levar a situações imprevisíveis. Assim, ficou afastada a

10 De acordo com CHERIF BASSIOUNI, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Nova Iorque, 1996, pág. 200, existiu por parte das forças aliadas o temor de que pudesse aparecer uma revolução comunista na Alemanha.

hipótese levantada no relatório que previa a possibilidade de se fazerem 855 acusações.

Também se confirmou que um tribunal criado por um tratado, em que se exigia o consentimento de vários Estados, teria sempre vida muito difícil pois os já referidos consentimentos estatais não apareceram e o tribunal não surgiu. De toda a maneira, as acusações acabaram por ser feitas perante o Tribunal de Leipzig que teve origem numa lei alemã de 18 de Dezembro de 1919.

Este tribunal interno teve uma vida curta, tendo julgado, dois anos após a sua constituição, apenas doze pessoas, seis das quais foram absolvidas. Deve-se notar que as acusações também podiam ser apresentadas pelas forças aliadas. No entanto, devido aos maus resultados apresentados, estas acabam por desistir da prerrogativa e estabelecer, nos diversos Estados, vários julgamentos.

A situação em causa demonstrou, desde logo, que era difícil basear este género de julgamentos exclusivamente em tribunais de natureza interna. Consideramos que o sancionamento dos violadores de regras básicas do Direito Internacional Humanitário redundou, nesta ocasião, num fracasso, e foi um bom exemplo para que se passasse a estabelecer em situações equivalentes a necessidade de um tribunal internacional. Entendemos, até, que o primeiro passo para a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga foi a recordação daquilo que se passou em Leipzig, em que de uma forma absoluta os interesses de natureza política se sobrepujaram à necessidade de um julgamento justo.

Na mesma linha está a não aplicação do artigo 227º do Tratado de Versailles que prescrevia o julgamento de Guilherme II e a criação de um tribunal internacional especial (uma espécie de um tribunal *ad hoc*) para o efeito. O tribunal não funcionou, pois a Holanda não procedeu à extradição com base na ideia de que as acusações, dirigidas contra o antigo imperador, eram de natureza política e não jurídica.

Como se pode concluir, as principais determinações de Versailles não passaram de boas intenções, sendo a situação vivida no rescaldo da Primeira Grande Guerra Mundial a de uma impunidade generalizada. Na base desta estiveram pressupostos de natureza política e uma posição forte por parte do derrotado, bem como falhas na cooperação dos Estados relativamente à acusação dos suspeitos, recolha de provas e julgamentos.

2. O fim da Segunda Grande Guerra Mundial: os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio

A Segunda Grande Guerra Mundial assumiu contornos ainda mais graves quanto às violações do Direito Internacional Humanitário. As atrocidades cometidas e a sua extensão, assim como a intenção de punir os perdedores, foram então factores decisivos para que existisse uma vontade clara de criação de tribunais de natureza internacional para julgar alguns dos principais violadores das normas de Direito Internacional.

Mas antes ainda de aprofundar a descrição do que se passou em Nuremberga pretendemos fazer uma breve observação sobre os seus antecedentes mais imediatos. Entre os elementos principais encontram-se quer a Declaração de Saint James assinada em 13 de Janeiro de 1942, bem como a Declaração de Moscovo de 30 de Outubro de 1943. Também nesse mesmo ano, a 20 de Outubro, havia sido criada pelas forças aliadas a *United Nations Crimes Commission* para investigar os crimes de guerra que desde logo notou o problema da insuficiência das fontes legais que pudessem fundamentar as acusações. Por fim, surge o Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945 que assume um papel fundamental na medida em que aprovou a existência do Tribunal Militar Internacional¹¹; a obrigação dos Estados signatários cooperarem na investigação e julgamentos; e ainda a relação entre este tribunal e as jurisdições nacionais.

Incorporada no Acordo de Londres encontrava-se a Carta do Tribunal Militar Internacional. Esta valeu como o direito aplicável ao mesmo, e, desde já, destacamos as suas indicações quanto: à sua composição (sendo os seus membros designados pelas forças aliadas, sem que pudessem ser contestados pela acusação, réus ou seus advogados¹²); aos crimes da sua competência; e aos grupos de possíveis acusados (a título individual ou como membros de organizações).

11 De acordo com o estabelecido no Acordo de Londres, mais precisamente no artigo 1º, terá como objecto "...criminosos de guerra cujos crimes não tenham uma localização geográfica particulares, quer sejam acusados a título individual quer na sua qualidade de membros de organizações ou grupos, ou em ambas as qualidades". Cfr. JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, ob. cit., págs. 496-498.

12 Cfr. artigo 3º da Carta do Tribunal Militar Internacional.

Quanto aos crimes, em Nuremberga, foram enumerados os crimes contra a paz¹³, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade¹⁴. Esta tipologia não é um factor a deixar de ter em conta, na medida em que, apesar de ter sido sujeita a posteriores alterações, foi muito importante a sistematização e a codificação realizadas. Algo que, quanto aos crimes julgados, também importou foi o facto de nesta situação não se ter apenas atendido aos executantes directos mas também àqueles que ordenavam e programavam as acções.

Uma leitura da acusação de Nuremberga é bem demonstrativa da pertinência das nossas anteriores palavras, pois destacava-se a aceitação autónoma da programação de actos violadores da Carta do Tribunal Militar Internacional como um crime. Era especialmente atendida a planificação da agressão e tida como plano de orientação a alínea a) do artigo 6º da Carta relativa aos crimes contra a paz¹⁵.

13 Como entende PAUL WARNE, *Vietnam and Nuremberg*, in "War", organizado por Lawrence Freedman, Oxford, 1994, págs. 184-187, uma das novidades de Nuremberga é a consideração da acção dos dirigentes nacionais que tivessem encetado uma agressão contra um outro Estado como um crime. Assume, no entanto, que num universo de Estados este tipo de crimes apenas se aplica a perdedores. Com esta posição é que não podemos concordar, considerando até que o grande desafio que se aplica ao Direito Penal Internacional é o de ultrapassar este entendimento. Os valores que são postos em causa em determinadas intervenções não podem depender de meras considerações de natureza política, como aquela que está implícita na posição em causa. Aliás, o autor vem mais à frente corrigir essa visão.

14 *Vide*, de acordo com a tradução de JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, o texto do artigo 6º da Carta do Tribunal Internacional Militar:

"O tribunal terá competência para julgar e punir as pessoas que, agindo no interesse dos Estados Europeus do Eixo tenham cometido um dos crimes seguintes:

- a) Crimes contra a paz: nomeadamente, o planeamento, preparação, iniciação ou lançamento de uma guerra de agressão, ou de uma guerra em violação de tratados internacionais, acordos ou garantias, ou participação num plano comum ou conspiração para a realização de um dos actos acima mencionados;
- b) Crimes de guerra: nomeadamente, violações das leis ou costumes de guerra. Essas violações incluirão, mas não se limitam a, homicídio, maus tratos ou deportação para trabalho escravo, ou para qualquer outro fim, de população civil de, ou em, territórios ocupados, homicídio ou maus tratos a prisioneiros de guerra ou a pessoas no mar, a execução de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, aglomerados ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar.
- c) Crimes contra a humanidade: nomeadamente homicídio, extermínio, escravatura, deportação e outros actos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução de, ou relacionadas com qualquer crime incluído na jurisdição do tribunal, tenham ou não ocorrido em violação do direito interno do país onde tiverem sido perpetrados.

Os chefes, organizadores, instigadores e cúmplices que tenham participado na elaboração ou execução de um plano concertado ou conspiração para cometer qualquer um dos crimes mencionados são responsáveis pelos actos cometidos por quaisquer pessoas em execução desse plano".

15 De acordo com a posição de STEVEN R. RATNER, *Crimes Against Humanity*, in "War Crimes", organizado por Roy Gutman e David Rieff, Nova Iorque, 1999, em Nuremberga estes eram vistos como os crimes supremos por via da sua ligação ao conceito de agressão. Apesar disso assume a sua difícil aplicação nos dias de hoje, aceitando a possibilidade de os mesmos se tornarem letra morta.

No que se refere aos elementos concretos observados, o tribunal fez uma descrição, relativamente detalhada, desde o momento em que Hitler ascendeu, em 1921, ao poder no partido nazi. Este era um meio utilizado para cumprir um plano mais vasto e que teve a participação de muitas pessoas. Os primeiros fins eram os de derrogar o Tratado de Versailles e as suas restrições quanto às limitações de intervenção militar impostas à Alemanha; reconquistar os territórios perdidos na sequência da Primeira Grande Guerra Mundial; e adquirir o domínio de outros Estados que fossem necessários para a “raça germânica”.

Para conseguir este desiderato era necessário que existisse uma sólida base no plano teórico. Esta tinha algumas premissas, entre as quais se destacavam: a superioridade da “raça germânica”, que devia subjugar ou exterminar as outras “raças” ou pessoas; um poder baseado na pessoa do *Fuhrer* e numa estrutura hierárquica muito bem delimitada; a visão da guerra como uma actividade nobre e necessária; e, por fim, a liderança do partido nazi a quem era devida obediência e que podia exterminar os seus oponentes.

Na prática, era importante a aquisição e total domínio da máquina do Estado, tendo sido formada para esse efeito uma organização – SA – de natureza militarizada, composta por pessoas treinadas para o uso da violência. Por outro lado, quando em 1933 Hitler chegou a Chanceler, as garantias e os direitos fundamentais previstos na Constituição de Weimar relativos à liberdade pessoal, liberdade de expressão e liberdade de associação foram suspensos e os partidos foram extintos mantendo-se o nazi como uma organização para-governamental com enormes privilégios. Deste modo, conseguia-se combater, com base numa política de terror, qualquer resistência interna que se pudesse formar.

O plano das perseguições que se abateram, por exemplo, sobre sindicalistas, religiosos, e movimentos pacifistas teve, no entanto, um alvo muito especial: os judeus. Este adquiriu o lugar de uma política oficial do Estado. Os horrores vividos foram imensos e para que se possa ter uma noção, e de acordo com números expressos na acusação de Nuremberga, dos nove milhões e seiscentos mil judeus que viviam na Europa antes do fenómeno nazi, cinco milhões e setecentos mil desapareceram, a maior parte assassinados.

Mas o programa não se ficava por aqui, pois ainda se pretendia moldar, por completo, o sistema de administração e gestão estatal aos objectivos

nazis. Assim, o sistema de educação teria como escopo fundamental preparar os cidadãos para a guerra; deveria existir um grande controlo sobre as actividades de natureza cultural, que eram entendidas como central na máquina de propaganda; a economia tinha de ser controlada de acordo com os fins da guerra e da estrutura militar; e a política de negócios estrangeiros passava pelo incumprimento do Tratado de Versailles, bem como pelo abandono da Conferência internacional de desarmamento e da Sociedade das Nações.

Todo este plano teve como primeiros elementos expansionistas a acção relativamente à Áustria e à Checoslováquia. As acções começaram em 1937. Em 8 de Fevereiro de 1938, Hitler encontrou-se com o Chanceler Schuschnigg em Berchtesgaden, e sob a ameaça de invasão, conseguiu uma promessa de amnistia para os prisioneiros nazis, assim como a indicação de pessoas da sua confiança para postos ministeriais. Dias mais tarde, o mesmo Hitler, num discurso, admitia a independência da Áustria, ao mesmo tempo que se assumia como protector de todos os alemães. Enquanto a sua influência no território aumentava é anunciado um pebliscito sobre a questão da independência austríaca. Hitler ameaça com uma invasão caso a consulta fosse para a frente, acabando Schuschnigg por resignar sendo as tropas alemãs chamadas para “manter a ordem”. A 13 de Março, Hitler é proclamado chefe de estado da Áustria sendo consagrada, por via de lei, a anexação à Alemanha. O primeiro passo estava dado.

Já para a Checoslováquia, o plano passava por encontrar um incidente que pudesse precipitar a invasão. Depois de alguma preparação, começou a ser levantada a questão das minorias. Em 1 de Outubro de 1938, na sequência do pacto de Munique, entre a Alemanha, Itália, Reino Unido e França, parte do território checoslovaco foi cedido à Alemanha. Cinco meses depois a Alemanha ocupava a maioria do território. Tudo corria de acordo com as previsões.

O próximo alvo era a Polónia, mas aqui a perspectiva era a de se dar uma agressão armada, na medida em que não se esperava uma reacção cândida como aquela que sucedeu na Áustria e na Checoslováquia. A aspiração era a de isolar a Polónia das potências da Europa Ocidental, o que se revelava difícil devido à posição inglesa que contava com o apoio francês. Assim, a guerra era inevitável. E foi isso que aconteceu, partindo da questão de Dantzig criou-se o incidente. Mas a Polónia resistiu e a 1 de Setembro de 1939 as forças armadas alemãs procederam à invasão.

Depois desta, a única hipótese era a de desenvolver ainda mais os intuítos expansionistas. Entrava-se então, de uma forma clara, numa nova fase – a das invasões violadoras do Pacto Briand-Kellog de 1928¹⁶. Para alcançar os seus objectivos, os nazis previam e cometiam, acções consideradas como crimes contra a paz, crimes de guerra, ou crimes contra a humanidade.

A acusação de Nuremberga começava por descrever as situações de crimes contra a paz. A violação desta surgiu, não só em relação à sua planificação, como também, obviamente, no que se refere à sua execução. As diversas situações que se atenderam foram as que tinham como oponentes os seguintes Estados: Polónia (1 de Setembro de 1939); Reino Unido e França (3 de Setembro de 1939); Dinamarca e Noruega (9 de Abril de 1940); Bélgica, Holanda e Luxemburgo (10 de Maio de 1940); Jugoslávia e Grécia (6 de Abril de 1941); e Estados Unidos da América (11 de Dezembro de 1941).

Mas grande parte das acusações estavam baseadas nos crimes de guerra. Também estes seriam sancionados, não só pela sua execução, como também pela planificação. O âmbito territorial da acusação, que também abrangia a cumplicidade, abarcava a Alemanha, Áustria, Checoslováquia, os Estados ocupados e acções em alto mar.

Em concreto, começava por se referir o assassinio e maus tratos infligidos às populações civis, sendo muito relevante a utilização, na acusação, do termo genocídio¹⁷ – que não estava previsto como um tipo próprio de crime na Carta – quando se referia o extermínio de grupos de natureza racial ou nacional. Mas, para além destas actuações, apareciam referidas outras como as torturas para obter informações e as prisões efectuadas sem julgamento anterior.

Outros casos de crimes de guerra foram cometidos e entre os mesmos destacavam-se: o desterro de populações civis para trabalhos forçados; o assassinio e maus tratos de prisioneiros de guerra ou membros das forças armadas dos Estados ocupados; o assassinio de cidadãos nacionais dos estados ocupados; pilhagem de propriedade pública e privada; a determinação de penas colectivas (eram penalidades de diversa natureza

16 O Pacto Briand-Kellog é um tratado internacional de condenação e renúncia do recurso ao uso da força e de defesa de resolução dos conflitos por meios pacíficos. O texto em causa pode ser consultado em JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, ob. cit., págs. 359-361.

17 Este facto é realçado por DIANE F. ORENTLICHER, *Genocídio*, in “Crimes of War”, pág. 155.

impostas a uma comunidade, apesar de terem sido baseadas em actos de certos indivíduos, sendo os seus principais alvos, como é óbvio, os judeus); a destruição de cidades e aldeias, não justificadas à luz de necessidades militares; o recrutamento de trabalhadores para tarefas que servissem os interesses alemães; a imposição de lealdade ao poder externo por parte dos nacionais dos Estados invadidos; e, por fim, uma colonização germânica, dos territórios ocupados no plano político, social, económico e cultural.

Para terminar a acusação, apareciam os crimes contra a humanidade. Entre estes encontravam-se os assassinios, extermínios, deportações e outros actos desumanos contra as populações civis, antes e durante a guerra, e ainda as perseguições baseadas em questões de natureza política, racial, e religiosa. Quanto aos meios de actuação eram, obviamente, sublinhados os campos de concentração e as perseguições que tiveram, de uma forma sistemática, como alvo privilegiado os Judeus.

A responsabilidade sobre todas estas atrocidades tinha um aspecto verdadeiramente inovador. A acusação tanto existia relativamente a indivíduos, como organizações ligadas à Alemanha¹⁸. No entanto, esta direcção seguida em Nuremberga não leva a que se possa negar que o objectivo fundamental tivesse sido o da punição individual.

Quanto aos acusados a nível individual, apenas se encontraram em causa altos funcionários da hierarquia alemã pois este tribunal, como também já vimos – e mais uma vez se distancia dos tribunais “*ad hoc*” – apenas julgou esses casos, deixando aqueles que eram menores para as jurisdições nacionais¹⁹. Ao analisar a lista dos acusados poderemos encontrar os seguintes nomes: Goering, líder da SA; Ribbentrop, ministro dos negócios estrangeiros; Keitel, chefe supremo das forças armadas; Kaltenbrunner, chefe da polícia de segurança e do serviço de segurança; Rosenberg, ministro para os territórios ocupados; Frank, governador do território polaco; Frick, ministro do interior; Streicher, editor do jornal anti-semita “*Der Sturmer*”; Sauckel, plenipotenciário para o emprego e trabalho no plano dos quatro anos; Jodl, alto responsável militar; Seyss-Inquart,

18 Artigo 9º da Carta do Tribunal Militar Internacional (de acordo com a tradução de JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, ob. cit., pág. 500).

19 WLADIMIR BRITO, *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais Ad Hoc*, in “Revista do Ministério Público”, Janeiro-Março 2000, págs. 33-34, distingue entre a categoria dos grandes criminosos e dos criminosos menores. Os últimos apenas executariam as acções programadas pelos dirigentes e foram sujeitos a jurisdições de natureza interna.

ministro do interior e segurança na Áustria e chefe da administração civil na Polónia; Bormann²⁰, Secretário do *Fuhrer*, todos eles condenados à morte; Hess, membro do gabinete secreto e alta patente da hierarquia alemã; Funk, ministro da economia e presidente do *Reichbank*; Raether, comandante chefe da marinha, condenados a prisão perpétua; Baldur von Schirach, líder da juventude hitleriana; Speer, ministro do armamento, condenados a vinte anos de prisão; Konstantin von Neurath, ministro dos negócios estrangeiros, condenado a quinze anos de prisão; e, por fim, Doenitz, conselheiro de Hitler, condenado a dez anos de prisão. Entre os acusados três foram absolvidos, referimo-nos a: Schacht, Ministro da Economia e presidente do *Reichsbank*; Papen, vice-chanceler e embaixador na Áustria e na Turquia; e, por fim, a Fritzsche, ministro da propaganda.

Entre as organizações encontrava-se, desde logo, o gabinete do Reich, composto pelos ministros e cujos membros, sob a supervisão do *Fuhrer*, exerciam funções de natureza legislativa, executiva, administrativa e política; e também se considerou a direcção do partido nazi, que era um grupo específico com algumas prerrogativas. Basicamente, e por excelência, programavam as formas de actuação do partido. Certamente que era importante o papel desempenhado dentro desta direcção, na medida em que as sanções a aplicar dependiam da posição hierárquica do acusado²¹. Outra das organizações compreendidas era a SS (*Die Schutzstaffeln der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterparte*), formada em 1925, que tinha como objectivo original a segurança do *Fuhrer* e dos dirigentes do partido nazi. Em 1934 tornou-se numa organização do próprio partido, e era fundamentalmente formada por voluntários, seleccionados de acordo com critérios de natureza biológicos, raciais e políticos, que deveriam defender a doutrina nazi e o *Fuhrer*. A organização acabou por assumir uma grande importância como força de repressão e como polícia criminal na indicação e extermínio dos detractores do regime.

Também se considerou a Gestapo (*Die Geheime Staatspolizei*), que surgiu logo após a subida ao poder por parte dos nazis e funcionava como polícia secreta. Os seus membros saíam maioritariamente da SS, e a sua

20 Foi julgado *in absentia* à luz do que permitia o artigo 12º da Carta do Tribunal Militar Internacional. Sobre esta possibilidade, THEODOR MERON, *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford, 1998, pág. 189, numa análise que faz a um processo justo considera “*The defendant’s right to participate in their own defense should preclude in absentia trials, which are inherently vulnerable to abuse*”.

21 Esta posição retira-se da leitura dos artigos 7º e 8º da Carta do Tribunal Militar Internacional.

função era a de reprimir e exterminar organizações hostis, como os focos de resistência nos estados ocupados.

Mas as acusações não terminavam aqui. Ainda se apreciou a SA (*Die Sturmabteilungen der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*), que era composta por um conjunto de soldados políticos, servia para treinar membros do partido e era uma reserva das forças armadas germânicas. Por fim, foi qualificado, para este efeito, como organização, o Estado Geral e os altos comandos das forças armadas alemãs.

Como se pode notar, e já foi por várias vezes observado, pela simples leitura desta lista de acusados, o Tribunal de Nuremberga apenas teve como objecto os perdedores. Assim, foi um tribunal imposto pelos Aliados, o que no plano jurídico não pode ser entendido como a perspectiva correcta para um julgamento deste género. Um tribunal com estas características não podia deixar, ou permitir, a mínima dúvida sobre a sua credibilidade, e deveria ter sido um meio através do qual se apresentava, fundamentalmente, um processo justo. Logo, não podia, nem devia, ser entendido como um instrumento de natureza política, na medida em que a sua função devia ter sido essencialmente a de prevenir futuros acontecimentos violadores do Direito Humanitário.

Ao exposto junta-se, ainda, o facto de, nas situações de um conflito aberto, o normal ser que tanto exista incumprimento das normas por parte dos derrotados, como por parte dos vencedores. Por outras palavras, uma solução deste tipo não é aceitável sendo o critério que defendemos o objectivo, deixando de lado as vertentes subjectivas relativas às situações em concreto.

Com estas posições não negamos que a existência de elementos volitivos por parte dos Estados tenham algum relevo. Isto era, nesta altura, ainda mais claro, como se nota através da simples análise do modo como apareceu o Tribunal de Nuremberga, bem como na forma concreta utilizada na acusação. Em relação a esta última não se pode esquecer que a mesma foi produzida pelos Estados Unidos da América, França, Reino Unido e União Soviética. O facto nada teria de mais se não fossem esses mesmos Estados a estabelecer o aparecimento do tribunal e a escolher os juizes.

Também não podemos deixar passar em claro a ideia, aqui presente, de colaboração dos Estados. Apenas pretendemos sublinhar a sua natureza parcial, pois este é um tribunal de vencedores para os vencidos, não estando presente, de uma forma muito nítida, a preocupação de os

Estados através do mesmo auxiliarem o objectivo da paz e segurança internacionais.

De todo o modo, e apesar das debilidades que esta solução aparenta, houve uma evolução positiva relativamente ao que se passou com o Tribunal de Leipzig em que nem sequer apareceu um tribunal internacional. Já em Nuremberga o mesmo não só nasceu, como cumpriu a sua função, e note-se que uma das demonstrações da colaboração estatal se encontrou na maior facilidade que, apesar de tudo, se sentiu na produção da prova, o que não pode deixar de ser reputado como positivo. Pode, então, dizer-se que Nuremberga foi mais um passo na evolução da jurisdição internacional. Claro que o seu aparecimento não pode ser visto como uma solução final, mas apenas como mais um passo de um longo caminho que nos dias de hoje ainda se está a percorrer.

Ainda numa análise de natureza histórica relativamente ao julgamento de Nuremberga, tem de fazer-se uma observação atenta às fontes de direito que no mesmo foram aplicadas. Entre essas fontes encontravam-se tratados entre Estados, a Carta do Tribunal Militar Internacional e os costumes. Relativamente aos primeiros, destacavam-se as Convenções de Haia, o Tratado de Versailles e os vários tratados de não agressão entre a Alemanha e os Estados ocupados.

Mas a grande inovação foi a aplicação da Carta do Tribunal Militar Internacional, que demarcava a tipologia dos crimes a julgar. Esta solução criou, apesar de tudo, alguns problemas quanto à aplicação do princípio da legalidade. De uma forma precisa, a questão mais premente que se colocava era a da aplicação do princípio da não retroactividade da lei penal.

A resposta ao problema parece-nos simples. No fundo, aquilo que aconteceu na Carta do Tribunal Militar Internacional foi a passagem a escrito de costumes que vigoravam na comunidade internacional²². Ninguém poderá negar que a condenação dos crimes contra a paz, dos crimes de guerra, e dos crimes contra a humanidade, sempre foi aceite como juridicamente plausível. Estavam, então, presentes o elemento material e psicológico do costume, relativamente a normas de *jus cogens*.

22 Sobre o papel do costume como fonte do Direito Internacional Humanitário *vide* THEODOR MERON, *Customary Law*, in “Crimes of War”, organizado por Ruy Gutman e David Rieff, Nova Iorque, 1999, págs. 113-114. Considera que existe uma linha de continuidade não só na admissão, como na importância do costume como fonte de Direito Internacional Humanitário entre Nuremberga e o Tribunal para a ex-Iugoslávia.

Como elemento final relativamente ao Tribunal de Nuremberga tem de expressar-se uma nota de agrado até porque este apareceu com uma estrutura de um tribunal penal clássico. O mesmo já não se poderá dizer relativamente ao Tribunal de Tóquio em que se salienta mais a sua natureza militar. A sua grande influência também se nota pela orientação geral que a Carta do Tribunal Militar Internacional teve relativamente ao julgamento de infracções menores, a fazer nos Estados de acordo com as regras estatuídas pelo Conselho de Controlo²³, bem como no Tribunal do Extremo Oriente.

Este último tribunal teve uma origem bem distinta daquele que tem sido objecto da nossa atenção. O seu surgimento advém de uma declaração do chefe supremo das forças aliadas no Extremo Oriente, General MacArthur, em 1946. Logo, como se pode notar, aqui nem sequer apareceu um acordo entre Estados. Bem pelo contrário, o que surgiu foi uma declaração unilateral a determinar o aparecimento de um tribunal. O mesmo teve como objectivo julgar as intervenções dos líderes japoneses²⁴, ficando, também aqui, o julgamento de outros elementos relegado para os tribunais internos. Logo, e quanto ao objecto final dos tribunais, encontra-se uma similitude de situações.

Relativamente à tipologia dos crimes que a Carta do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente previa, de acordo com o seu artigo 5º, encontravam-se os crimes contra a paz, os crimes de guerra, e os crimes contra humanidade, sendo utilizada uma forma análoga relativamente ao sucedido em Nuremberga²⁵. As diferenças encontram-se mais em aspectos de natureza formal, como a sua sede – fixada pelo artigo 1º e que foi em Tóquio – e quanto à composição – pois a mesma teria o número máximo de onze membros escolhidos pelo comandante dos aliados a partir de nomes indicados pelos Estados que assinaram a declaração de rendição, Índia e Filipinas.

23 Para este efeito *vide* a lei nº 10, de 20 de Dezembro de 1945, do Conselho de Controlo, in JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, ob. cit., págs. 501-503.

24 De acordo com CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against...cit.*, págs. 530-531, a lista de acusados incluía primeiros-ministros, ministros e embaixadores. De fora, e por razões de natureza política, ficou o imperador Hirohito. Todos os acusados foram julgados culpados, tendo sido sete condenados à morte, dezasseis a prisão perpétua, um a uma pena de vinte anos de prisão e outro a sete anos de prisão.

25 Isto não invalida que a determinação dos crimes não fosse aqui, pelo menos no plano formal, diferente. Isto mesmo se nota em relação aos crimes de guerra, que nesta sede são considerados como todos aqueles previstos nas leis e costumes de guerra.

O Tribunal de Tóquio não teve grandes diferenças em relação ao de Nuremberga mas, no entanto, não podem ser considerados como totalmente iguais, até porque foram sendo colocadas algumas dúvidas quanto à sua justiça, não só no que concerne às decisões, como também aos procedimentos. Assim, em Tóquio todas as piores características de um tribunal de perdedores apareceram, sendo até esquecidos os direitos mínimos dos acusados.

Terminamos, desta forma, uma breve análise aos tribunais penais internacionais surgidos depois da Segunda Guerra Mundial, iniciando agora uma descrição dos actuais tribunais *ad hoc*.

3. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda: dois exemplos de tribunais *ad hoc*

Depois de Nuremberga começou um período em que a impunidade foi a regra²⁶. Factos como aqueles que se passaram, por exemplo no Vietname e no Camboja não foram alvo de qualquer responsabilização para os indivíduos que cometeram violações graves e constantes ao Direito Internacional Humanitário. No entanto, na década de 90, e em relação a dois casos diferentes, esta tendência inverteu-se²⁷. Falamos daquilo que se passou relativamente às atrocidades cometidas no território da ex-Jugoslávia e do Ruanda.

Ambos os tribunais em causa tiveram origem em resoluções do Conselho de Segurança, emanadas à luz das competências que lhe são atribuídas no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O primeiro foi criado pela

26 Claro que ao tomar esta posição não nos esquecemos dos esforços que, em alguns casos, foram aparecendo por parte das jurisdições nacionais. Podemos até destacar, entre os mesmos, os casos Barbie e Papon. Mas aquilo que no texto pretendemos referir é a falta de jurisdição internacional para julgar violações ao Direito Humanitário, tendo sido preciso esperar mais de quarenta e cinco anos para que aparecessem novidades. ISABEL RAIMUNDO, *Imperativo Humanitário e Não-Ingerência. Os Novos Desafios do Direito Internacional*, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa, 1999, págs. 141-142, considera que a causa da falha da instituição, neste período temporal, de um tribunal internacional se deveu à Guerra Fria e à falta de vontade de fazer cumprir as leis e costumes relativos ao Direito Internacional Humanitário.

27 Esse hiato de tempo, bem como a internacionalização e a eficácia da informação são referidos por MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *O Tribunal Internacional Penal Permanente e o Mito de Sísifo*, in "Revista Portuguesa de Ciência Criminal", Janeiro-Março 1998, pág. 29, como elementos fundamentais para que o Conselho de Segurança constituísse os tribunais *ad hoc*.

resolução 808, de 22 de Fevereiro de 1993²⁸, e o segundo pela resolução 955, de 8 de Novembro de 1994²⁹.

Na primeira das resoluções ainda se determinou a necessidade de um relatório da autoria do Secretário-Geral para a adopção efectiva do tribunal. Assim, num prazo de sessenta dias, deveria ser produzido um documento por forma a que fosse possível dotar o tribunal de todos os meios necessários para o seu efectivo funcionamento.

No seguimento desse relatório surgiu a resolução 827, de 25 de Maio de 1993, que, tendo examinado o já referido relatório, vem adoptar o Estatuto do Tribunal. Entre os princípios declarados destacamos: o papel activo dos juizes, que chegam mesmo a aprovar as regras relativas ao procedimento e recolha de provas³⁰; o da cooperação por parte dos Estados, bem como das organizações governamentais e não governamentais; e o princípio da autonomia da responsabilidade penal relativamente à reparação por danos causados.

Para a criação do Tribunal para o Ruanda foi adoptada a resolução 955, que em anexo já trazia o seu Estatuto. Relativamente à origem deste órgão judicial tem de se atender a uma importante diferença relativamente ao caso anterior. É que, neste caso, o tribunal é criado com base num pedido do próprio governo ruandês. Assim, e apesar de o referido governo ter votado contra a resolução 955, por discordância com algumas determinações, tais como a da proibição da pena de morte, a origem passa por um trajecto totalmente distinto³¹. Há aqui uma atitude de colaboração estatal

28 Do seu preâmbulo destacamos as seguintes afirmações: “...Declarando-se uma vez mais, seriamente preocupado com as informações que continuam a dar conta de violações generalizadas do Direito Internacional Humanitário no território da ex-Jugoslávia; Constatando que tal situação constitui uma ameaça à paz e segurança internacionais; Decidido a pôr fim a tais crimes e a tomar as medidas eficazes para que as pessoas responsáveis respondam perante a justiça; Convencido de que, nas circunstâncias particulares que prevalecem na ex-Jugoslávia, a criação de um tribunal internacional permitiria alcançar esse objectivo e contribuiria para a restauração e manutenção da paz...”.

29 Desta resolução destacámos, também, algumas declarações, como desde logo a determinação “...de que a situação continua a ser uma ameaça à paz e segurança internacionais; Determinado a acabar com esses crimes e a tornar medidas efectivas para julgar as pessoas responsáveis pelos mesmos; Convencido de que nas circunstâncias particulares do Ruanda, a acusação de pessoas responsáveis por violações sérias ao Direito Internacional Humanitário alcançará esse objectivo e contribuirá para o processo de reconciliação nacional e para a restauração e manutenção da paz...”.

30 No respeito do preceituado no artigo 15º do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia. O regulamento em causa acabou por ser aprovado a 11 de Fevereiro de 1994.

31 Para uma observação de todo o processo que originou o Tribunal para o Ruanda *vide* DAPHNA SHRAGA; RALPH ZACKLIN, *The International Tribunal for Rwanda*, in “European Journal of International Law”, 1996, pág. 504. Os autores qualificam o processo em causa como uma solução negociada à luz do Capítulo VII e salientam que, apesar do voto negativo, as autoridades do Ruanda reafirmaram o seu apoio e vontade de cooperação com o tribunal internacional.

com o tribunal e suas intervenções. Assume-se, então, na prática, o aparecimento de um verdadeiro princípio de cooperação dos Estados³². Mas entre os aspectos que desde já pretendemos sublinhar também se destaca a nova forma de origem destes tribunais. Os que analisámos anteriormente ou tinham a sua génese em tratados internacionais, isto é numa manifestação de vontade directa por parte dos Estados, ou partiam da decisão de um indivíduo que, de certo modo, representava um conjunto de Estados. Nesta situação, o caminho seguido é bem outro pois estamos perante uma decisão de um órgão de uma organização internacional de natureza inter-governamental, o Conselho de Segurança.

A solução em causa ainda encontra um outro aspecto específico. Referimo-nos ao seu enquadramento nas competências próprias do Conselho de Segurança previstas no Capítulo VII da Carta. Neste capítulo, o Conselho de Segurança intervém “em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e acto de agressão”, assumindo um papel activo essencial para alcançar o objectivo, previsto no número 1 do artigo 1º da Carta, da paz e segurança internacionais.

Nestas situações, o Conselho de Segurança dispõe de um poder de dupla discricionariedade. Assim pode, por um lado, exercer a liberdade de qualificar uma situação como ameaça ou ruptura da paz e, por outro, tomar as medidas concretas, de natureza militar ou não, que considerar mais adequadas. No que se refere aos acontecimentos ocorridos nos territórios da ex-Jugoslávia e do Ruanda, e em relação à primeira vertente da sua actuação, não existem muitas dúvidas, perante os factos sucedidos, sobre a bondade da qualificação estabelecida.

Os problemas que se podem levantar são relativos à segunda face da questão. Será esta uma solução admitida à luz das possibilidades de actuação previstas no Capítulo VII da Carta?

Uma análise àquelas permite chegar à conclusão de que existe uma certa liberdade do Conselho de Segurança no que concerne às medidas a tomar, apenas se encontrando o limite na sua adequação com o fim da

32 É óbvio que esta cooperação tem de se enquadrar dentro de determinados limites. Esta mesma ideia está implícita nas palavras de FERNANDA PALMA, *Timor: Um Problema de Direito Internacional Penal*, in “Revista do Ministério Público”, Janeiro-Março 2000, pág. 15, quando afirma “Mas a competência dos Estados não deveria... substituir uma ordem internacional penal. Nenhum Estado poderia representar a comunidade internacional fora de um sistema de cooperação entre Estados. Enfim, nenhum Estado poderia ser juiz do mundo”.

manutenção ou restabelecimento da paz e segurança internacionais. Quanto a nós, a solução tomada parece totalmente enquadrada no espírito da Carta pois o julgamento daqueles que violam as regras de Direito Internacional Humanitário é uma das formas de contribuição para a paz. Para esta conclusão muito contribui o efeito que as penas têm não só quanto à punição, mas também quanto ao exemplo que representam para a restante comunidade³³. Há, assim, um efeito claramente persuasivo sobre eventuais futuros detractores destas normas que pode levar a que se alcance uma pacificação social.

O que já pode aparecer como origem para maiores dúvidas é a aceitação da solução de, sistematicamente, o Conselho de Segurança aparecer a tomar essa decisão e, por essa via, acabar por criar um princípio de jurisdição universal. Sobre isso algumas reflexões devem ser expendidas. Por um lado, é obvio que essa situação está bem longe de suceder, por outro, não nos parece que o actual estágio dos acontecimentos seja de molde a que se possam perder oportunidades de criação de outros tribunais por uma simples querela de competências entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança³⁴. Entendemos, assim, que, independentemente do caminho que se venha a seguir quanto a uma jurisdição de carácter universal, se deve manter a hipótese de actuação do Conselho de Segurança para casos esporádicos que não podem, e não devem, ficar sem julgamento. Travar esta opção corresponde a um adiamento da evolução do Direito Internacional.

Uma outra questão levantada foi a do entendimento, ou não, destes tribunais como órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, de acordo com o estabelecido no artigo 29º da Carta. Parece-nos, desde logo, que este artigo se aplica a órgãos de natureza política, o que não é o caso. Assim, os tribunais *ad hoc* serão órgãos criados pelo Conselho de Segurança, mas que, pela sua própria natureza, têm patamares mínimos de independência nas suas várias decisões. Não se pode dizer que os tribunais *ad hoc* estejam, em sentido estrito, ao serviço do Conselho de Segurança. O que se pode afirmar é a sua actuação complementar com

33 De acordo com a posição tomada por FLORENCE HARTMANN, *Bosnia*, in "War Crimes", organizado por Roy Gutman e David Rieff, Nova Iorque, 1999, pág. 50, a decisão de criação do tribunal internacional foi a única que se pode considerar como positiva durante todo o período do conflito na Bósnia Herzegovina.

34 Para uma descrição da actuação destes dois órgãos das Nações Unidas *vide* entre nós, JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público – I*, Lisboa, 1995, págs. 289-292.

vista a alcançar a paz e segurança internacionais, mas de acordo com indicadores de actuação totalmente distintos.

Com isto não pretendemos negar a existência de patamares em que o funcionamento dos tribunais dependa da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança ou do Secretário-Geral. Referimo-nos, nessa via, a elementos de natureza administrativa e financeira. O que não pode é confundir-se esta interdependência de natureza específica com a falta de imparcialidade do tribunal nas suas investigações, acusações e decisões. Logo, estes tribunais dependem, de facto, de um orçamento que lhe vem do exterior, mas isso em nada influencia as posições que vem a tomar. Ao continuar a análise comparativa entre o Tribunal de Nuremberga e os tribunais *ad hoc* entramos, agora, dentro de aspectos de natureza material, mais especificamente na tipologia dos crimes. Observaremos, então, quer o Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia, quer o idêntico documento que se aplica ao Tribunal para o Ruanda.

Tomaremos como ponto de partida o Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia, em que se salienta a determinação dos crimes logo no seu início. São considerados os casos de violações graves às Convenções de Genebra de 1949³⁵, as violações aos costumes e leis de guerra³⁶, o genocídio³⁷

35 “Artigo 2º do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia

O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas que cometerem ou derem ordens para cometer violações às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, nomeadamente os seguintes actos, dirigidos contra as pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

- a) O homicídio voluntário;
- b) A tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- c) O facto de causar intencionalmente grande sofrimento ou graves danos à integridade física ou à saúde;
- d) A destruição ou a apropriação de bens não justificadas por quaisquer necessidades militares ou executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária;
- e) O acto de compelir um prisioneiro de guerra ou um civil a servir nas forças armadas da potência inimiga;
- f) O acto de privar um prisioneiro de guerra ou um civil do seu direito a ser julgado de forma normal e imparcial;
- g) A expulsão ou a transferência ilegal de um civil ou a sua prisão ilegal;
- h) A tomada de civis como reféns”.

36 Esta categoria não está prevista enquanto tal no Estatuto do Tribunal para o Ruanda. Este apenas prevê: o genocídio (artigo 2º), os crimes contra a humanidade (artigo 3º), e as violações ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (artigo 4º).

37 “Artigo 4º do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia

1 – O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que tenham cometido genocídio, tal como está definido no nº 2 do presente artigo, ou qualquer dos actos mencionados no nº 3 do presente artigo.

e os crimes contra a humanidade³⁸. Por esta simples descrição pode, desde logo, notar-se que em relação a Nuremberga a tipologia dos crimes é distinta aparecendo como tipos autónomos as violações às Convenções de Genebra de 1948 e o genocídio. Este facto deve-se, fundamentalmente, à nova legislação de Direito Internacional Humanitário que surgiu como consequência, da Segunda Grande Guerra Mundial, como sejam as Convenções de Genebra, a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, ambas de 1948, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra de 1968, e o Projecto de “Cooperação Internacional respeitante à perseguição, à detenção, à extradição e ao castigo dos indivíduos culpados de crimes de guerra ou contra a humanidade”, aprovado pela Assembleia Geral em 1973.

Outro facto relevante é a não consideração, sob a forma de um tipo autónomo, dos crimes contra a paz. Parece que agora a atenção está mais virada para as atitudes tomadas durante o conflito, numa verdadeira assunção de que o indivíduo é o objecto principal do Direito Penal Internacional.

Dentro desta matéria não nos podemos esquecer da importância que um dos novos tipos de crime, o genocídio, vai assumindo e que se nota fundamentalmente na situação do Tribunal para o Ruanda. Ao analisar esta situação, com alguma facilidade se repara na importância que é concedida ao genocídio no Estatuto do Tribunal e no facto de o pedido de existência de um Tribunal para o Ruanda, feito pelo Governo deste Estado, ter na sua base a punição daqueles que o praticaram. Entre os

2 – Considera-se genocídio qualquer dos actos a seguir referidos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Submissão deliberada do grupo a condições de vida que conduzam à sua destruição física total ou parcial;
- d) Imposição de medidas tendentes a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência forçada de crianças de um grupo para o outro.

3 – Serão punidos os seguintes actos:

- a) Genocídio;
- b) Conspiração com vista ao genocídio;
- c) Incitamento directo e público ao genocídio;
- d) Tentativa de genocídio;
- e) Cumplicidade em actos de genocídio”.

38 Quanto a este tipo de crimes deve notar-se que, por vezes, é difícil a sua delimitação em relação aos restantes tipos, fundamentalmente em relação ao genocídio.

vários casos submetidos a este Tribunal destacaríamos dois: o de *Akayesu* e o de *Kamdanda*.

O primeiro foi acusado, em 13 de Fevereiro de 1996, pela prática de actos qualificados como genocídio, sob a forma de execução, incitamento e omissão de comportamentos. *Akayesu* que entre Abril de 1993 e Junho de 1994 foi Perfeito da comunidade de Taba, sujeitou-se a uma acusação relativa aos actos cometidos nessa mesma comunidade. Do ponto de vista material, as actuações deste indivíduo não podem ser consideradas como as mais intensas, na medida em que “apenas” participou directamente em quatro acções de tortura e três de homicídio. Mais grave é a sua relação com o que se passou na comunidade de Taba em que desapareceram dois mil Tutsis. Assim, o que se considerou como estando em causa foi a sua participação indirecta no genocídio, sob a forma de incitamento e omissão de medidas que pudessem precaver as atrocidades cometidas.

Também *Jean Kamdanda*, Primeiro Ministro do Ruanda entre 8 de Abril de 1994 e 17 de Julho de 1994, foi acusado de genocídio. Este último exemplo, foi entendido como mais claro, na medida em que o arguido, pela sua posição hierárquica, assumia uma ligação mais nítida com os factos passados no Ruanda. Deste modo, considerou-se que teria praticado incitamento às autoridades e população do Ruanda para que cometessem massacres, essencialmente através da propaganda contra os Tutsi; organizado determinadas operações, quer nas reuniões do Conselho de Ministros, quer em encontros com as autoridades locais; distribuído armas e organizado operações de bloqueio como meio de facilitar os massacres; e, omitido o seu dever de agir relativamente à protecção devida à população do Ruanda.

Decidimos descrever, de um modo muito sucinto, estas situações, na medida em que facilitaram o preenchimento do tipo legal do crime de genocídio, atendendo à gravidade dos danos e dolo especial com que foram cometidas. Por outro lado, ficou muito clara a necessidade de aplicar a figura da participação, incitamento e cumplicidade para poder julgar determinadas pessoas que aparentam grandes responsabilidades pela efectivação material do crime.

Nas situações que descrevemos anteriormente, os acusados são, respectivamente, um líder local e um outro nacional. Assim, ao contrário do que aconteceu em Nuremberga em que apenas podiam estar sujeitos a este tipo de jurisdição os altos responsáveis, nestes tribunais *ad hoc*, todo e qualquer suspeito de ter cometido violações às regras do Direito Interna-

cional Humanitário pode ser acusado, não se negando com isto que a posição que o acusado tem na hierarquia do Estado deixe de ter relevância³⁹.

Numa descrição dos tribunais *ad hoc* não se pode deixar de mencionar a competência que para os mesmos está prevista, fundamentalmente quanto aos planos espacial e temporal. A primeira está determinada na situação da ex-Jugoslávia para o território da antiga República Federal Socialista da Jugoslávia, e a segunda abarca, nesta situação, o período que começa a 1 de Janeiro de 1991 (artigo 8º do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia). Já quanto ao Tribunal para o Ruanda, a competência territorial abrange o território do Ruanda e o dos Estados vizinhos que se encontrem relacionados com violações graves cometidas por ruandeses e tem como limite temporal aquele que vai de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 1994⁴⁰.

Como se pode notar, a jurisdição do Tribunal para o Ruanda é bastante restrita, concluindo-se pela existência de um objectivo mais específico. Relativamente a esta matéria devemos ainda aplaudir a solução encontrada de se incluir, de forma expressa, a competência dos tribunais *ad hoc* reforçando, desse modo, a sua natureza própria⁴¹.

Também se assume, de um modo muito claro, que o tribunal existe para julgar indivíduos. Assim, fica ultrapassada a vertente organizacional que se notava no Tribunal de Nuremberga e aceita-se, como já tínhamos referido anteriormente, que o indivíduo é um sujeito de Direito Internacional⁴².

39 De acordo com ALICIA GIL GIL, ob. cit., pág. 54, o princípio da responsabilidade dos superiores hierárquicos não estava transposto num artigo da Carta do Tribunal Militar Internacional. Apesar disso foi aplicado pelas jurisdições nacionais que julgaram criminosos de guerra.

40 Além das diferenças que se podem notar pela leitura do texto, uma outra não pode ser esquecida. É a do local de funcionamento dos dois tribunais *ad hoc*. O Tribunal para a ex-Jugoslávia tem a sua sede em Haia; por sua vez o Tribunal para o Ruanda está sediado em Arusha, na Tanzânia. Sobre o local do Tribunal para a ex-Jugoslávia e possibilidade da sua alteração *vide* CHERIF BASSIOUNI, *The Law...*, ob. cit., pág. 209.

41 Com isto não pretendemos tomar a posição de que estes tribunais *ad hoc* bastam, pois o caminho tem de ser o de um Tribunal Penal Internacional de competências alargadas e de jurisdição obrigatória. Esta mesma posição encontra-se implicitamente aceite por NGUYEN QUOC DIHN; PATRICK DAILLER; ALAIN PELLET, *Droit International Public*, 6ª edição, Paris, 1999, págs. 686-687.

42 Esta vertente é notada por DIEGO LOPEZ GARRIDO, *La Repression de los Crimines Contra la Humanidad en el Derecho Internacional*, in “*Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*”, Valência, 2000, pág. 46. O autor considera que foi na segunda metade do século XX que se consolidou a ideia de responsabilidade individual no Direito Internacional.

Pode mesmo dizer-se que esta assunção corresponde a uma maior institucionalização do Direito Internacional, pois este passa, de uma forma efectiva, a defender os valores fundamentais de um ordenamento jurídico. Em jeito de conclusão, e quanto à posição do indivíduo como um sujeito de Direito Internacional, fica claro que este, essencialmente, tem de cumprir deveres que devem ser considerados básicos em qualquer ordem jurídica⁴³.

A evolução em causa também corresponde a uma certa autonomia do indivíduo enquanto tal e não como um mero agente estatal. Isto é, o sujeito pode ser punido enquanto agente público, mas também enquanto um sujeito que como tal pratica determinados actos. Assim, a tendência que cada vez mais se vai notando é a de abandonar a punição de um elemento ligado ao Estado, para se passar para o castigo infligido a um sujeito autónomo de Direito Internacional.

A crescente independência que se vai sentindo no Direito Internacional também traz problemas com elementos inovadores. Entre estes encontra-se o das relações entre a jurisdição internacional e as várias jurisdições internas que pode provocar um conflito positivo⁴⁴.

A solução que vigora para resolver esta questão é a da primazia dos tribunais internacionais, aplicando-se, no entanto, o princípio *non bis in idem*. De acordo com este princípio, tal como está expresso nos estatutos dos tribunais *ad hoc*, alguém que responde por determinados factos perante o Tribunal Internacional não poderá fazê-lo junto de jurisdições nacionais; já se for julgado anteriormente por estas poderá, em determinadas circunstâncias, ser chamado ao Tribunal Internacional⁴⁵.

43 Ideia presente em NGUYEN QUOC DIN; PATRICK DAILLER; ALAIN PELLET, ob. cit., pág. 670. Consideram então “...l'individu este aussi depuis longtemps, sujet immédiat d'un droit international sanctionnateur. Cette qualité n'est pas un privilège. Au lieu de lui conférer des droits, elle ne lui attribue que des devoirs...précisément la responsabilité pénale”.

44 Apesar desse conflito, não se deve esquecer que na base do aparecimento dos dois tribunais *ad hoc* esteve a incapacidade que os dois sistemas judiciais tinham para julgar os actos que tinham sido praticados. A exposição e desenvolvimento desta razão encontra-se em LOUISE ARBOUR, *Progress and Challenges in International Criminal Justice*, in “Fordham International Law Journal”, 1997, pág. 534.

45 “Artigo 10º do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia (*vide* o artigo 9º do Estatuto do Tribunal para o Ruanda)

2 – Qualquer pessoa que tenha sido julgada por uma jurisdição nacional por factos que constituam violações graves ao direito internacional humanitário só poderá responder, subsequentemente, perante o tribunal Internacional se:

a) O facto pelo que foi julgada tiver sido qualificado como crime de delito comum; ou

b) A jurisdição nacional não tiver actuado de forma imparcial ou independente, o processo nela instaurado visasse subtrair o acusado à sua responsabilidade penal internacional ou o processo não tiver sido diligentemente instruído”.

Ao observar estas soluções parece claro que o conceito de soberania não pode ser hoje entendido de modo absoluto⁴⁶. Isso nota-se na origem, natureza e modo de actuação destes tribunais. Na sua origem, pois nascem de um acto de uma entidade que não exerce poderes de soberania (ao contrário daquilo que aconteceu em Nuremberga). Na sua natureza, pois sendo tribunais internacionais acabam por ocupar um espaço que antes era um hipotético domínio das jurisdições nacionais. Por fim, pelo seu modo de actuação, pois impõe-se aos tribunais internos, chegando mesmo a requerer a sua colaboração.

De facto, a evolução do Direito Internacional é, neste campo, muito clara, sendo que grande parte dos problemas que se colocavam em 1945 hoje já estão totalmente resolvidos. A título de exemplo pode ver-se o que se passa a nível do princípio da legalidade. A forma como se colocava o problema das fontes do Direito Internacional Humanitário está hoje totalmente ultrapassada, sendo clara a aceitação do Direito Costumeiro, bem como de algumas fontes escritas.

No entanto, não nos esquecemos que muito é ainda o percurso a trilhar, como se pode notar por uma análise de natureza empírica destes tribunais. Tomemos como exemplo o Tribunal para a ex-Jugoslávia. Se se analisar a sua intervenção verifica-se que, apesar de existirem várias dezenas de acusações⁴⁷, ainda é diminuto o número de casos que está em vias de resolução. Poucos podem ser comparados com o *Tadic*, mas uma questão deve ser colocada: não será este também um problema que se vai sentindo a nível do Direito Interno? Parece-nos que sim, pelo que não se devem assumir como exclusivas da jurisdição internacional dificuldades que também sucedem no plano interno. Deste modo, pretendemos terminar frisando que foi nosso objectivo tornar nítido, nestas breves páginas, que a evolução e o aperfeiçoamento deste ramo do Direito é uma constante que não pode ser

46 Esta matéria é desenvolvida, em específico, para o caso da ex-Jugoslávia por ANNE BODLEY, *Weakening the Principle of Sovereignty in International Law: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in "Journal of International Law and Politics", vol. 31, págs. 468-471. Entende a autora que não é só o próprio tribunal de *per si* a causar este efeito, mas também o seu funcionamento em concreto leva a esta conclusão, como aliás é muito evidente na matéria das provas. Entre nós vide JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público Substituições e Aditamentos*, pág. 66, considera que o Direito Penal Internacional é "...um grau ainda mais intenso de protecção dos direitos do homem e de restrição dos poderes do Estado...".

47 Entre elas está a de Milosevic. Sobre a mesma vide MICHAEL SCHAT, *The Indictment of Slobodan Milosevic*, in "ASIL Insign" (<http://www.asil.org/insigh35.htm>), 1999, pág. 1.

omitida, devendo, pelo contrário, ser acompanhada de uma forma atenta.

III. CONCLUSÃO

O objectivo deste estudo foi o de clarificar que o Direito Penal Internacional tem sofrido, durante este século, uma evolução verdadeiramente notável. Este desenvolvimento tem como consequência imediata uma maior institucionalização por parte do Direito Internacional Geral.

Este assume hoje contornos totalmente distintos do que acontecia no início do século, como podemos verificar com a alteração do conceito de soberania, que cada vez mais é entendida num sentido relativo, e a aceitação, mais generalizada, do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Mas será que atingimos um ponto em que não é possível maiores desenvolvimentos?

A resposta é, obviamente, não. E essa direcção negativa assume contornos ainda mais marcados quando se está a referir um ramo do Direito que está em constante evolução, tendo na sua base uma comunidade em mutação incessante. Parece-nos, assim, que o Direito Internacional sofre um processo de aperfeiçoamento contínuo e que um dos factores que mais se tem sentido nos últimos anos é o da defesa de valores jurídicos fundamentais como aqueles que são defendidos pela sua vertente penal. Mas quais serão os próximos passos a dar em relação ao Direito Penal Internacional? A resposta passa pela efectivação do Tribunal Internacional Criminal⁴⁸. De todo o modo, não pretendemos negar que ainda se têm de ultrapassar importantes obstáculos (tais como, desde logo, os criados pelo votos negativos emitidos pelos Estados Unidos da América e pela China, dois dos membros permanentes do Conselho de Segurança) para que se possa alcançar uma aceitação generalizada daquele Tribunal. Assim, entendemos que ainda há muito a fazer.

Esta conclusão não leva porém a que se possa esquecer a evolução que este ramo do Direito foi sofrendo ao longo do século XX. Como vimos no

48 Sobre o Tribunal Internacional Criminal e a sua jurisdição, *vide* entre nós, ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Problemas de um Projecto de Criação de um Tribunal Internacional Criminal: as Pré-Condições para o Exercício da sua Jurisdição*, in "Revista Jurídica (Universidade Portucalense)", Porto, 1998, págs. 37 e ss.

início, a penalização dos indivíduos era meramente residual, depois foi estabelecida por tribunais internos que não cumpriam cabalmente as suas funções, mais tarde esteve na mão de tribunais de natureza militar, onde se sentia uma clara ideia de imposição aos vencidos, e por fim apareceram tribunais *ad hoc* com base em determinações do Conselho de Segurança, de natureza claramente internacional, mas que apenas se debruçam sobre casos específicos. Como se pode verificar foi existindo um aperfeiçoamento das formas utilizadas, o que nos leva a concluir que a evolução para modelos ainda mais completos será um dos temas debatidos no âmbito do Direito Internacional.

Mas, note-se, as alterações não se ficam por este plano de natureza formal, pois também a tipologia dos crimes foi ficando com contornos cada vez mais definidos, as fontes do Direito Humanitário mais claras, o âmbito das acusações alargado, e, por fim, a consciência jurídica cada vez mais alertada para a necessidade de punir os violadores das regras de Direito Humanitário.

Com este pequeno resumo pretendemos firmar a ideia da contínua mutação e aperfeiçoamento do Direito Internacional Penal. Sentimos, no entanto, a necessidade de relembrar, ainda, que no Direito Internacional Penal o caminho faz-se... caminhando.

Uma Nova Ordem Jurídica Internacional?

Novas do Sistema de Fontes.
Contributos do Direito Internacional
do Ambiente.

Mário João Fernandes

Assistente estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa

INTRODUÇÃO

O presente texto corresponde a uma tentativa de resposta à provocação lançada pela Revista *Nação e Defesa* em torno do aparecimento de uma *nova ordem jurídica internacional*. Como declaração de abertura das hostilidades cumpre constatar que a nova geopolítica internacional ainda não deu origem a uma nova ordem jurídica¹. Tal não significa que a ordem jurídica internacional existente possa ser considerada como capaz de satisfazer cabalmente as presentes necessidades da sociedade internacional ou, mais modestamente, que essa mesma ordem jurídica seja insusceptível de evoluir para um modelo significativamente diferente do actual. As necessidades são tão prementes que muitas foram as propostas de reforma, desde logo no seio da Organização das Nações Unidas². Recordemos as propostas de reforma do Conselho de Segurança, dos mecanismos de financiamento, de diminuição da estrutura burocrática e de consolidação das agências especializadas ou os trabalhos da Comissão de Direito Internacional em matéria de responsabilidade internacional dos Estados.

Para que se possa ter uma ideia dos condicionamentos impostos à ordem jurídica internacional convirá lembrar os vários sismos de fim de milénio que abalaram o mundo: queda do muro de Berlim, implosão da URSS e da Federação Jugoslava, alargamento da NATO, revolução das telecomunicações e generalização da informatização, globalização e contestação à globalização, união monetária europeia, despertar de uma consciência cívica ambiental à escala planetária, aparecimento de uma justiça penal internacional³, ... Não é certo que a velha ordem jurídica já tenha sido

1 Não estamos sequer perante o anúncio de uma nova ordem jurídica internacional num daqueles casos em que a nova ordem estaria ainda coberta com os fragmentos da velha ordem jurídica internacional.

2 Entre as muitas publicações que discutiram o futuro da ONU aquando da celebração do cinquentenário apontemos, a título de exemplo, duas do país vizinho: *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cinquentenario de su creación*, Fernando M. Mariño Menéndez, ed., Madrid, 1996 e *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Carlos Fernández de Casadevante e Francisco Javier Quel, eds., Barcelona, 1997.

3 Para além da criação pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas dos tribunais penais internacionais para a ex-Jugoslávia e Ruanda e da conclusão do Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional deve referir-se o efeito de contágio das jurisdições internas que fizeram muitas vezes apelo ao conceito de crimes contra a humanidade, baseando-se em instrumentos jurídicos internacionais, para perseguirem penalmente determinadas condutas.

vencida pela nova ordem dos factos. Estejamos consciente quanto ao fascínio e ao poder de atracção exercidos pela expressão *nova ordem*. No entanto, a história ensina-nos que esta expressão tem correspondido mais a um desejo do que a uma realidade palpável. Basta lembrar a evolução da *Nova Ordem Económica Internacional* para que sejamos prudentes em relação às anunciadas novas ordens jurídico-internacionais⁴.

Do ponto de vista das super-estruturas jurídicas verifica-se uma manutenção, ao nível planetário, do modelo onusino com os condicionamentos impostos pelo último conflito mundial. Deixo gostosamente para outros a discussão de quais serão os contornos da suposta *nova ordem jurídica internacional*. O propósito do presente texto será tão somente o de desenhar, com traço largo, as principais alterações do sistema de fontes associado ao direito internacional do ambiente.

A escolha deste ramo do direito internacional prende-se com aquela que se julga ser a sua natureza exemplar quanto à possibilidade de fornecer respostas aos novos desafios que se colocam à sociedade internacional⁵. O paralelismo dos desafios e das respostas está presente na multiplicação dos sujeitos de direito internacional, no aparecimento de novas fórmulas de responsabilização com delegação de competências em entidades privadas, na multiplicação de mecanismos institucionais internacionais de monitorização e controlo do cumprimento das obrigações, na insuficiência dos mecanismos tradicionais de solução jurisdicional de conflitos, baseados num contencioso de partes...

Quase todas as condicionantes apontadas têm implicações directas no sistema de fontes, razão pela qual julgamos ser possível formular, a partir do estudo daquele sistema, algumas conclusões que possam ser úteis para identificar as linhas de evolução do sistema de fontes do direito internacional público. A título de exemplo, enunciam-se algumas características do sistema de fontes do direito internacional do ambiente que se julga poderem ser replicadas por outros ramos do direito internacional: interpenetração entre o ordenamento jurídico internacional e os ordenamentos jurídicos internos, predomínio da *soft law*, estratificação do conteúdo obrigacional das convenções internacionais, associação en-

4 Cf. Mohammed Bedjaoui, *Para uma nova ordem económica internacional*, trad. port., Lisboa, 1980. Na perspectiva deste estudo merece destaque a crítica das fontes tradicionais do direito internacional, pp. 142 e ss.

5 Cf. Paulo Jorge Canelas de Castro, *Mutações e constâncias do direito internacional do ambiente*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 2, 1994, pp. 145 e ss.

tre os mecanismos da convenção quadro e o seu desenvolvimento por protocolos...

Resta fazer uma última referência ao estilo escolhido. Optou-se por um discurso mais fluído, evitando a tradição do discurso jus-académico e não hostilizando o público leitor desta revista. Este esforço implicou uma redução significativa das referências bibliográficas, remetidas para as notas de pé de página. Para não tornar o texto muito pesado estas foram reduzidas ao mínimo e correspondem a sugestões de aprofundamento de algumas questões abordadas no texto.

1. BREVE CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA DE FONTES NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

Não existindo na ordem jurídica internacional um mecanismo único de produção centralizada de normas jurídicas, não admira que também não seja possível encontrar um catálogo sistematizado de fontes que indique o seu elenco e hierarquia. Não obstante, é no seio da Organização das Nações Unidas, enquanto organização internacional que pretende ser, à escala universal, um arremedo de sociedade internacional juridificada que vamos encontrar um catálogo de fontes de direito internacional. O *locus classici* deste catálogo é o artº 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça⁶ que, para maior conveniência do leitor, se reproduz:

1. *O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:*
 - a) *As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;*
 - b) *O costume internacional, como prova de uma prática aceite como direito;*
 - c) *Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;*
 - d) *Com ressalva das disposições do artigo 59º, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.*
2. *A presente disposição não prejudicará a faculdade do Tribunal de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes assim convierem.*

6 Seguimos a tradução oficial para língua portuguesa, publicada no *Diário da República* I Série A de 22 de Maio de 1991.

Por comparação com um sistema de fontes de direito interno de matriz positivista, como é o caso do português, a grande diferença surge ao nível da inexistência de uma hierarquia de fontes de direito⁷. Tal resulta directamente da estrutura não centralizada de produção internacional de normas e que se traduz numa fungibilidade das fontes. Esta característica implica não só uma mútua capacidade revogatória como também uma possibilidade de vigência por via simbiótica. Assim, e exemplificando com as relações que se podem estabelecer entre as duas principais fontes tradicionais, o costume e a convenção, temos que estes se podem mutuamente revogar e que um pode determinar a vigência do outro. Neste segundo caso é possível que uma convenção que ainda não tenha entrado em vigor na ordem jurídica internacional seja aplicada, no todo ou em parte, por via consuetudinária, ou porque se limitou a codificar normas costumeiras previamente existentes, ou porque o seu conteúdo inovatório foi entretanto objecto de uma prática internacional que se desenvolveu posteriormente à codificação.

A inexistência de uma hierarquia de fontes de direito não significa que não se possa descortinar uma hierarquia entre normas jurídico-internacionais. Desde logo, e atendendo simplesmente às diferenças estruturais, há que reconhecer aos princípios gerais de direito internacional uma matriz genética que as meras normas de direito internacional não possuem. Assim, é possível fazer derivar dos princípios um conjunto de normas à semelhança do que acontece nos diversos ordenamentos jurídicos internos⁸. No entanto, dada a maior incompletude formal⁹ do ordenamento jurídico internacional, pelo menos por comparação com os ordenamentos jurídicos internos, o potencial normogenético dos princípios gerais de direito é muito significativo.

7 Tal não significa que os sistemas de fontes de direito interno, ainda que de matriz positivista, resolvam de forma concludente a questão da hierarquia. No caso português basta ter presente o macro-problema da posição hierárquica das diversas fontes de direito internacional no ordenamento jurídico interno em relação à Constituição, às leis de valor reforçado e aos actos legislativos ordinários. Cf. Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário à IV revisão constitucional*, Lisboa, 1999, nota 6 e ss. ao artigo 8º, pp. 54 e ss.

8 Cf. Clasu-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. port. da 2ª ed. alemã, Lisboa, 1989, pp. 76 e ss., referindo-se ao sistema como ordem de princípios gerais do Direito.

9 O apodo *formal* a esta incompletude pretende afastar uma incompletude *material* do ordenamento jurídico internacional. Esta última implicaria uma impossibilidade de integração de lacunas e seria a negação do potencial normogenético dos princípios gerais de direito.

A par desta relação de primazia, o direito internacional público oferece-nos duas outras possibilidades de hierarquização entre normas jurídicas. Uma é de matriz voluntarista e resulta da atribuição de uma valoração hierárquica a um determinado conjunto de normas. Este tipo de fenómeno pode resultar desde logo de uma relação lógico formal, à semelhança da que se estabelece entre uma convenção quadro e as convenções de desenvolvimento. Noutras circunstâncias é uma determinada convenção internacional que se auto atribui um posicionamento hierárquico particular¹⁰. A segunda possibilidade de estabelecimento de uma hierarquização entre normas de direito internacional resulta de uma valoração material das mesmas, identificando-as como normas *juris cogentis*. De acordo com a Convenção de Viena de 1969 sobre direito dos Tratados celebrados entre Estados, *uma norma imperativa de Direito Internacional geral é a que for aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de Direito Internacional geral com a mesma natureza*¹¹. A tarefa de identificação de uma norma como integrando o conceito de *jus cogens* acaba por recair sobre os tribunais internacionais, em particular o Tribunal Internacional de Justiça¹².

10 O princípio *pacta sunt servanda* associado à regra *lex posterior derogat prior* reduziria o problema a uma mera sucessão de normas no tempo. Por essa razão surgiram soluções como a do artigo 112º da carta da ONU: *No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta*. Já uma visão material do princípio *pacta sunt servanda* conduz a um resultado semelhante ao da cláusula formal de hierarquização: um Estado não pode, por virtude de uma vinculação posterior, deixar de cumprir o disposto numa convenção anterior a não ser que haja identidade de partes e de objecto da convenção.

11 Parte final do artigo 53º da Convenção. O texto pode ser encontrado no vol. 8 dos *International Legal Materials*, pp. 679 e ss. Portugal não é parte na Convenção que entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 27 de Janeiro de 1980. No entanto a mesma é-lhe aplicável na medida em que a maioria das disposições da Convenção são codificatórias de normas costumes gerais previamente existentes. Quanto ao regime jurídico do *jus cogens*, matéria identificada com o desenvolvimento do direito internacional e não já com a tarefa codificatória, é pacífico que adquiriu entretanto natureza consuetudinária geral.

12 Vale a pena tentar distinguir a vinculatividade resultante de um processo generalizado de normação e a inderrogabilidade do *jus cogens*. No primeiro caso a normação de tendência universal pode surgir por via consuetudinária ou por via convencional (atente-se na aplicação do direito da Carta a todos os Estados, sejam ou não membros da ONU) podendo o seu conteúdo ser revogado por qualquer uma das referidas fontes. Já as normas de *jus cogens* exigem uma identidade material da hierarquia para que possa haver revogação. Quer num quer noutro caso, surgem normas que podem ser aplicadas aos Estados independentemente da sua vontade ou mesmo contra a sua vontade. Ao arpejo da visão tradicional do sistema de fontes surgem convenções internacionais

O esforço de comparação entre o sistema de fontes do direito internacional e o do direito interno permite identificar uma outra diferença significativa: a não taxatividade do elenco internacional¹³. Com efeito, são várias as fontes reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência que escapam ao catálogo referido *supra*. Desde logo, encontramos os actos jurídicos unilaterais, quer dos Estados quer das organizações internacionais. Estes últimos revestem-se de particular importância quer no seio da Organização das Nações Unidas (resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral) quer ao nível das organizações regionais ou sectoriais cujos membros nelas delegaram as suas competências normativas dando origem a mecanismos de produção de direito derivado¹⁴. Também é possível encontrar mecanismos bilaterais de produção de direito derivado, em particular no domínio das comissões internacionais para a gestão de recursos comuns.

Mais problemático é o estatuto do direito proclamatório ou exortatório, conhecido como *soft law*. Sem anteciparmos o conteúdo do ponto 3 deste trabalho, valerá a pena referir a capacidade que certos dispositivos de *soft law* possuem para se integrarem nas fontes tradicionais de direito internacional, vendo-se qualificados como normas consuetudinárias ou como princípios gerais de direito internacional. Uma vez reconhecido tal estatuto, reconhecimento que resulta quase sempre de uma actividade jurisprudencial, está aberto o caminho para a sua integração em futuros textos convencionais.

que implicam obrigações para terceiros, ao mesmo que tempo que a margem de actuação do objector persistente sofre um estreitamento muito significativo. Cf. C. Tomuschat, *Obligations arising for States without or against their will*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1993, IV, tomo 241.

13 Também neste particular convirá ter presente que o modelo de sistema de fontes de direito interno surge, aquando da comparação com a matriz internacional, com um maior grau de perfeição do que o corresponde à realidade. Assim, e tomando mais uma vez como exemplo o direito português, basta lembrar as relações tensas que ainda subsistem entre o dispositivo constitucional e o artigo 2º do Código Civil. E mesmo na lógica intra-sistemática o conflito subsiste entre o sistema de actos normativos (artº 112º), o direito internacional (artº 8º) e as decisões dos tribunais dotadas de força obrigatória geral (artº 119º nº 1 g). Não só a sistemática e a hierarquia destas fontes suscitam dúvidas como também o elenco das mesmas está incompleto, desde logo ao nível das fontes de direito internacional recebidas pela Constituição (cf. Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, op. cit., nota 3 ao artº 112º, pp. 273 e ss. e nota 1 ao artº 8º, pp. 51 e ss.).

14 O fenómeno não se restringe ao caso tradicional da integração europeia. Também ao nível universal, em relação a determinados sectores de actividade, é possível encontrar produção de normas jurídicas vinculativas por via do direito derivado. Pensemos na Organização Marítima Internacional (IMO) e na Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO).

2. CONDICIONANTES DO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DO AMBIENTE

No momento presente não parecem subsistir quaisquer dúvidas quanto ao direito de cidade da matéria ambiental no ordenamento jurídico internacional, pelo que nos podemos concentrar no elenco das características do direito internacional público ambiental que mais directamente condicionam o seu sistema de fontes, sem necessidade de fundamentar a autonomia deste ramo do direito internacional¹⁵. Passada a fase da constatação da existência de uma realidade jurídica autónoma em matéria ambiental, a doutrina ocupa-se com a criação de uma dogmática jusambiental. Ao nível da taxonomia das fontes¹⁶, o esforço dogmático dá ainda os seus primeiros passos.

A primeira característica que deve ser apontada ao sistema de fontes do direito internacional do ambiente assenta na necessidade de rapidez na produção normativa. Essa rapidez deriva dos progressos técnicos e científicos que de forma continuada exigem a evolução do *corpus* normativo. Tal pressão traduz-se quer na necessidade de criação de novas normas como forma de reacção a novas ameaças ambientais, quer na necessidade de modificação de normas existentes por forma a promover a sua adequação a novas realidades.

Uma segunda característica do ordenamento jurídico-internacional do ambiente prende-se com o enfoque preventivo. Enquanto o direito internacional clássico está orientado para uma actuação *ex post factum*, *maxime* no domínio da responsabilidade internacional, o direito internacional do ambiente tem consciência de quão difícil pode ser a reconstituição natural¹⁷. Assim, o normativo ambiental tenta criar as condições adequadas à não produção do dano, estabelecendo um conjunto de obrigações procedi-

15 É exemplar a autonomização, por vez primeira, de um capítulo, o XIII, na 5ª e última edição dos *Principles of Public International Law* de Ian Brownlie, dedicado aos *Legal Aspects of the Protection of the Environment*. O autor reconhece a autonomia do objecto e dos regimes jurídicos embora lembre a importância do recurso aos mecanismos tradicionais do direito internacional geral como sejam os relativos à responsabilidade internacional.

16 Ver, por todos, Patricia Birnie e Alan Boyle, *International Law & the Environment*, Oxford, 1992, pp. 9 e ss.

17 *The Court is mindful that in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage.* Tribunal Internacional de Justiça, caso Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria versus Eslováquia), decisão de 25 de Setembro de 1997, §140º.

mentais que acautelem tal possibilidade, tendo presente um grau razoável de incerteza científica.

Uma terceira condicionante do sistema de fontes de direito internacional do ambiente já foi de alguma forma afluída na introdução deste texto e traduz-se na multiplicação de sujeitos de direito internacional envolvidos no processo de produção normativa. Este processo não se limita aos procedimentos formais de produção normativa, antes se alargando a procedimentos informais e a mecanismos de condicionamento da vontade dos sujeitos tradicionais¹⁸. À semelhança do que se passa com o procedimento legislativo das democracias contemporâneas uma mera leitura dos mecanismos da Constituição formal relativos à produção normativa dar-nos-á um retrato inacabado desse mesmo procedimento¹⁹. Reconhecendo a mudança de paradigma, em muitas organizações internacionais e nalgumas conferências diplomáticas, participam activamente organizações não governamentais cujas actividades ultrapassam em muito o tradicional estatuto de observadores. Também as empresas multinacionais que durante várias décadas foram criticadas pela sua intervenção nos assuntos internos de diversos Estados são hoje destinatárias de pressões em sentido inverso: pede-se-lhe uma intervenção activa junto dos decisores locais no sentido de promoverem o desenvolvimento sustentável.

Uma quarta condicionante do sistema de fontes resulta da assimilação da temática ambiental pelo discurso politicamente correcto. Este fenómeno de *esverdeamento* da actividade humana implica que, pelo menos nominalmente, todas as actividades tenham sido dotadas de uma adjectivação ambiental. A este esforço não escaparam os diversos ramos do Direito e, claro, o direito internacional²⁰.

18 O aparecimento de uma opinião pública à escala planetária resulta do cruzamento da globalização com a sociedade da informação e encontra no activismo ambiental um dos seus campos de eleição. As acções de *ecoterrorismo* são milimetricamente concebidas com propósitos de rentabilização mediática.

19 Nesse sentido, e com referência à *institucionalização de novas formas de representação*, cf. António Vitorino e Mário João de Brito Fernandes, *A representação da crise da política em Portugal*, in *Análise Social*, 154/155, pp. 278 e, com referência a *verdadeiros procedimentos de co-decisão ou de contratualização das fontes de Direito*, cf. Paulo Otero, *A democracia totalitária*, Lisboa, 2001, pp. 221 e ss.

20 Podemos seguir os passos mais significativos do processo de assimilação do discurso ambiental por parte de diversas organizações internacionais (Banco Mundial, OMC, Comunidades Europeias,...) na obra editada por Philip Sands, *Greening International Law*, Londres, 1993.

Uma quinta realidade situa-se ao nível da estrutura das normas ambientais onde são de assinalar algumas diferenças em relação ao direito internacional público dito clássico. Dada a dimensão evolutiva e a matriz preventiva que enformam o direito internacional do ambiente, surgem, a par das normas substantivas, normas de garantia que pressupõem a criação de mecanismos institucionais relativamente complexos. Quanto às normas de garantia podemos encontrar mecanismos relativos à aplicação e concretização das normas substantivas, mecanismos de controlo e de monitorização daquela aplicação e mecanismos de avaliação dos resultados da convenção. Os primeiros traduzem-se no estabelecimento de planos de acção calendarizados, muitas vezes com obrigações diferenciadas para os diversos Estados. Os mecanismos de controlo da aplicação são mais ou menos exigentes conforme o grau de integração obtido, variando entre um mínimo de obrigação de auto-declaração (relatórios periódicos) e um máximo de avaliação por organismos independentes. A avaliação de resultados representa o culminar do processo e tem presente uma dimensão auto-fágica no plano normativo. Muitas vezes o processo de avaliação implica uma modificação do quadro obrigacional com o estabelecimento de novas metas, superiores ou inferiores às que existiam consoante a avaliação que é feita. A análise das diversas convenções internacionais em matéria ambiental permite constatar que as obrigações de comportamento superam, em número, as obrigações de resultado. Tal facto é consequência não só da incerteza científica e da complexidade que rodeia muitos dos fenómenos ambientais como do enfoque na prevenção e cooperação internacionais, de que resulta o estabelecimento de um número significativo de obrigações procedimentais (informar, avaliar, estudar, notificar, negociar,...).

Dadas as especificidades apontadas assiste-se, em sede de direito internacional do ambiente, a uma maior especialização da produção normativa, através da constituição de organizações internacionais especializadas dedicadas a um bem jurídico ambiental ou a um recurso comum, dotadas de poderes para produzirem direito derivado que vincula as partes. Algumas das soluções institucionais aparecem como forma de deslocar para um momento futuro a tomada de determinadas decisões, politicamente importantes ou associadas a um grau de incerteza científica. A deslocação do centro de decisão das relações diplomáticas para comissões internacionais de natureza técnico-científica implica não só a superação dos tradicionais melindres associados a processos de delegação de

poderes soberanos como também uma aposta no desenvolvimento de um corpo normativo a partir do texto convencional.

A principal consequência do quadro traçado é maior informalidade do sistema de fontes do direito internacional do ambiente por comparação com o sistema de fontes tradicional. Maior informalidade significa que os mecanismos de criação, modificação e revelação do direito ambiental são mais dúcteis quer quanto à velocidade do procedimento normativo quer quanto ao nível hierárquico dos intervenientes, sendo frequentes as situações em que os Estados delegam em organizações internacionais de carácter técnico as suas competências normativas. Também devem ser assinaladas as situações em que o impulso *legiferante* parte de organizações não governamentais.

Em abono da verdade deverá ser recordado que muitas das características tradicionais do sistema de fontes do direito internacional geral também já foram de alguma forma erodidas pela roda do tempo. No ponto seguinte, em que se elencam os contributos do direito internacional do ambiente para o sistema de fontes, será possível constatar que algumas das novidades ou já foram entretanto incorporadas do *acquis* do direito internacional público geral ou são tomadas de empréstimo a outros ramos do direito internacional (com destaque para a protecção internacional dos direitos do homem).

A prova de que a tradição já não é o que era está presente na riqueza da discussão, em sede de sistema de fontes do direito internacional público geral, de um dos aspectos fundamentais do sistema de fontes do direito internacional do ambiente: o recurso a normas de *soft law*.

3. CONTRIBUTOS DO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DO AMBIENTE

Por uma questão de simplificação vamos seguir na exposição a ordem do catálogo de fontes enunciado pelo artigo 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, deixando para um segundo momento a análise das fontes que se encontram fora desse catálogo.

Principiemos pelas convenções internacionais. A proliferação de textos convencionais em matéria ambiental corresponde, à escala internacional, à crescente importância dos temas ambientais na agenda política. À semelhança do que se passa no ordenamento jurídico interno, com a

proliferação de normativos ambientais, também na ordem jurídica internacional a proliferação de convenções internacionais corresponde frequentemente a um nominalismo normativo capaz de aquietar as consciências e as opiniões públicas, proporcionando aos decisores políticos mais algum tempo de antena aquando dos momentos solenes do procedimento de vinculação. A este estado de coisas acresce a tramitação daquele procedimento, complexa e lenta²¹, permitindo aos Estados adiar por períodos de tempo muito significativos qualquer efectiva cedência de poder.

Também neste sector se faz sentir a pressão a favor da criação de regimes jurídicos tendencialmente universais. A generalização de regimes jurídicos sectoriais por via da proliferação de convenções multilaterais universais é uma novidade do período posterior à II Guerra Mundial e coincide com o esforço de criação de uma nova ordem jurídica internacional sob o manto institucional da Organização das Nações Unidas. No domínio do direito ambiental há boas razões para procurar soluções universais: os bens jurídicos ambientais não respeitam as fronteiras políticas, muitos dos problemas ambientais carecem de uma resposta à escala planetária e são frequentes os regimes de protecção ambiental que têm de acompanhar regimes jurídicos sectoriais previamente existentes à escala universal (lembremos o caso das distorções que as medidas de protecção ambiental podem trazer ao comércio internacional).

Na medida em que a matéria ambiental é sentida pelos Estados como uma restrição do núcleo duro da soberania, nomeadamente no que diz respeito ao elemento territorial, a negociação de convenções poderia traduzir-se na delimitação de um denominador comum sem qualquer conteúdo obrigacional útil.

Para combater este perigo várias soluções são possíveis. Em primeiro lugar, pode ser empregue uma fórmula tradicional, com recurso ao estabelecimento de uma convenção com um núcleo institucional e um dispositivo de obrigações adjectivas e procedimentais a que se seguem protocolos com obrigações substantivas. A vinculação a estes protocolos

21 O processo negocial de uma convenção internacional pode arrastar-se por vários anos, e as fases seguintes – assinatura, vinculação interna, depósito – podem ser ainda mais lentas. De qualquer das formas a entrada em vigor da convenção na ordem jurídica internacional pode demorar ainda mais alguns anos. Neste caso será necessário ter ainda em conta a possibilidade de esta entrada em vigor ter resultado das vinculações de um conjunto de Estados sem grande papel activo na matéria de que trata a convenção, tendo ficado de fora do processo de vinculação os Estados mais importantes.

não é obrigatória e permite a cada Estado escolher as obrigações a que se vincula. A multiplicação de vinculações tem normalmente o efeito de arrastamento em relação à maioria dos Estados. Esta técnica foi utilizada com êxito pelo Conselho da Europa em matéria de protecção dos direitos do homem, *maxime* com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem²² e os seus onze Protocolos Adicionais. O recurso aos protocolos adicionais permite remeter para estes os conteúdos obrigacionais específicos, em particular aqueles que são mais influenciados pelo progresso técnicos e científicos. Uma forma de flexibilizar os conteúdos obrigacionais traduz-se na aprovação dos protocolos por mecanismos mais expeditos, seja pela sua transformação em direito derivado de organizações internacionais seja pelo recurso à aprovação tácita²³.

Uma outra modalidade de diferenciação dos regimes obrigacionais resulta da possibilidade de cada Estado poder escolher quais as obrigações a que se vincula, estabelecendo a convenção um número mínimo de obrigações a que todas as partes devem estar vinculadas²⁴. Este mecanismo tem sido frequentemente utilizado pela Organização Internacional do Trabalho.

Também é frequente em matéria de convenções internacionais dedicadas ao ambiente a diferenciação de obrigações com base nos indicadores ambientais fornecidos por cada Estado²⁵. Tal significa que os objectivos ambientais a serem prosseguidos não são generalizados, isto é, não há um objectivo único e comum a todos os Estados, expresso num modelo quantitativo. Pelo contrário, são definidas metas percentuais calendarizadas a partir da realidade de cada Estado.

Como resulta claro da própria génese do direito ambiental – a necessidade de combater à escala universal as ameaças a bens jurídicos que não estão limitados por fronteiras políticas – a diferenciação dos regimes obrigacionais pode traduzir-se na ineficácia dos regimes jurídicos cria-

22 Seguimos a denominação comum. A *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* foi concluída em Roma em 4 de Novembro de 1950. A vinculação portuguesa resultou da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

23 Neste caso apenas releva a manifestação de vontade negativa por parte do Estado: decorrido um determinado prazo apenas não estarão vinculados pelo novo protocolo os Estados que expressamente manifestaram a sua vontade de não integrar o protocolo.

24 A fórmula do *opting out* tem sido empregue até em processos de integração económica como foi o caso da união monetária europeia.

25 O desenho dos indicadores ambientais implica uma definição prévia dos *ecostandards* e dos procedimentos técnicos e científicos para a sua avaliação.

dos. Por esta razão, a diferenciação de obrigações deve ser acompanhada por mecanismos que estimulem a sua progressiva desapareição. No entanto, o regime de diferenciação de obrigações ganhou um novo alento no campo ambiental com o ressurgir de um tópico argumentativo que remonta aos alvares da *Nova Ordem Económica Internacional*: o estabelecimento de uma discriminação positiva a favor dos países em vias de desenvolvimento. Esta discriminação traduzir-se-ia na fixação de objectivos ambientais menos exigentes por forma a possibilitar o desenvolvimento económico dos países em causa. Uma outra causa eficiente do processo de diferenciação assenta na desconfiança com que é vista por estes países qualquer tentativa de cercear o exercício da sua soberania sobre recursos naturais em nome da preservação ambiental. O discurso anti-poliuição e o discurso preservacionista tendem a ser ouvidos como uma condenação ao subdesenvolvimento.

Para lá da questão do estabelecimento de denominadores comuns de geometria variável, que resultam da intersecção de vários grupos de obrigações, o direito convencional do ambiente tem que fazer face à necessidade de contínua actualização dos normativos. Por essa razão, as obrigações de natureza procedimental (avaliação, monitorização, estudo, notificação, troca de informação,...), cujo cumprimento pode conduzir à alteração das obrigações substantivas assumem um papel dominante na arquitectura das convenções internacionais em matéria ambiental.

Uma outra possibilidade de progressivo desenvolvimento do direito internacional público do ambiente assenta na aplicação a título provisório de convenções que ainda não entraram em vigor na ordem jurídica internacional²⁶. Esta antecipação da aplicação, se feita por Estados relevantes, acaba por ter um efeito de aceleração da actualização do normativo ambiental. Poderíamos parodiar um célebre *slogan* publicitário para lembrarmos que *o costume internacional já não é o que era*. Com efeito, ao sopesarmos os elementos tradicionais, constatamos que o elemento material tende a ser ultrapassado pela *opinio juris*. Ao mesmo tempo, a tradicionalmente exigida *generalidade da prática* confunde-se com a prática de alguns dos sujeitos mais significativos em cada sector de actividade. O elemento de duração do costume está também em crise, ultrapassado pelo advento das tecnologias da informação.

²⁶ O artigo 25º da Convenção de Viena sobre direito dos tratados prevê a possibilidade de aplicação a título provisório.

A necessidade de encontrar rapidamente os instrumentos necessários para a protecção jurídico-internacional do ambiente faz com que o costume seja o desejado denominador comum entre a multiplicação de fontes. São muitas as reivindicações da natureza consuetudinária por parte de determinadas normas de direito internacional do ambiente. Em última análise, e ainda antes do trabalho de codificação por via convencional, acabarão por ser os tribunais internacionais a consagrar este esforço de desenvolvimento do direito internacional. Prudentemente, os tribunais internacionais vão reconhecendo, não perdendo de vista os afloramentos presentes noutras fontes, a dimensão consuetudinária a um conjunto de princípios fundamentais: proibição de causar danos ambientais transfronteiriços, princípio precautório, desenvolvimento sustentável, responsabilidade pelos danos ao ambiente, obrigação de cooperar em matéria de gestão de recursos comuns...

Algumas das características do costume contribuem sobremaneira para a sua popularidade no tratamento dos problemas ambientais. O costume dispensa o envolvimento em processos formais de aceitação e permite a existência de um grupo mobilizador que permita o rápido surgimento de um novo regime jurídico²⁷. O costume acaba por funcionar como catalisador da normatividade presente em diversas fontes²⁸, apresentando-se como a guarda avançada de futuras convenções internacionais. Na actualidade, o estatuto dos *princípios gerais de direito* dispensa qualquer referência à civilização das Nações, dada como adquirida pela sociedade internacional contemporânea. Não obstante, continua a ser particularmente difícil identificar quais são os princípios gerais de direito internacional. Podem ser equacionadas várias hipóteses de trabalho, desde o critério do denominador comum que implica um estudo aturado dos vários ordenamentos jurídicos internos, até ao reconhecimento da dimensão auto-proclamatória de determinados instrumentos de direito

27 A pré-história do costume, quando não corresponda ao preenchimento de uma lacuna, implica um acto ilícito fundacional, dirigido contra uma outra norma costumeira ou contra uma norma convencional. Lembremo-nos o que aconteceu, em sede de direito do mar, com progressivo alargamento da jurisdição dos Estados costeiros (*creeping jurisdiction*). Porque razão os actos originariamente ilícitos de alguns Estados da América do Sul acabaram por dar origem à generalização da Zona Económica Exclusiva ao passo que a reivindicação do Canadá de alargamento dessa mesma zona para efeitos de protecção ambiental (ainda) não encontrou um apoio generalizado na sociedade internacional?

28 Veja-se a demonstração por José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, 1999, pp. 47 e ss.

internacional²⁹, passando pelo reconhecimento, de acordo com os *travaux préparatoires* do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, da consagração dos princípios gerais de direito internacional como fonte material capaz de evitar o *non liquet*. A prática recente do Tribunal Internacional de Justiça aponta para um equilíbrio entre a discricionariedade do reconhecimento normativo que a referência aos princípios de direito internacional lhe permite e um esforço determinado de dobragem dos referidos princípios por outras fontes de direito internacional, com destaque para o costume. Não deixando de contribuir para o reforço da tarefa do Tribunal no desenvolvimento do direito internacional, os princípios gerais de direito acabam por ser o denominador comum de uma determinada norma presente, ainda que de forma discreta, em diversas fontes de direito internacional. Uma outra possibilidade resulta da utilização dos princípios gerais de direito como instrumento para uma interpretação actualista de determinadas convenções³⁰.

Apesar de o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça conter, em sede de artigo 59º, uma proibição expressa do precedente, verifica-se que o Tribunal se esforça por consolidar a sua jurisprudência, com frequentes referências a decisões anteriores³¹ e a decisões do Tribunal Permanente de

29 Atentemos da *Declaração de princípios de direito internacional que devem governar as relações amistosas e de cooperação entre os Estados*, de acordo com a Carta das Nações Unidas, aprovada pela resolução da Assembleia Geral da ONU n° 2625 (XXV 1970) em 24 de Outubro de 1970 ou, no domínio do direito internacional do ambiente, a *Carta mundial para a natureza*, aprovada pela resolução da Assembleia Geral da ONU n° 37/7 (1982).

30 Embora esta leitura actualista seja acusada de conduzir a uma revisão encapuçada dos tratados, vale a pena transcrever a parte final do §140 da decisão do Tribunal Internacional de Justiça no caso *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungria versus Eslováquia) de 25 de Setembro de 1997: *Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind – for present and future generations – of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development. For the purpose of the present case, this means that the Parties together should look afresh at the effects on the environment of the operation of the Gabcikovo power plant.* O §112 desta decisão também merece referência.

31 As referências a decisões prévias vão não só no sentido da sua confirmação como no de justificar qualquer possível divergência com uma decisão anterior, com recurso à técnica do *distínguio*. Para um exemplo da primeira situação atente-se no §112 do caso *Gabcikovo-Nagymaros* em que se cita o §29 do parecer do Tribunal sobre a *legalidade do uso ou da ameaça de uso de armas nucleares*: *the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn.*

Justiça Internacional bem como a decisões de tribunais arbitrais³². Já as referências às decisões de tribunais internos são bem menos frequentes e surgem como elemento de prova da existência de determinados princípios gerais de direito. No entanto e no campo do direito internacional do ambiente que se refira à gestão e partilha de recursos comuns será razoável o recurso à analogia com as decisões de tribunais de Estados complexos que se tenham ocupado de questões semelhantes. Em todos os tribunais colectivos a decisão acaba por ser a expressão de um denominador comum entre as opiniões dos diversos membros. Em matéria de direito ambiental é frequente encontrar nas declarações de voto ou nos votos de vencido posições francamente mais favoráveis a uma tutela ambiental, indicando, à semelhança do que aconteceu no passado, que a minoria de hoje será, provavelmente, a maioria de amanhã³³.

A doutrina dos publicistas mais qualificados sofre dos efeitos da proliferação de publicistas e da multiplicação das restantes fontes. Com efeito, a comunidade epistemológica do direito internacional multiplicou-se e a sua produção passou a estar disponível muito mais depressa. Assim, o grau de notoriedade associado a um determinado conjunto de autores foi diminuindo à medida que os elementos desta comunidade se multiplicavam³⁴. Competindo o reconhecimento da *qualificação dos publicistas* aos tribunais internacionais, verifica-se um extremo cuidado

32 Apesar de ter ainda uma actividade reduzida, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, criado ao abrigo da Convenção de Montego Bay, enquanto tribunal permanente e dada a importância da parte XII da Convenção de Montego Bay, dedicada à protecção do meio marinho, está em condições de fornecer um importante contributo jurisprudencial para o desenvolvimento do direito internacional do ambiente. Na sua primeira decisão em matéria ambiental (*Southern Bluefin Tuna*, Nova Zelândia *versus* Japão e Austrália *versus* Japão, decisão de 27 de Agosto de 1999 relativa a medidas provisórias) o Tribunal do Mar terá adoptado no §77 uma posição favorável ao princípio precautório: *Considering that, in the view of the Tribunal, the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna*. A discussão desta decisão pode ser encontrada no volume 10 do *Yearbook of International Environmental Law*, pp. 3 e ss.

33 É o caso, em sede de Tribunal Internacional de Justiça, do juiz Weeramantry que apresenta, na parte final da sua declaração de voto no caso *Gabcikovo-Nagymaros*, uma posição crítica em relação à compatibilidade entre a tutela de direitos *erga omnes*, como seriam os direitos ambientais, e o contencioso de partes.

34 Lembremo-nos da influência, no direito internacional do mar, da obra de Gilbert Gidel, *Le droit international public de la mer* (Paris, 1934-35, 2 vols.) ou, no âmbito do direito administrativo português, de Marcello Caetano e do seu *Manual de Direito Administrativo*, ambos quase reconduzidos à natureza de fontes primárias.

por parte do Tribunal Internacional de Justiça em citar a doutrina contemporânea³⁵. A multiplicação de fontes acaba por conduzir igualmente a uma diminuição do papel da doutrina para lá da actividade de divulgação do conhecimento e de elaboração dogmática. Uma excepção a esta tendência encontra-se nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, quer na discussão de projectos de convenção, quer no comentário aos mesmos.

No domínio do direito internacional do ambiente surge um conjunto de actos que escapam por completo ao catálogo tradicional das fontes de direito internacional público. Mesmo quando procedemos a uma actualização do catálogo do artigo 38º do estatuto do Tribunal Internacional de Justiça em direcção à consagração dos actos jurídicos unilaterais, quer dos Estados quer das organizações internacionais é difícil situar as recomendações, os pareceres, as declarações, os códigos de conduta, os relatórios de peritos e toda uma panóplia de instrumentos cuja natureza normativa é contestada. Os critérios tradicionais para a atribuição do carácter normativo centravam-se na possibilidade de a suposta norma poder vir a ser aplicada por um tribunal que atribuisse uma responsabilidade com base na sua violação. O carácter normativo confundir-se-ia com a aplicabilidade por via jurisdicional. Esta visão clássica da normatividade deve ser compaginada com a existência, em qualquer ramo de direito, quer interno, quer internacional, de várias categorias de normas que não correspondem ao modelo tradicional, nomeadamente as normas técnicas ou classificatórias e as normas imperfeitas. A identificação do direito do ambiente como um direito simbólico³⁶ reforça, também aqui, a natureza proclamatória e exortativa de muitos dispositivos pelo que a aferição da natureza normativa deverá fazer apelo a critérios mais flexíveis.

De qualquer das formas, a *soft law* possui a capacidade de se metamorfosear, dando origem a normas que podem ser reconduzidas às fontes tradicionais de direito internacional. São abundantes os exemplos de codificação por via convencional de dispositivos que principiaram por ser qualificados como *soft law*, como também são frequentes as reivindi-

35 De alguma forma, e em particular nas matérias ambientais, ao activismo da doutrina opõe-se a prudência do Tribunal Internacional de Justiça.

36 Cf., no domínio mais tradicional do princípio da legalidade, Paulo Mendes, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa, 2000, pp. 31 referindo-se aos *inconvenientes do direito penal simbólico*.

cações da natureza consuetudinária de dispositivos identificados com a *soft law*.

É precisamente esta natureza *transgénica* que torna a *soft law* tão apelativa para os diversos utilizadores. Do ponto de vista dos Estados, a *soft law* não se traduz em qualquer ameaça à soberania, na medida em que lhe não atribuem qualquer força vinculativa. Assim sendo, os Estados acabam por consagrar nos textos de *soft law* posições que não estariam dispostos a aceitar num texto convencional. Para os activistas do desenvolvimento das normas de direito internacional do ambiente, a *soft law* é vista como um primeiro passo para a recondução dos compromissos obtidos às fontes tradicionais de direito internacional público.

Esta natureza híbrida, que permite à *soft law* funcionar como cavalo de Tróia de novos conteúdos para forçar a entrada na cidade fortificada das fontes tradicionais, pode fomentar alguma discricionariedade por parte dos órgãos jurisdicionais que tenham de se pronunciar quanto à natureza de dispositivos de *soft law*. Adivinham-se críticas semelhantes às que a escola positivista formulou ao elemento psicológico do costume, considerado um factor de discricionariedade por parte do juiz aquando do momento de reconhecimento da natureza consuetudinária de certas normas³⁷.

CONCLUSÕES

Sem o intuito de promover uma solução absolutamente generalizadora, podemos afirmar que no sistema de fontes de direito internacional do ambiente se encontram soluções que facilmente poderão vir a ser replicadas por outros ramos do direito internacional, podendo até ambicionar a consagração no sistema de fontes do direito internacional geral. O direito internacional do ambiente, dada a sua relativa juventude, acaba por funcionar como cadinho de instrumentos jurídicos, indo beber a outros ramos do direito internacional público, com destaque para a protecção internacional dos direitos do homem e o direito internacional económico.

37 Ao resolver os litígios que lhes são apresentados, os tribunais internacionais devem aplicar o direito internacional existente. Mas se todos temos presente que o Direito só existe verdadeiramente quando é aplicado por um tribunal, devemos ter consciência de que este *sopro de vida* é francamente mais poderoso no campo do direito internacional, onde o dizer o Direito implica uma actividade criativa muito mais intensa do que aquela que é levada a cabo na ordem jurídica interna.

Não deixa de ser curioso que depois de realizada a *ambientalização* de tais normas seja a partir do direito internacional público do ambiente que as mesmas são replicadas³⁸.

Também os ordenamentos jurídicos internos são contribuintes líquidos para os institutos do direito internacional do ambiente. Neste particular merecem destaque os Estados cujos ordenamentos jurídicos internos consagram soluções mais avançadas e também os Estados complexos, em que os conflitos entre os diversos ordenamentos jurídicos internos fornecem soluções que podem ser transpostas para o direito internacional do ambiente. A primeira situação apontada neste parágrafo tem sido vivida pelo direito comunitário com a frequente comunitarização das soluções do direito ambiental de determinados Estados-membros, com destaque para as soluções da República Federal da Alemanha. A segunda das situações elencadas tem permitido recorrer a soluções de direito interno, em geral decisões de tribunais federais e de tribunais superiores, em matéria de partilha, gestão e conservação de recursos comuns.

O contributo do direito internacional privado para o sistema de fontes do direito internacional do ambiente verifica-se a dois níveis. Ao nível estritamente interno as normas de conflitos de cada Estado podem servir de critério de decisão em relação a recursos naturais partilhados ou como critério de atribuição da responsabilidade em caso de danos ambientais transfronteiriços. Por outro lado, tem-se verificado um aumento constante do número de convenções internacionais que estabelecem um conjunto de normas de conflitos comuns aos Estados partes. Em ambos os casos o recurso a soluções de direito internacional privado permite evitar o recurso ao direito internacional público clássico e afastar a negociação por via diplomática e os melindres associados à responsabilização directa dos Estados. Por esta via torna-se possível ao particular responsabilizar outro particular estrangeiro ou até a administração do Estado vizinho. O novo direito internacional permite reconhecer um papel activo aos indivíduos nas relações com o Estado e nas relações entre si, sem discrimi-

38 Os fenómenos de migração entre ordenamentos jurídicos nem sempre seguem as soluções da geometria do espaço. Talvez pudéssemos referir-nos a uma geometria do tempo, a uma geometria da oportunidade para a replicação de uma determinada fórmula jurídica. Este fenómeno não só não é novo como nem sequer é exclusivo do direito internacional público. Basta lembrar a migração de soluções entre famílias constitucionais. No caso português, a primeira constituição republicana acolheu um conjunto de soluções da matriz constitucional dos Estados Unidos da América por via indirecta, com recurso ao texto constitucional brasileiro de 1891.

nação em função da nacionalidade. O alargamento do *locus standi* em sede de direito internacional privado implica não só o acesso do cidadão estrangeiro à justiça ambiental dos Estados vizinho como uma abertura ao activismo das organizações não governamentais que decidam patrocinar algumas causas cujos julgamentos possam funcionar como pedagogia do exemplo.

Ao nível das fontes tradicionais do direito internacional público assistimos, em matéria de direito internacional do ambiente, a um crescimento exponencial do número de convenções, ao aparecimento de um número significativo de normas de matriz consuetudinária e à sistematização de um acervo de princípios gerais de direito internacional do ambiente. Estas duas últimas categorias de fontes beneficiam do trabalho de elaboração dogmática da doutrina e que, com diversos graus de sucesso, vem ser reconhecido pelos tribunais internacionais. Mais do que trabalhar com o catálogo tradicional de fontes, o direito internacional do ambiente caracteriza-se por uma estrutura obrigacional própria, com destaque para as obrigações de conduta, de natureza procedimental. Também merece destaque o número significativo de normas de direito internacional do ambiente que surgem por via do direito derivado de organizações internacionais, num reconhecimento da dificuldade de cristalização convencional dos normativos ambientais.

Embora não se tenha ainda assumido como fonte autónoma, sendo necessário que os seus conteúdos sejam dobrados por fontes tradicionais (costume, convenções, princípios de direito internacional) a *soft law* veio para ficar e contribui decisivamente para uma aceleração da produção normativa.

Como prognose das evoluções do sistema de fontes de direito internacional do ambiente fica a aposta numa mudança de perspectiva. Julgamos que os próximos desenvolvimentos se verificarão não já ao nível do acervo de normas substantivas e procedimentais mas ao nível dos mecanismos de responsabilização. Os actuais mecanismos de solução de conflitos, em particular os de matriz jurisdicional estão vocacionados para fazer face a um contencioso de partes, dificilmente compatível com a tutela de bens jurídicos ambientais.

Variações sobre a Nova Sociedade Civil Mundial

ONG's Internacionais: um Sujeito sem Personalidade...?

Ana Luisa Riquito

Assistente Estagiária da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I) O TEATRO MUNDIAL, AS TRAGÉDIAS LOCAIS E AS PERSONAGENS DO ENREDO

À (quase nostradâmica) escatologia do Estado¹, que, em epitáfio, acompanhou a morte do milénio, sucede-se agora, na novelíssima era da “compressão do espaço”² a apologia das “constelações pós-nacionais”³... Unanimemente saudadas como a primeva expressão orgânica de uma almejada “*civitas*” global, o processo de avocação de competências que inevitavelmente implicam, acaba por engendrar, quase paradoxalmente, entre elas e o recém-nascido *homo sapiens globus*, um novo “vácuo institucional”. É certo que, doravante *on line*, em ecuménica comunhão de interesses e valores com o seu semelhante de outras latitudes, o indivíduo-átomo encontra, em rede, o seu papel de personagem activa no teatro do mundo... Porém, e sem que a imediaticidade da comunicação o deixe alhear-se das grandes causas ou das pequenas tragédias terrenas, a ausência de um processo discursivo democrático próprio junto das grandes instâncias internacionais⁴, impede-o de, *per se*, influenciar decisivamente o decurso da intriga planetária.

Por isso surgem (e proliferam), sob o auto-mandato de realizarem a “incorporação do protesto”⁵, as novas formas organizatórias da emancipação⁶ dos indivíduos, de entre as quais se destacam, pela sua mobilidade no xadrez do espaço transnacional, as Organizações Não-Governamentais

1 E que gerou profusa literatura, quase toda em tom de “despedida”, anunciando, se não a extinção do mesmo, ao menos o seu “declínio” ou “erosão”; veja-se, a título de exemplo, MARTIN, Albrow, *Abschied vom nationalstaat. Staat und gesellschaft im Globalen Zeitalter*, DITTGEN, Herbert, “Grenzen im Zeitalter der Globalisierung. Überlegungen zur These vom Ende des Nationalstaates”, in *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 1999, pp. 3-26, HORSMAN, Matthew e MARSHALL, Andrew, *After the nation-state*, 1994, OHMAE, Kenichi, *The End of the Nation State*, 1995.

2 A expressão é o pressuposto sociológico básico do já célebre estudo de HARVEY, David, *The Condition of Postmodernity: an inquiry into the origins of cultural change*, 1989.

3 HABERMAS, Jürgen, *Die Postnationale Konstellation*, Frankfurt a. M., 1998.

4 Encontrar formas “globalizadas” para o contrato social será o seu grande desafio do futuro: FRANCK, Thomas, “Community based on Autonomy”, in *Politics, Values and Functions, Essays in Honour of Louis Henkin*, pp. 43-64 e, no âmbito das Comunidades Europeias, o pensamento de WEILER, Joseph, expresso, p. ex., em “Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the german Maastricht Decision”, in *EURLJ* 219, 1995.

5 Que Eisenstadt identifica como um dos mais importantes desafios aos “regimes democráticos”, EISENSTADT, S.N., “Os Regimes Democráticos: Fragilidade, Continuidade e Transformabilidade”, pp. 70 e ss.

6 SOUSA SANTOS, Boaventura, *A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da Experiência*, por exemplo a páginas. 100 e ss.

Internacionais. Tal foi a capacidade que demonstraram de capitalizar em seu benefício a transição da era da *realpolitik* para a da *mediapolitik*, que aparecem hoje como os principais agentes de uma autêntica “revolução associativa global”⁷, inspirada pela divisa *think globally, act locally*.

É virtualmente impossível definir um perfil monolítico para este personagem... A natureza poliédrica do sujeito fenomenológico que o *nomen* visa designar não se deixa apresar dentro dos limites de uma categoria taxonómica rígida⁸. Para mais, aqui, o rótulo, não sendo propriamente deceptivo, só não causa estranheza, por força da habituação do ouvido... Na verdade, como em tantos outros neologismos de origem anglo-saxónica, a matriz foi importada em tradução directa, sem se ter cuidado do específico significado jurídico e político-constitucional que “governamental” encerra em língua portuguesa. Mais correctamente, se deveria ter rejeitado o estrangeirismo, adoptando a fórmula: “Organização Não-Estadual”.

Um esboço muito imperfeito de um conceito parece justamente apontar, ainda que pela negativa, como primeira nota característica destas instituições, a da sua “não-estadualidade”. A esta, é pacífico acrescentar-se uma segunda: a da não-lucratividade do seu escopo ou benevolência da actividade desenvolvida. Traços distintivos que, ainda quando combinados, deixam adivinhar a avassaladora diversidade de figuras anarquicamente agrupadas sob um termo comum... e se revelam quase sempre imprestáveis para o esclarecimento de eventuais dúvidas quanto à subsunção ao “conceito” de figuras mais atípicas: por exemplo, poderá a (o esquisso de) definição abarcar um partido político? E uma organização que é total ou parcialmente financiada pelo Estado, embora a sua composição seja privada? Que dizer daquelas organizações que, não obstante não visarem um *surplus* reditício, desenvolvem subsidiariamente actividades comerciais, como meio de financiar os seus custos de funcionamento?

7 SALAMON, L. M., “The Rise of the nonprofit sector”, *Foreign Affairs*, 73 (1994), 109.

8 As dificuldades em desenhar um conceito são notadas e sempre comentadas na literatura dedicada ao tema. Especialmente eloquentes a este propósito, porém, foram, em dado momento, os malogrados esforços das próprias Nações Unidas para “pôr ordem” no universo, então caótico, de O NG’s, candidatas ao estatuto consultivo junto do Conselho Económico e Social; v. *General Review of Arrangement Consultations with Non-Governmental Organisations (Report of the Secretary-General)*, UN. Doc E/AC.70/1994/5, de 26 de Maio de 1994, § 9.

A resposta a estas questões era, até há pouco tempo, uma variável quase exclusivamente dependente do direito interno do país de origem da “criatura” em causa. É que, não obstante a re-transição da era da “sedentaridade” para a da “nomadização” em matéria de “reconhecimento” da “pessoa”, estas “pessoas jurídicas”, tal como as humanas, vêm ser-lhes atribuída uma nacionalidade: a do Estado com o qual celebram os chamados “acordos de sede” e onde estabelecem o centro principal de coordenação de toda a sua actividade. Por isso, elas estavam essencialmente sujeitas ao regime de direito interno do país ao qual se ligam por esse vínculo de pertinência jurídico-política⁹, e que, naturalmente, tende a espelhar a “cultura organizativa” própria e específica do seu sector voluntário¹⁰.

(Aliás, o seu surgimento fica ainda sujeito ao reconhecimento, em cada Estado, de uma efectiva liberdade de expressão e associação¹¹. O estatuto das ONG's e a capacidade prática de que gozam para desenvolver a sua actividade, livres de constrições governamentais e outras peias, de índole burocrático-administrativa, permite aquilatar – será mesmo, a par da regulamentação dos “media”, o fiel mais adequado – da qualidade do exercício activo, em cada sociedade, da “publicidade crítica”, requerida pela dialogicidade matricialmente inerente ao princípio democrático. Daí que, onde aquelas liberdades estão formalmente ausentes ou são empiricamente denegadas, surjam, não raras vezes, engendradas pelo maquiavelismo ou pelo simples *marketing* institucional de regimes “musculados” em busca de uma falsa aparência pluralista legitimadora, ONG's patrocinadas, *hoc sensu*, pelo Estado¹²).

Os particularismos resultantes do carácter nacional do “registo de nascimento” das ONG's, porém, não tornam impossível identificar duas grandes famílias de sistemas de regulação da actividade filantrópica

9 Voltaremos a este ponto desenvolvidamente em *infra* V.

10 Como revela o estudo de SALAMON, Lester M. e ANHEIER, Helmut K., “Towards an understanding of the non-profit sector”, *Comparative Nonprofit Sector Project*, John Hopkins University, Baltimore 1991.

11 POSNER, Michael E., “The Establishment of the Right of Nongovernmental Human Rights Groups to Operate”, in HENKIN e HARGROVE, *Human Rights: An Agenda for the next Century*, em especial o capítulo significativamente intitulado: “Some issues affecting the Ability of Local Human Rights NGO's to Operate Freely”, pp. 408-410. Mais especificamente, referindo-se, apenas ao problema da “liberdade de associação”, WIESEBERG, Laurie S., *The Importance of Freedom of Association for Human Rights NGO's*, International Centre for Human Rights and Democratic Development, 1993.

12 O fenómeno tomou, mais uma vez, um acrónimo de expressão anglo-saxónica: são as GONGO's, Government Organised Non-Governmental NGO's.

correspondentes às duas raízes históricas distintas do fenómeno. Geograficamente circunscritas, nos seus primórdios, às fronteiras de cada Estado – o que exprimia um localismo ainda caracteristicamente dominante na sociedade de Novecentos – o estatuto das “associações de voluntários” reflectia então, como hoje, nuns casos uma filosofia corporativista, e noutros, pluralista de vida pública¹³. A primeira, que podemos tendencialmente situar nos países escandinavos, mas também na Alemanha, Suíça...¹⁴ caracteriza-se sobretudo pelo diálogo permanente entre os “responsáveis políticos” e as Organizações Não-Governamentais. Estas são aí, por sistema, fruto de um certo modo-se-ser paternalista do Estado, interlocutores activos no processo de condução da “coisa pública”, actuando em sintonia com as entidades estaduais, das quais, por mútuo consenso, são mais uma *longa manus*, um corpo intermédio entre aquelas e o cidadão. A segunda, propriamente liberal e democrática, surge nos Estados Unidos e Canadá e traduz uma clara separação de poderes e funções entre Estado e partidos políticos, por um lado, e grupos de interesse, em sentido amplo, por outro. Aqui, as O. N.G.’s, quase sempre, mantêm com os agentes formais do processo de decisão política uma relação de confrontação ou oposição, movidas por um sentimento anti-estatista, de rejeição das pulsões intervencionistas das autoridades centrais e de contestação ao monopólio orgânico dos entes públicos na regulação dos aspectos mais essenciais da vida em sociedade¹⁵.

O “berço” das ONG’s e a “casta” de que procedem não deixam de, indelevelmente, inscrever a sua marca nas feições daquelas que vêm a internacionalizar a sua acção ou que nascem já predestinadas a actuar longe da casa materna; porém, esse estigma esbate-se... A ressonância espacial do seu agir amplifica-se, ao mesmo tempo que os seus públicos-alvo e as suas causas de eleição se vêem desenraizadas e sofrem um processo de apropriação colectiva por parte da Humanidade, no seu todo¹⁶. A “liberdade de circulação” planetária de que fazem uso as ONG’s

13 Para além do estudo já citado, *supra at* nota 10, de que o mesmo especialista é co-autor, cfr. também SALAMON, L. M., “Partners in Public Service: The Scope and Theory of Government in Non-Profit Relations”, in *The Nonprofit Sector*.

14 E que, de certa forma, também corresponde ao modelo das associações católicas italianas.

15 SMILIE, Ian, “Changing partners: Northern NGO’s, Northern Governments”, in *Non-governmental Organizations and Governments: Stakeholders for Development*, OCDE, Paris, pp. 16-17.

16 Nas palavras de BONSS, Wolfgang: “as ONG’s representam interesses transnacionalmente legitimados”, in “Globalisierung unter soziologischen Perspektiven”, in VOIGT, Rüdiger, *Globalisierung des Rechts*, p. 48.

e a desvinculação geográfica relativamente ao enquadramento nacional em que surgiram, levou a que o Direito Internacional aparecesse também a regulá-las, e a co-determinar as características que revestem.

Daí que a sua internacionalidade resulte, não da sua composição, mas dos objectivos prosseguidos¹⁷, correspondentes à promoção de valores comuns às mais diversas latitudes, ainda quando a situação a que acorrem aparenta repercutir-se apenas em certo ponto da Terra. Estas “associações privadas de interesse público internacional” são os novos “global players” e, por isso, é a essa emergente terceira ordem jurídica, o Direito Mundial¹⁸, que compete modelar a personagem, impondo-lhe, em didascália, os pressupostos da sua actuação em palco.

Interessa, assim, olhar ao desempenho informal daquelas nas questões globais (ponto II) e ao modo como as instâncias internacionais reconhecem as ONG's e encontram (ou não), para elas, mecanismos institucionais de acolhimento formal e regulamentação estatutária específica (ponto III). Do balanço conjunto que fizemos (ponto IV) do seu activismo empírico e da sua posição subjectiva relativamente aos actores mais tradicionais do Direito Internacional, dependerá a sua inclusão no universo dos novos sujeitos da “comunidade global” (ponto V).

II) SAMARITANOS, CÃES DE GUARDA, MADRES DE LA PLAZA DE MAYO, COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL, COMUNIDADES EPISTÉMICAS E “AMICI CURIAE”...: VÁRIAS GERAÇÕES DE ACTORES INFORMAIS

O elenco adivinha-se vasto e a galeria de personagens infindável... incapaz de se sujeitar a uma categorização que não reflecta apenas as prioridades científicas, sempre razoavelmente arbitrárias, de quem estuda o fenómeno. Com efeito, é difícil divisar semelhanças entre os todo-poderosos Comité Olímpico Internacional (COI) e Federação Internacional de Football (FIFA), por um lado, e umas anónimas *Madres de la Plaza de Mayo*, e a britânica *Oxfam*, por outro. Às primeiras quadra bem a imagem da gestão alta-

17 O critério – exercício de uma actividade internacional de interesse geral –, conquanto não deixe de ser ainda algo ambíguo, foi o adoptado já em 1950 pelo Instituto de Direito Internacional, na sua sessão de Bath de 11 de Setembro, in *Ann.I.D.I.*, 1950, vol. 43, t. 2, pp. 335-369, 383-387.

18 VOIGT, Rüdiger, “Globalisierung des Rechts. Entsteht eine “dritte Rechtsordnung”?”, in *Globalisierung des Rechts*, Nomos 1999/2000, pp. 13-36.

mente profissionalizada de orçamentos milionários, ao passo que, para as segundas, a tônica dominante é a da coragem pessoal e a da sensibilização transcultural, com recurso a estratégias sobretudo de cariz simbólico. De entre estas, contam-se justamente acções, como no caso daquela organização argentina, de aproveitamento da realização de um campeonato mundial de football para, perante o palácio presidencial do terror, exhibir, à luz de velas, a repórteres de todo o mundo, fotografias dos milhares de vítimas da Junta militar¹⁹.

Também nada parece sugerir analogias entre o Congresso Mundial Judaico, a Internacional Socialista e os Advogados Sem Fronteiras...

E contudo, é possível identificar as causas mais galvanizantes, que estão na origem do aumento exponencial recente do número de ONG's e definir os seus padrões de comportamento e métodos de acção típicos, em cada um desses domínios.

Saliente-se, em primeiro lugar, a ajuda ao desenvolvimento do terceiro mundo. Pelo menos desde a década de 50 que a sua actuação se revelou aí indispensável e frutuosa, perante a ineficiência e a inépcia da "ajuda" multilateral ou bilateral dos Estados, incapaz de "chegar" às populações. Aí, organizações como a *Terre des Hommes* e a CARE, são sobretudo saudadas pela sua flexibilidade e rapidez de actuação, por contraste com o lento funcionamento da burocracia estadual. Com vantagem, substituem a fraqueza das estruturas públicas, onde estas existem, ou contestam a sua hegemonia, quando ela tolhe a celeridade do processo de transformação social. Em alguns países, a rede de ONG's praticamente criou um Estado virtual paralelo, com um mercado de emprego próprio... Por isso, recentemente, a sua actuação tem sofrido um desvio da originária lógica assistencial e de "emergência", em benefício de uma política de favorecimento da autonomia decisória das populações locais, crescentemente chamadas a determinar, por si próprias, as suas mais urgentes prioridades²⁰.

19 Sobre a forma como este movimento se internacionalizou e contribuiu decisivamente pôr termo à ditadura, SCHOENER, Wendy, "Non-Governmental Organizations and global activism: legal and informal approaches", *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 4, 1996 in <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol.4/schpgp.html> p.14 e ss.

20 CLARKE; Gerard, "Non-Governmental Organizations and Politics in the Developing World", *Political Studies* (1998), XLVI, 36-62. O Autor sustenta a ideia de que as ONG's para o desenvolvimento têm quase sempre uma actuação de carácter "intrinsecamente político" que as ciências sociais longamente se negaram a reconhecer, presas ao preconceito da a-politização do espaço não-público.

Consabidamente, as ONG's têm sobretudo actuado no plano humanitário e dos direitos humanos. Porém, estes domínios, que hoje se vão aproximando, distinguem-se ainda pelo diferente "momento" em que cada um é preponderante e esse contexto moldou decisivamente as características das ONG's que se dedicaram a um e a outro²¹. É que a ajuda humanitária ocorre em situação de conflito armado, o que, por definição, exigia, tradicionalmente, às ONG's actuates em tais circunstâncias que mantivessem o mais estrito "low-profile", abstendo-se de comportamentos que, de qualquer sorte, pudessem traduzir "alinhamento" ou "simpatia" em relação a um dos contendores. A mais paradigmática destas Organizações é a Cruz Vermelha Internacional, cujo mandato estrutural, definido nas Convenções de Genebra de 1949 e respectivos protocolos Adicionais de 77, inclui o cumprimento dos princípios da imparcialidade e neutralidade de actuação²². A persistência do perfil "discreto" da Organização foi-se revelando, ao longo dos tempos, uma estratégia compensadora, tendo a Cruz Vermelha conquistado um lugar ímpar no mundo das ONG's²³.

Inversamente, a acção das ONG's, no plano dos direitos humanos, pauta-se principalmente por uma atitude de denúncia dos Estados relapsos ao cumprimento dos *standards* internacionais de promoção da dignidade humana. (A sua atitude de permanente indignação, aliás, já contagiou o domínio humanitário, em que surgiram, justamente por oposição ao silêncio do CICR, os mediáticos "Médicos Sem Fronteiras", e a sua campanha a favor de um direito de ingerência humanitária.²⁴) Estas ONG's de direitos Humanos desempenham duas grandes tarefas: a primeira, em que são virtualmente insubstituíveis, é a de informarem a opinião pública dos progressos possíveis, dos obstáculos prováveis na luta pelos direitos das pessoas, educando-as no conhecimento dos mecanismos de tutela disponíveis; a segunda, é a de levarem as instâncias formais de decisão a alterar positivamente o "status quo"²⁵.

21 HADDEN, Tom e HARVEY, Colin, "The law of internal crisis and conflict – an outline prospectus for the merger of international human rights law, the law of armed conflict, refugee law and humanitarian intervention", *RICR*, Mars 1999, Vol. 81, nº 833, pp. 118 e ss.

22 De entre a vastíssima literatura sobre o assunto, p. ex. TORRELLI, Maurice, *Le Droit International Humanitaire*, pp.15 e ss.

23 Voltaremos a este ponto, *infra* V.

24 Ilustrativa da "filosofia da Organização", veja-se a obra do seu fundador, BETTATI, Mario, *O Direito de Ingerência – mutação da Ordem Internacional*, sobretudo as páginas 103 e ss.

25 BRETT, Rachel, "Non-state actors in the field of human rights", in SUKSI, Markku, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*", p. 399-413.

O seu papel é dual, simultaneamente “operacional” e “normativo”: organizações como a Amnistia Internacional e a *Human Rights Watch*, dedicadas à defesa de pessoas detidas, no exercício dos seus direitos civis e políticos e às vítimas de tortura oficial ou condenados à pena capital, procuram a libertação dessas pessoas, actuam judicial e extra-judicialmente, orquestrando campanhas de sensibilização da opinião pública para esse efeito. Para além disso, são uma presença – talvez a mais militante, constante e apaixonada – fundamental nas conferências de formulação e adopção de convenções internacionais relativas aos direitos humanos. Muitas delas, profissionalizaram-se e suplantam em conhecimento e longevidade no estudo da evolução do quadro normativo internacional dos direitos fundamentais, os próprios representantes dos Estados²⁶.

As ONG's têm contribuído não só para a “humanização”, mas também para o “esverdeamento” da nossa consciência colectiva. Também aqui, entre a habitual espectacularidade de algumas acções da *Greenpeace*, e a estratégia do *World Wildlife Fund* de financiamento a operações de conservação da natureza e estudo científico de alguns Ecossistemas, elas são sobretudo “cães de guarda” da aplicação das Convenções Internacionais²⁷, e não é demais louvar a capacidade que têm demonstrado, de arrancar a venda aos olhos de autoridades estaduais cúmplices, por inércia, de atentados ao meio-ambiente. É também no domínio do direito do ambiente que mais apelo se faz ao conhecimento técnico das “comunidades epistémicas”²⁸: os “lugares do saber” como o reduto em que, como alguém já escreveu, “cada sociedade pode cultivar, em cada época, a mais lúcida consciência crítica de si própria” são agora chamados a “informar” e a “criticar” as políticas da época da globalização.

O fim do Mundo bipolar, conjugado com a emergência de bens jurídicos, simultaneamente transindividuais, transnacionais e “intergeracionais”,

26 RODLEY, Nigel, “The Work of non-governmental organizations in the worldwide protection of human rights”, *Bulletin of Human Rights (UN)*, 1990/1, pp. 84/97 e NOVAK, Manfred, *World conference on human Rights: the contribution of NGO's, reports and documents*: Vienna, June 1993.

27 ROWE, Gerard, *Globale und Globalisierende Umwelt – Umwelt und Globalisierendes Recht*, in VOIGT, ob. cit., p. 270-273.

28 O conceito é recorrente nos escritos de HAAS, Peter, p. ex. “Obtaining international protection through epistemic consensus”, *Journal of International Studies*, 1990, 19, pp. 347-363.

conduziu a uma irreversível abertura pluralizadora das organizações internacionais de Estados que, assim, foram substituindo o monólogo autista dos dois velhos blocos, pelo diálogo cosmopolita com os representantes da sociedade civil.

III) O PROTAGONISTA E A CONTRA-CENA: AS INSTÂNCIAS FORMAIS DA COMPETIÇÃO E COOPERAÇÃO

1. O Estatuto Consultivo junto do Conselho Económico e Social da ONU

Pioneiramente admitidas, pelo artigo 71º da Carta das Nações Unidas²⁹, a serem consultoras do Conselho Económico e Social em assuntos da competência deste, as O. N.G's internacionais, para aspirarem a esse Estatuto, têm que preencher os requisitos definidos pelas Resoluções 1296 (XLIV) de 25 de Junho de 1968 e 1996/31 de 25 de Julho de 1996, ambas daquele órgão. A sua leitura conjugada³⁰ revela que o Comité Especial das ONG's, um órgão subsidiário do ECOSOC ao qual está especialmente cometida a tarefa de coordenação e “diálogo” com as ONG's, ao apreciar e decidir da candidatura destas organizações a uma presença naquele *forum*, deve exigir-lhes garantias suficientes de representatividade real no seu campo de actividade – para o, que têm de apresentar prova de um mínimo de dois anos de existência e “laboração” –, ao mesmo tempo que requer que os seus recursos financeiros provenham essencialmente das contribuições dos seus membros, ficando estas obrigadas a declarar e registar junto do Secretário-Geral subsídios eventualmente concedidos por autoridades estaduais que, em circunstância alguma, poderão perfazer mais do que 30% do total das suas “receitas”. A mais disso, a sua “Constituição” deverá ter sido adoptada por um procedimento democrático e a sua estrutura e organização desenhadas de

29 O Pacto da Sociedade das Nações não continha disposição semelhante e foi graças à presença, em S. Francisco, da Cruz Vermelha Internacional e do Rotary Club que o artigo 71 acabou por ser aceite.

30 JAMART, Jean-Sébastien, “Le rôle des Organisations Non Gouvernementales dans le Système des Nations Unies”, in *Actualités du Droit*, 1999, pp. 47-88; A Resolução 1996/31, pode ler-se *on line* em http://www.un.org/esa/coordination/ngo/Resolution_1996_31/.

modo a permitir o controlo efectivo dos membros sobre a sua actuação, através do exercício do direito de voto³¹.

É claro que, assim, se não deixa de abarcar ONG's, cuja actuação é puramente local – estas, aliás, para almejam ao estatuto consultivo, têm que ultrapassar um potencial obstáculo adicional: o da opinião do país em que estão sediadas³², – mas tipicamente, as novas ONG's são actores sem-fronteiras, que se prevalecem da sua condição de genuínos intérpretes dos interesses públicos globais.

Uma vez admitidas ao Estatuto Consultivo do ECOSOC, as ONG's eram, até à Reforma de 1996, distribuídas e agrupadas por três categorias distintas, cada qual com os seus direitos e deveres e definindo, cada uma delas, um tipo de presença e capacidade de participação junto do ECOSOC de diferente grau. Assim, da *Categoria I* faziam parte as ONG's dedicadas “à maioria das actividades do Conselho... revelando aptidão para contribuírem, de forma substancial, para o cumprimento dos objectivos das Nações Unidas”, nos respectivos campos de actuação. Estas ONG's deviam ainda estar “estritamente envolvidas na vida económica e social das populações representadas”, exigindo-se que a sua composição traduzisse uma “ampla representatividade de importantes segmentos populacionais, num vasto número de países”. Já a *Categoria II*, incluía “aquelas organizações que têm uma “especial competência e se dedicam à defesa de interesses, apenas num campo restrito de áreas, compreendidas na actividade do ECOSOC”. Por fim, a *Categoria III*, era composta por uma “lista” – “Roster” – de ONG's que, em certas circunstâncias, o ECOSOC podia chamar a contribuir utilmente para a sua actividade.

As duas primeiras categorias podiam nomear observadores para as sessões do Conselho e das suas subcomissões, “podendo ser ouvidas e

31 A Reforma do Estatuto consultivo em 96, provocou um aumento exponencial do número de ONG's acreditadas junto da ONU. São agora 2 010, não obstante o tempo médio de apreciação de uma candidatura ser de três anos. As exigências de democraticidade interna e o controlo das suas finanças, exprimindo uma vigilância sobre a “legitimidade e boa-fé” das ONG's, justificam-se pelo aparecimento, no passado, de ONG's, a soldo de grandes multinacionais ou de certos Estados que, por sistema, entravavam o processo de decisão, em matérias como o ambiente, e prejudicando gravemente a reputação da sua “classe”. A este propósito, AFSANE Bassir Pour, “Plus de 2 000 Organisations Non Gouvernementales sont accréditées à l'ONU”, in *Le Monde*, 5 de Fevereiro de 2001, p. 3.

32 Sobre a importância deste activismo no terreno e a sua indispensabilidade para as próprias Nações Unidas, para as quais a militância local é quase a única possibilidade de obter informação e provas vivas sobre certos Estados, leia-se SCHOENER, Wendy, *ob. cit.*, em especial pp. 3-4, em que o Autor defende a necessidade de flexibilizar os critérios para facilitar a inclusão de “movimentos locais”.

consultar a Organização”; ocasionalmente, as ONG's constantes da “Lista” “podiam ser ouvidas pelo ECOSOC e outros órgãos subsidiários. A maior consistência e qualificação do estatuto das ONG's da *Categoria I* traduzia-se também, na praxis de, em regra, lhes ser outorgado maior “tempo de antena” e, sendo consultadas, na faculdade que lhes era reconhecida de “expressar o seu ponto de vista”.

As duas primeiras categorias podiam ainda apresentar, por escrito, o seu ponto de vista, desde que o fizessem em tempo útil, numa das línguas oficialmente reconhecidas pela Organização e não excedendo as 1500-2000 palavras. A pedido do Secretário-Geral, as ONG's constantes da Lista, podiam também gozar desta prerrogativa, devendo, porém, limitar-se a um relatório de um máximo de 500 palavras.

A Reforma dos mecanismos de representação da sociedade civil junto das Nações Unidas³³, que veio a culminar na já referida Resolução 1996/31, não trouxe sobretudo novidades neste campo. Basicamente, as antigas categorias I e II apenas nominalmente foram substituídas, respectivamente, pelos *estatuto consultivo geral* e *estatuto consultivo especial*, ao passo que a *Lista* se mantém. Porém, a sua capacidade de diálogo e de influência no processo de tomada de decisões fortaleceu-se grandemente, com o que se cumpriu o desígnio prioritário do Secretário-Geral, Kofi Annan, de tornar a Organização mais permeável, fazendo dela uma ouvinte atenta do verdadeiro sujeito das primeiras palavras constantes da Carta: “Nós, povos das Nações Unidas...”³⁴

2. As acções concertadas pelo Secretário-Geral da ONU

Logo em 1946, foi criado junto do Secretário-Geral um Comité do Departamento de Informação Pública, com uma “Direcção ONG's”, em que se contam 18 membros eleitos pelas ONG's com uma presença formalizada no ECOSOC. E é justamente o Secretário-Geral, quem, agora, detém a possibilidade de requerer das ONG's “testemunhos”, encomendar-lhes inquéritos e estudos específicos, mediante retribuição, obrigando-se, por seu turno, a fornecer-lhes toda a documentação necessária, incluindo a da

33 Sobre o Processo que conduziu à Resolução 1996/31, v., por exemplo, SCHOENER, Wendy, *ob. cit.*, p. 4. e HOBE, Stephan, *Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations*, in <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/hobe.html> p. 6.

34 Relatório em AFSANE BASSIR POUR, *ob. cit.*

própria ONU, e a conceder-lhes facilidade e mobilidade para a organização de conferências e encontros neste âmbito. O produto do trabalho das ONG's levado a cabo a pedido do Secretário-Geral destina-se a assessorá-lo na preparação da tomada de posições pela própria ONU, cuja produção normativa e documental poderá, assim, incorporar oficialmente os contributos técnicos e os conhecimentos de facto das ONG's.

De uma forma mais geral, o Secretário-Geral é responsável por facultar às ONG's dispondo do estatuto consultivo o máximo apoio logístico, nomeadamente no que respeita ao acesso às novas tecnologias da comunicação. Este feixe de novos direitos que agora assistem às ONG's corresponde, pois, a verdadeiros poderes/deveres vinculados, e não apenas à mera boa-vontade, do Secretário-Geral da Organização.

3. A acreditação às Conferências Mundiais

A grande conquista das ONG's, todavia, foi a da oficialização da sua participação nos trabalhos preparatórios e nas Conferências das Nações Unidas, através da "acreditação". Essas mediáticas "agoras" da política mundial³⁵, em que se "demarcam as águas", em assuntos de relevância universal, mas também, onde se alcançam animadores consensos, por vezes mesmo inesperados para os mais optimistas, ocorrendo raramente na sede da organização, deixavam ao Estado Membro organizador a possibilidade de, prevalecendo-se do seu poder de jurisdição territorial, recusar a presença de certas ONG's. Desde há cinco anos, todavia, que formalmente se reconheceu a importância do contributo e do "input", geralmente vivaz e bem-informado, das ONG's, impedindo os Estados de fazer uso discricionário desta prerrogativa soberana. As Organizações representadas junto do ECOSOC podem aí ser uma "voz activa", apresentando ao Secretário da Conferência, um pedido formal de outorga do estatuto de participante na Conferência. Aliás, mesmo Organizações privadas do estatuto consultivo o podem fazer, devendo, nesse caso, precisar a finalidade que prosseguem e fornecer informações sobre a sua actividade no domínio versado pela Conferência. O Secretário avalia da sua competência e da utilidade da sua presença, remetendo a lista de

35 Basta relembra, a título de exemplo, a Conferência para o Ambiente e Desenvolvimento do Rio de 1992, a Conferência de Viena para os Direitos Humanos de 1993, a Conferência sobre População e Desenvolvimento, no Cairo em 1992, e a Conferência sobre as Mulheres em Pequim, 1995.

candidaturas, para comentário, aos diversos Estados participantes. As ONG's têm um direito de réplica e quando, no entender do Secretário da Conferência, demonstram com sucesso a sua competência, a carta de acreditação de que ficam portadoras equivale a uma garantia de livre trânsito, válida mesmo contra a vontade do Estado anfitrião. A Resolução 1996/31 criou, pois, para as ONG's uma nova posição jurídica subjectiva internacional, em que se inclui um "direito de entrada" no país hóspede, aliás, oponível aos próprios Estados.

4. As características compulsórias do personagem

É claro que a importância que as ONG's vêm, agora, ser-lhes reconhecida, foi acompanhada de maiores exigências quanto ao seu grau de "legitimidade", consubstanciadas sobretudo num maior controlo da sua independência tanto face ao poder político, como aos poderes económicos. Para além de se ter visado dar mais transparência ao procedimento de admissão das ONG's, impondo os princípios da *democraticidade interna*, *representatividade* no sector de actividade, *licitude* e *carácter eminentemente não-estatal* do *financiamento*, a reforma veio detalhar as condições que podem levar à sua suspensão ou expulsão do ECOSOC. Isso poderá ocorrer, depois de devidamente ouvida a defesa da Organização, se a ONG praticar actos contrários aos fins e princípios da Carta da ONU ou se abusar do estatuto consultivo, com o objectivo político de prejudicar um dos Estados-membros; se se provar que pratica actividades criminosas, como o tráfico de armas, de estupefacientes, etc.; e, por fim, quando, no decurso dos seus últimos três anos de actividade, não tiver produzido nenhuma contribuição significativa para os trabalhos da ONU.

Em plena praça pública, pois, os Estados, tradicionalmente protagonistas da cena internacional e detentores do monopólio do funcionamento das Organizações Intergovernamentais, ainda essencialmente por eles criadas à medida da defesa egoística dos seus interesses³⁶, vêm-se obrigados a contracenar e a "retorquir" a um novo actor cujo papel, aparentemente "secundário", acaba porvolvê-lo em inescapável interlocutor das restantes personagens.

³⁶ Sobre a resistência dos Estados à autonomia da Organização, SIMON, Denis, *Organisations Internationales et Politiques des Etats*, in *Les Organisations Internationales Contemporaines*, p. 107 e ss.

É certo que uma interpretação sistemática comparativa dos originários artigos 69º e 71º da Carta, parece deixar claro que os direitos de participação dos Estados e das Organizações privadas internacionais junto do ECOSOC são ainda diferentes. Dos primeiros, diz-se que este órgão os “convidará a tomar parte, sem voto, nas deliberações sobre qualquer assunto que interesse particularmente esse membro”, ao passo que para as segundas, o ECOSOC tem a faculdade de “*poder entrar em entendimentos convenientes*” para a sua consulta. Aliás, os Estados, reconhecendo embora o enriquecimento do processo deliberativo que as ONG’s potenciaram, sempre vão salientando que “qualquer tentativa de aproximar o seu estatuto do dos Estados exigiria uma Revisão da Carta, sem a qual, esse paralelismo conduziria a distorções significativas do funcionamento das Nações Unidas e, em especial, do princípio da igualdade soberana dos Estados”³⁷. A tibieza da fórmula inicial do artigo 71º, porém, foi ultrapassada, não só pelos termos da Resolução 1996/31, destinada a densificá-la, mas também, e principalmente, pelo leque variado de relações que as ONG’s com sucesso souberam entabular, junto dos órgãos subsidiários, instituições especializadas e, até, restantes órgãos da ONU³⁸.

5. A actuação junto dos órgãos subsidiários, instituições especializadas restantes órgãos da Organização Mundial...

O grau de formalização da relação das ONG’s com os órgãos subsidiários é variável, mas, na prática, alguns deles, como o Programa Alimentar Mundial e sobretudo o Alto Comissariado para os Refugiados estão altamente dependentes da capacidade de actuação no terreno das ONG’s. No caso deste último, as suas tarefas só são cumpridas com sucesso, como aliás acontece com uma enorme fatia da ajuda humanitária às vítimas de conflitos armados, graças à sub-contratação das ONG’s, que actuam em paralelo com as forças multinacionais de manutenção de paz enviadas pela ONU³⁹. Daí que também este órgão tenha recentemente criado para

37 *Report of the Secretary-General on arrangements and practices for the interaction of non-governmental organizations in all activities of the UN system*, §16, disponível em http://www.un.org/partners/civil_society/document/a_54_329.htm

38 Cfr. JAMART, Jean-Sébastien, *ob. cit.*, onde exaustivamente se elenca o conjunto destas relações.

39 WEISS, Thomas G., “Humanitarian Action in War Zones. Recent Experience and Future Research”, in PIETERSE, Jan Nederveen, *World Orders in the making*, pp. 25 e ss.

elas um estatuto consultivo⁴⁰. A UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) concede automaticamente o estatuto de consultoras às Organizações para o desenvolvimento, trabalhando no domínio da protecção da família e da infância e que tenham já sido admitidas ao ECOSOC, o que lhes outorga a faculdade adicional de tomarem parte nas reuniões do comité executivo da UNICEF. (O financiamento das campanhas desta, no domínio do trabalho infantil e da luta contra a exploração das crianças-soldados, tem, aliás, sido substancialmente sustentado pela capacidade de angariar fundos das ONG's.)

Já o PNUD (Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento) adopta frequentemente “acordos de cooperação” com as ONG's segundo as necessidades do momento e dotou-se em 1999 de um mecanismo formal de “ligação à sociedade civil”, ao qual cabe “facilitar o relacionamento com as ONG's nas actividades operacionais conjuntamente levadas a cabo”⁴¹.

No que às instituições especializadas diz respeito, é evidente que a Organização Internacional do Trabalho, pela conhecida originalidade da sua estrutura tripartida, é aquela que formalmente mais aberta está à participação de dois conjuntos de personagens não-estaduais: os representantes de empregadores e trabalhadores; para além desta posição de privilégio, a OIT criou três estatutos consultivos para ONG's: o primeiro, para as que se dediquem aos problemas gerais inerentes à temática da Organização, dá-lhes o direito de participarem nas reuniões da Organização; o segundo, para aquelas que tenham interesse em ao menos um domínio dos tocados pela actividade da OIT e, por fim, aquelas que fazem parte da “Lista especial da OIT” e que podem ser convidadas, pela sua especial competência no domínio tratado “in casu”. Note-se que o Conselho de administração da OIT está obrigado, de acordo com a sua Constituição, a tomar em consideração as propostas de todas as organizações presentes, para inclusão na ordem de trabalhos, o que tem levado a que numerosas normas de direito do trabalho sejam adoptadas graças à proposta de entidades não-estaduais.

Logo no momento da sua criação em 1948, a Organização Mundial de Saúde previu, no artigo 71º da sua Constituição, a possibilidade de

40 JAEGER, G. “Participation of non-governmental organizations in the activities of the United Nations High Commissioner for refugees”, in WILLETS, P. *Pressure Groups in the Global System*, p. 171 e ss.

41 *Report of the Secretary General, cit.*, § 18.

cooperação com as ONG's, para as quais veio a criar um só tipo de estatuto consultivo, decidido pelo Conselho executivo da Organização e que lhes permite nomear um representante técnico que, sem direito de voto, participa nas reuniões da OMS.

Em consonância com o protagonismo que as ONG's assumiram na defesa dos direitos humanos, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Protecção de Minorias permite-lhes que, de forma confidencial – através do Procedimento 1503 – apresentem queixas, em nome de vítimas da violação do princípio da igualdade, em qualquer das suas dimensões⁴², ao mesmo tempo que, junto da Comissão de Direitos Humanos, com sede em Genebra, encarregada de velar pela aplicação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, obtiveram, de acordo com os números 75 e 76 das regras de procedimento daquele organismo, um verdadeiro “direito à audiência”.

Por fim, acrescente-se ainda o exemplo da Organização das Nações Unidas para a Educação, Cultura e Ciência (UNESCO) que também formalizou as suas relações com as ONG's na década de 60, criou recentemente o estatuto de “observador”, que abarca ONG's de âmbito regional e internacional, mas sobretudo reconheceu-lhes, por meio da resolução 14/3 do seu Comité Executivo, legitimidade para, em nome de terceiros, vítimas de violações de direitos humanos do domínio abrangido pela UNESCO, apresentarem queixa junto desta.

Como se pode depreender desta enumeração não exaustiva é já assaz vasto o leque de posições jurídicas reconhecidas internacionalmente às ONG's, destacando-se pelo seu carácter inovador, a paulatina aquisição de *locus standi* junto de vários órgãos de natureza para-judicial ligados às Nações Unidas.

6. Referência à actuação junto das Organizações Internacionais Regionais

A acomodação institucional e o reconhecimento formal da mais-valia das ONG's não ocorreu apenas ao nível da Organização Mundial, registando-se evolução semelhante junto das Organizações Regionais. No âmbito da União Europeia, p. ex., a busca de um *quorum* público, legitimador das

42 Res. I (XXIV) da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Protecção de Minorias, in Doc. E/CN. 4/1 070.

decisões das instâncias comunitárias, tantas vezes pejorativamente apodadas de “burocracia de gabinete”, levou a que o procedimento de redacção e adopção da recente *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, fosse altamente participado pela sociedade civil dos Estados-membros, o que implicou a constante audição das, aliás sempre prospectivas e atentas, ONG's de direitos humanos. Estas influenciaram decisivamente o teor literal de muitos artigos, fazendo coerente e constante pressão para que se actualizasse a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1951 e foi-lhes reconhecido o estatuto formal de “participantes” na auto-denominada “Convenção para a elaboração da Carta”. Ironicamente, a OSCE, não permite ainda que ONG's ou indivíduos activem os mecanismos da sua “Dimensão Humana”, não obstante ter sido a Acta Final de Helsínquia de 1975 que constituiu o ímpeto inicial de arranque de muitas ONG's activas na Europa Central e de Leste, como o Movimento “Solidariedade”, a “Carta 77” e o *Moscow Helsinki Watch Group*. Por outro lado, um dos seus órgãos mais importantes – o Alto Comissário para as Minorias Nacionais, – encarregado de, por via da “diplomacia preventiva” monitorizar o tratamento dispensado pelos Estados aos grupos de distintas identidades que o seu território alberga, procura e recebe informações de ONG's⁴³, que sustentam a sua actuação junto dos responsáveis políticos. Para mais, algumas das missões de longa duração da OSCE, relativas às condições de detenção de presos políticos ou de controlo de processos eleitorais e subsequente transição democrática são feitas, quase sem excepção, em parceria com ONG's⁴⁴. Já o Conselho da Europa também trabalha e admite aos diversos órgãos criados pela sua Assembleia Geral, como a Comissão “Democracia através do Direito”, o contributo de ONG's cujos relatos e actuação junto das populações, aliás, nos últimos tempos de expansão da Organização às frágeis democracias do Leste da Europa, permitem sopesar da conformidade do *status quo* local com o triptíco fundante da filosofia do Conselho: “Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos”⁴⁵. Mas esta velha quase-conferação de Estados europeus foi bastante mais longe... No

43 OSCE Handbook, p. 35 e ss.

44 ESTÉBANEZ, María Amor, “The OSCE and Human Rights”, in SUKSI, Markku, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, p. 329 e ss.

45 Sobre os critérios de obtenção do Estatuto Consultivo junto do Conselho da Europa, semelhantes aos da ONU, v. *Human Rights: a Continuing Challenge for the Council of Europe*, Starsbourg, Council of Europe Press, 1995.

âmbito da Carta Social Europeia, os artigos 23º, nº 2 e 27º, 2 prevêm a inclusão de informação veiculada por ONG's nos relatórios dos Estados sobre o andamento da aplicação da Convenção no seu território; mas sobretudo, o (agora já em vigor) Protocolo Adicional de 1995 que veio, enfim, criar um mecanismo de tutela e garantia para os direitos de segunda geração, confere, no artigo 1º, às ONG's internacionais, beneficiárias do Estatuto Consultivo junto do Conselho, legitimidade processual activa para accionarem a “queixa colectiva”. Mas sobretudo, o Conselho da Europa reconhece, agora, quase de pleno, *ius litigandi* internacional a organizações privadas, junto das instâncias de Estrasburgo.

7. Presença nos Areópagos Internacionais

A questão da intervenção de ONG's em processo judiciais, como parte principal, mas sobretudo, como *amicus curiae*, por virtude do seu especial conhecimento de uma situação ou matéria foi recentemente trazida para a Ribalta porque esteve na origem da necessidade da reformulação da – apesar de tudo já lendária! – primeira decisão da *House of Lords* inglesa no caso Pinochet. É que justamente a Amnistia Internacional tinha sido admitida a intervir como testemunha documental, e um dos juizes do caso era um dos seus principais angariadores de fundos⁴⁶. Estava-se, então, no âmbito de um processo judicial formalmente nacional mas “substancialmente internacional”, dado o pedido pendente de extradição, o tipo de crimes – tortura e crimes contra a humanidade – que se pretendia julgar e a pretensão de fundar, ao menos parcialmente, a competência do Tribunal, no princípio da jurisdição universal.

As jurisdições internacionais em que, por via de regra, é sempre réu o Estado, são muito menos permeáveis à intervenção de terceiros, pois a possibilidade de participação alargada por parte destes seria seguramente um factor fortemente dissuasor da aceitação da sua jurisdição por parte dos Estados⁴⁷. Assim, o Tribunal Internacional de Justiça é o mais relutan-

46 Muito se escreveu sobre as sentenças, mas nem tanto sobre este particular detalhe. Porém, chegou a insinuar-se que as ONG's de direitos humanos veriam doravante dificultada a sua participação em litígios deste teor; a este respeito, v. o Editorial da *EHRLR*, 1999, Issue 1, pp. 1 e ss, significativamente intitulado, *Amicus Interventions after Pinochet*.

47 Um estudo comparativo, ilustrado casuisticamente, sobre a participação de ONG's em tribunais internacionais, encontra-se em SHELTON, Dinah, “The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *AJIL*, Vol. 88, Outubro de 1994, nº 4, pp. 611-642.

te à participação de ONG's⁴⁸: se, no âmbito do exercício da sua jurisdição consultiva, o artigo 66º, nº2 do Estatuto prevê que o escrivão notifique “qualquer organização internacional, susceptível de fornecer informações sobre a questão, de que o Tribunal está disposto a receber exposições escritas, dentro de um prazo fixado pelo presidente, ou a ouvir exposições orais, durante uma audiência pública realizada para tal fim”, disposição semelhante não existe no âmbito da competência contenciosa. Ou melhor, aí, o artigo 34º, nº2 restringe a possibilidade de o Tribunal solicitar informação a “organizações internacionais públicas”, e os “travaux préparatoires”, conjugados com a diferente redacção dos dois preceitos parecem revelar que se quis excluir a participação de organizações privadas. Ao contrário do seu antecessor, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional, que interpretou o termo de forma mais lata, as ONG's têm sido relativamente pouco activas junto do tribunal com sede em Haia, embora o artigo 50º do seu Estatuto lhes abra ainda a possibilidade de aí intervirem como especialistas em determinada questão pendente⁴⁹.

Já o artigo 34º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos também só permite às ONG's lançar mão do mecanismo de petição individual em nome próprio, quer dizer, quando são elas as vítimas de violações dos direitos garantidos pela Convenção. Porém, aí, a sua actividade como “amici curiae” tem sido particularmente fértil, pois têm intervindo nos casos mais importantes⁵⁰, perante o Plenário, assistindo sobretudo o Tribunal com análise jurídica especializada comparativa e fornecendo-lhe informação actualizada sobre as Partes que este, de outra forma, não poderia obter.

O Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem, na Costa Rica, por força do preceituado no artigo 44º da Convenção Americana permite que qualquer Organização Não Governamental legalmente reconhecida

48 PALCHETTI, P., “Amici Curiae davanti alla Corte Internazionale di Giustizia?”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIII, 2000, fasc. 4, 4/2000, pp. 965-991, em especial 986-989.

49 SHELTON, Dinah, *ob.cit.*, p. 628.

50 Alguns dos quais como o Acórdão *Soering* têm fixado jurisprudência. Neste caso, o Tribunal que, aliás, parafraseou na sentença parte da argumentação jurídica apresentada pelas ONG's admitidas como *amici*, não só decidiu que a detenção por tempo indeterminado no “corredor da morte” constituía uma modalidade de “tratamento degradante”, para efeitos de aplicação do artigo 3º, como acrescentou que se o Reino Unido extraditasse o queixoso para os EUA, onde poderia ser sujeito a essa pena, o país-membro do Conselho da Europa violaria, ele próprio, as obrigações que para ele decorrem da Convenção; V. *Judgment of 7 July 1989, Publications of the European Court of Human Rights*, Série A., Nº 161.

no espaço jurídico nacional de qualquer dos Estados-membros da OAS presente, em nome próprio ou em representação queixa por violação do preceituado na Convenção. Além disso, as ONG's têm funcionado também aqui como "amici" e têm até sido admitidas a apresentar oralmente a sua perspectiva perante o Tribunal⁵¹.

IV) O ESCRUTÍNIO DA CRÍTICA E A AVALIAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA MUNDIAL

A avaliação da actuação "formal" e "informal" das ONG's vai oscilando entre a referência aos seus "atributos positivos" e às suas "fraquezas evidentes"⁵². No que diz respeito à primeira, algumas das ONG's mais "institucionalizadas" perdem a sua força de contestação e criatividade, ao passo que outras são tão excessivamente ciosas da sua independência que deixam escapar a oportunidade de expandir o impacto das suas acções, combinando forças como outras instituições, nomeadamente as políticas e intergovernamentais.

Relativamente às ONG's cuja militância se faz sobretudo "no terreno", algumas são, com frequência, acusadas de contribuírem para a "planetarização" da mensagem caritativa *kitsch*, do tipo "we are the world, we are the children", com a sua predilecção de índole mediática por situações de fome mais "fotogénicas". As que se dedicam à ajuda ao desenvolvimento, p. ex., vêm-se, por vezes, enredadas num verdadeiro "pacto fáustico", ao aceitarem colmatar as suas carências financeiras com donativos dos grandes grupos económicos dos seus países de origem. Já a vitalidade quixotesca e a capacidade para correr riscos de algumas ONG's humanitárias sai altamente prejudicada pela impulsividade da sua resposta, consequência da falta de planificação e coordenação das suas actividades, e revela-se um verdadeiro empecilho a intervenções mais atempadas⁵³.

A quase todas as ONG's actuando fora do enquadramento institucional dos organismos internacionais se aponta o "amadorismo" e a incapacidade de partilharem informação entre si, articulando esforços,

51 Ainda SHELTON, Dinah, *cit.*, 638 e ss.

52 SMILIE, Ian, *ob cit.*, a páginas 15.

53 WEISS, Thomas G., *ob. cit.*, pp. 39 e ss.

auto-regulando a sua actividade, pela homogeneização de procedimentos, divisão de trabalho, e treinamento adequado dos seus agentes. Um primeiro passo no sentido de evitar a fragmentação foi a criação de agências de coordenação de ONG's, como o *International Council of Voluntary Agencies* e a adopção dos primeiros Códigos de Conduta Deontológica para ONG's, actuando em situações de conflito⁵⁴. Foi, também por isso que, em S. Francisco, em Junho de 1995, na “Conferência de Cidadãos sobre as Relações entre ONG's e as Nações Unidas”, um primeiro rascunho de “Acta final” acerca da responsabilidade das Nações Unidas acabou por se converter numa bem mais pertinente “Declaração de Responsabilidade sobre o Governo da Globalidade”, em que se assentou num conjunto de princípios assim anunciado: “Todos os parceiros na governação global são responsáveis perante os outros e respondem perante a comunidade global como um todo pela sua actuação”.

Justamente as críticas são particularmente justificadas quando recordamos situações como a da Greepeace, retratando-se pelo seu erro de avaliação quanto à remoção de uma plataforma petrolífera, sem que, pelos danos que causou, tenha ficado sujeita à aplicação das regras da responsabilidade internacional. Estas responderão apenas nos termos do direito interno da lei reguladora do seu “estatuto pessoal” ou nos da lei do “locus delicti commissi”, o que gera, do ponto de vista, de quem com elas interage uma grande incerteza. O reverso da medalha, aliás, traduz-se na incapacidade das ONG's internacionais apresentarem em nome dos seus funcionários um pedido de ressarcimento de danos junto de uma jurisdição internacional.

V) A MÁSCARA, A PERSONALIDADE E A RESPONSABILIDADE PELO DESEMPENHO NO PAPEL

Afinal, dir-se-ia que, à semelhança do monarca do conto, “o personagem vai nú”...

A não sujeição das ONG's ao regime internacional da responsabilidade é apenas um dos múltiplos aspectos em que a afivelada máscara de *dramatis personae* universais, deixa entrever um “tipo” de morfologia, na verdade,

⁵⁴ O Steering Committee for Humanitarian Response adoptou um “Código de Conduta para a Cruz Vermelha Internacional e o Movimento do Crescente de e outras ONG's em situação de *disaster relief*”.

esquizofrénica ou bicéfala. Porque o Direito Internacional, olhando à sua matriz nacional e privada, continua a manifestar resistência em lhes atribuir e reconhecer subjectividade jurídica internacional plena... Provenientes da esfera de actuação de agentes não-públicos, continuam vítimas da excomunhão a que o paradigma positivista longamente votou todos os actores que não o Estado ou os directamente engendrados pela sua vontade soberana⁵⁵. Daí que boa parte da doutrina, não divisando no processo genético das ONG's um "acto jurídico internacional" clássico, semelhante àquele por que se fundam as suas congéneres "públicas", se contente em confinar o seu enquadramento jurídico ao ordenamento interno – em regra, ao Direito Administrativo – do Estado de que provêm⁵⁶. Não sem que alguns autores deixem de manifestar uma certa dificuldade em coerentemente articular esta solução com a "deslocalização" do seu agir, tipicamente transcendente às fronteiras territoriais do Direito estadual.

Porém, o modelo do monopólio estadual da subjectividade internacional cedo foi entrando em crise⁵⁷, fundamentalmente por duas ordens de razões, aliás, mutuamente interdependentes: por um lado, o reconhecimento de outras personagens, possivelmente dignas de figurarem como sujeitos, ao menos parciais, de Direito Internacional; por outro, o declínio de um conceito unitário e a evolução do critério de atribuição da personalidade jurídica internacional.

Com efeito, e quanto a este último ponto, chama-se a atenção para a petição de princípio em que se incorre ao definir um sujeito de Direito Internacional como uma "entidade com capacidade para possuir direitos e deveres internacionais e para defender aqueles através de reclamações internacionais". É que estes *indicia* dependem da existência de uma pessoa jurídica, de modo que tudo o que pode adiantar-se é que uma entidade reconhecida pelo direito internacional como capaz de possuir direitos e deveres e de apresentar reclamações internacionais é uma

55 Paradigmaticamente, DIEZ de VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos 1999, p. 87.

56 P. ex. MOTA DE CAMPOS *et alii*, *Organizações Internacionais*, p. 23; SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, *Völkerrecht*, 9. Auflage, em que o Autor, sem discussão, exclui, a páginas 174, a personalidade jurídica internacional das ONG's e, por fim, BOTHE, Michael *et alii*, *Völkerrecht*, que nem sequer faz constar as ONG's do quadro dos possíveis novos sujeitos de Direito Internacional, constante das p. 188 e ss..

57 LADOR-LEDERER, "Nichtstaatliche Organisationen und die frage der Erweiterung des Kreises der Völkerrechtsobjekte", *ZaöRV* (1963) 657 e ss.

pessoa jurídica⁵⁸. Esta ideia de que a atribuição de personalidade jurídica, não é tanto um “em si” da entidade em causa, mas antes e sobretudo o acervo de poderes que os outros nela reconhecem⁵⁹, permitiu, senão mesmo tornar a própria *personalidade gradativa*, pelo menos distingui-la do conceito, empiricamente mais prestável, de *capacidade*⁶⁰ e admitir, para este, variações de conteúdo⁶¹.

E, assim, se foram admitindo ao universo de personagens internacionais: o indivíduo, sujeito passivo de certos deveres e internacionalmente responsável pelo cometimento de ilícitos penais particularmente hediondos, as Organizações Internacionais de Estados, com uma personalidade funcionalmente pré-ordenada ao cumprimento das tarefas que, expressa ou implicitamente, lhes estão cometidas pela sua Constituição⁶², os povos não-autónomos, titulares do direito à auto-determinação, oponível *erga omnes* e, até, eventualmente, várias outras figuras mais atípicas, como as minorias...

Cada um destes diferentes “sujeitos” qualificar-se-á, consoante as características que o consenso comunitário internacional lhe vai assacando, para um ou mais dos corolários geralmente decorrentes da personalidade jurídica internacional. É evidente, por exemplo, que o indivíduo não tem “*ius tractuum*”, mas pode já, em certas circunstâncias e ainda que só depois de exaurido o direito de resposta do Estado da sua nacionalidade, fazer valer os seus direitos perante tribunais internacionais. As Organizações Internacionais clássicas detêm, por seu turno, uma “capacidade” mais ampla, em que se inclui o

58 P. ex., BROWNIE, Ian, *Princípios de Direito Internacional Público*, pp. 71 e ss.

59 Também, SHAW, Malcolm N., *International Law*, p. 194.

60 Neste sentido, a propósito do Estado, SILVA CUNHA, Joaquim e VALE PEREIRA, Maria da Assunção, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Fevereiro de 2000, p. 354.

61 A maioria dos autores considera o princípio da personalidade jurídica indivisível, admitindo que a capacidade, quer dizer, o feixe de direitos que cada sujeito pode, em concreto, exercer, é variável, à semelhança do que acontece com a capacidade de direito interno de um menor ou pessoa colectiva, impedidos de celebrarem matrimónio. Assim, p. ex. MENON, P. K. “The Subjects of Modern International Law”, *Hague Yearbook of International Law*, 1990, Vol. 3, p. 61. Em sentido contrário, admitindo a noção de sujeito parcial, SEIDL-HOHENFELDERN, *Das Recht der Internationalen Organisationen, einschliesslich der supranationalen Gemeinschaft*, 5. Auf. 1992, p. 39 e ss.

62 AMERASINGHE, C.F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, pp. 67-104. É ainda à luz das particulares características deste “tipo” de pessoa jurídica internacional que se deve interpretar, parece-nos a atribuição de personalidade jurídica internacional ao futuro Tribunal Penal Internacional Permanente, v. art. 4º, do respectivo Estatuto.

“*ius tractuum*”, a imunidade dos seus funcionários no cumprimento do seu ofício, etc.

Foi também por este processo que se reconheceu a aquisição, por via consuetudinária, de personalidade jurídica internacional por parte do Comité Internacional da Cruz Vermelha, originariamente uma organização de direito privado suíço. Aquisição essa que veio a ser confirmada pelo Acordo de Sede concluído entre esta ONG e o seu estado da nacionalidade, justamente numa altura em que, para não prejudicar a sua conduta estritamente neutral, Genebra, ainda a levar a cabo a troca de prisioneiros, na sequência da guerra Irão-Iraque, sentiu necessidade de se demarcar de uma Berna que, não sendo membro das Nações Unidas, ordenava o cumprimento das sanções prescritas contra o Iraque pela Resolução 661 (1990)⁶³. Sentiu necessidade, pois, de, desnacionalizando-se, se “internacionalizar”.

O artigo 1º do dito Acordo, pelo qual a “Suíça reconhece a personalidade jurídica internacional do CICR” seria, só por si, irrelevante ou imprestável como prova do nascimento de um novo sujeito de Direito Internacional... Afinal, este reconhecimento não é mais do que um acto jurídico unilateral de um dos outorgantes do acordo, inapto por isso a conter prova do consenso internacional quanto a essa questão. O mesmo, porém, se não pode dizer das inúmeras disposições que o Convénio literalmente foi copiar aos acordos celebrados pela Suíça com a ONU, a OIT e outras organizações de Estados e, pelas quais, o CICR passa, como estas, a gozar de privilégios fiscais, imunidade de jurisdição, garantia de inviolabilidade de locais e arquivos... Mas sobretudo, a verificação do nascimento do CICR como nova pessoa jurídica internacional vai-se fazendo pela crescente constatação de que a comunidade de Estados lhe reconhece um verdadeiro direito a cumprir o seu mandato em situação de conflito armado⁶⁴.

Assim, parece que estamos a restaurar como fonte da subjectividade internacional das ONG’s, a constitutividade do “reconhecimento”, que a doutrina hoje unanimemente rejeita no caso dos Estados⁶⁵. Mesmo para

63 A este respeito, DOMINICÉ, Christian, “L’accord de siège conclu par le Comité International de la Croix-Rouge avec la Suisse”, *RGDIP*, Tome 99/1995/1, pp. 10 e ss.

64 No que ao CICR diz respeito, mesmo os Autores mais velozes a afastar a personalidade jurídica internacional das ONG’s, parecem não ostentar dúvidas significativas ou chegam a ser peremptórios, em sentido inverso, *v.g.* BOTHE, M. *et alii*, *Völkerrecht*, 1997, p. 197, §35 e, paradigmaticamente, destacando o CICR das “outras” ONG’s, BEIGBEDER, Yves, *The Role and Statutes of International Humanitarian Volunteers and Organisations*, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 61-99.

estes, porém, a rejeição vale mais em via de princípio, como garante de que todos os Estados, por força do princípio da igualdade soberana, beneficiarão do mesmo grau de aceitação internacional. Do ponto de vista prático, o reconhecimento ainda é aí uma prova importante da verificação, *in casu*, dos critérios de emergência da estadualidade.

Além disso, não nos parece sequer que, pelo menos algumas ONG's internacionais possam hoje confinar-se à qualidade de sujeitos “*derivados*” da vontade subjectiva de reconhecimento da restante comunidade internacional. É que, muitas delas, pelos simples facto de se constituírem, vêm a fruir de posições jurídicas subjectivas e mesmo verdadeiros direitos *objectivamente* existentes, já hoje, na ordem jurídica internacional: isso resulta, paradigmaticamente claro dos diversos direitos processuais de queixa e petição junto de órgãos judiciais e para-judiciais internacionais, bem como dos direitos de presença em vários *fora*, que, embora não exaustivamente, arrolámos na nossa exposição⁶⁶.

Enfim, não obstante a imprecisão dos termos com que se zurze a discussão em torno da personalidade jurídica internacional das ONG's, ser propícia a fazer-nos hesitar, haverá sempre que reconhecê-las, ao menos, como “participantes” vivos, no universo das relações internacionais⁶⁷, dotados, aliás, de uma especial qualidade jurisgénica, dado o seu papel propulsor dos processos internacionais de criação de normas.

VI) EPÍLOGO: O EQUILÍBRIO DO CASTING E A INTER-AÇÃO COM A PLATEIA

Quando, em 1835, A. de Tocqueville, escrevia não existir “país em que as associações fossem mais necessárias para prevenir o despotismo de uma facção ou o poder arbitrário de um príncipe do que os democraticamente constituídos”⁶⁸, decerto não antevia que a sua reflexão pudesse vir a

65 Sobre esta rejeição, p. ex., SHAW, *cit.*, p.192.

66 Absolutamente confiante quanto a este ponto de que se não trata de “posições meramente reflexas”, HOBE, Stephan, “Der Rechtstatuts der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigen Völkerrecht, *in AV*, Band 37, Heft 2, Mai 1999., p. 152 e ss, em especial, p. 171.

67 Pelo que, poderíamos subscrever inteiramente a proposta arrojada, mas já célebre, de Rosalyn Higgins, de substituir o conceito de “personalidade” internacional pelo de “participação internacional”, HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process*, Capítulo 3.

68 DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America*, Oxford University Press, 1947, p. 243.

aplicar-se com igual justeza a uma geo-política mundializada... E até, a ganhar redobrada pertinência, numa altura em que os centros de decisão transcendem os do próprio Estado, se distanciam mais ainda do homem comum, correndo o risco de ganhar a opacidade de um super-Leviathan que, solipsística e unilateralmente, define e impõe uma certa concepção de *salus publica*. Daí o apelo à formação – e a exaltação – de uma nova “sociedade civil mundial”⁶⁹, capaz de fazer a “globalização a partir de baixo”⁷⁰ e de introduzir a bondade da democracia participativa, no esquema operativo da *realpolitik* internacional.

As ONG’s internacionais são talvez a mais visível expressão orgânica deste retemperamento da onipotência estadual e constituem uma notável tentativa de devolver a interpretação da *volonté générale* aos seus titulares originários. A forma como ajudaram a forjar e dinamizaram novas identidades sociais transnacionais – os jovens, *v.g.* definem-se, hoje, frequentemente como “ambientalistas, feministas, pacifistas, defensores dos direitos humanos, opositores da energia nuclear...” – tem, em parte, servido de antídoto para a crescente a-politização das comunidades humanas, alegadamente alheadas da vida da “cidade”.

Se os seus sucessos são inegáveis e o aplauso que suscitam generalizado, o risco de facciosidade também é nelas congenial, porque, ainda quando servindo interesses benignos e lutando pela promoção de valores elevados, se trata de organizações institucionais que funcionalmente definem um quadro de expectativas de acção sempre parcelar. Por definição, prosseguem objectivos potencial ou actualmente colidentes com finalidades de igual dignidade e o seu *partis pris*, sem ser inimigo do “bem comum”, não dispensa a intervenção de uma instância de harmonização colectiva, actuante com base em princípios públicos de justiça⁷¹.

Não foi a revolucionária utopia jacobina de cultura de um voluntarioso Estado transformador, motor do progresso social, que claudicou, mas as suas versões totalitárias de “monstros frios”, e mesmo as simplesmente hiperbólicas, ao não reconhecerem as virtudes de uma sempre necessária

69 Para retomarmos o já conhecido conceito de WALTZER, Michael, *Towards a Global Civil Society*, 1995.

70 A expressão, no original, em Inglês, “globalisation from below”, é de FALK, Richard, *On Human Governance – Towards a new global politics (The world order models project report of the global civilisation initiative)*, 1995, p. 199.

71 SCHACHTER, Oscar, “The Decline of the Nation-State and its implications for International Law”, in, *Politics, Values and Functions – International Law in the 21st Century*, p. 20.

actuação conjunta com os privados. É que, o primeiro minuto da era em que mais de metade da população do globo vive em democracia revela com meridiana clareza que a “maravilhosa artificialidade”⁷² do Estado, quando democrático⁷³, é ainda o repositório mais adequado das aspirações de todos e o único a poder conciliá-las, no estrito respeito pelo princípio da igualdade. O discurso, hoje amplamente divulgado, de “endeusamento” da sociedade civil internacional, com a concomitante “diabolização” dos Estados⁷⁴, cuja morte nos é cronicamente anunciada pelos arautos de um novo Mundo, ofusca as contradições internas que aquela alberga⁷⁵ e deliberadamente esconde o modo como estes têm sido, por excelência, os agentes do reconhecimento e garantia dos direitos das pessoas.

Apesar do apregoadado declínio da soberania, a teimosa persistência da estrutura estadual só pode ser convincentemente explicada por ainda se não ter encontrado um *ersatz* para a promessa que aquela fez nascer consigo de responsabilização colectiva pelo bem de todos, ou ao menos, se nos quisermos ficar por uma formulação formal-funcionalista mais modesta, de “redução da complexidade” do sistema social. Se o Estado é um mero artefacto histórico datado, destinado a perecer em breve, até porque indelevelmente marcado pelo estigma de uma ideologia proscrita, por enquanto, e numa salutar versão democrática liberal, ele apenas se tem visto complementado, ou corrigido na sua actuação, por utensílios, como as ONG's, que o não substituem. O mesmo vale a respeito da outra resposta institucional típica convocada pelo reconhecimento das interdependências da contemporaneidade: a auto-organização dos Estados em espaços alargados de integração. Isto porque, o seu *modus operandi* típico é o de um “federalismo funcional”⁷⁶, desprovido ainda de procedi-

72 KOSKENNIEMI, Martii, “The Wonderful Artificiality of States”, 88 *PROC.AM.SOC'Y INT'L L.*, v. em especial, pp. 28 e 29.

73 Por isso, alguns autores têm vindo a sustentar a existência de um direito dos povos, ainda “in status nascendi”, a serem democraticamente governados; *cfr.* FRANCK, Thomas, “The Emerging Right to Democratic Governance”, 86 *AJIL* 46 (1992).

74 A expressão foi de Marc Lévy, presidente de uma ONG, a GRET (Groupe de recherche et d'échanges technologiques), na sua intervenção ao “forum” das ONG, realizado em Junho de 2000 na ONU, sob o impulso do Secretário-Geral da Organização; v. TREAN, Claire, “Les ONG s'imposent comme acteurs dans les relations internationales”, in, *Le Monde*, 5 de Fevereiro de 2001, p. 3.

75 CHINKIN, Christine, “Human Rights and the Politics of Representation”, in BYERS, Michael, *The Role of Law in International Politics*, p. 131-147, em especial o capítulo que, a propósito das ONG's lança a questão “da aparência ou a realidade da democracia”, a pp. 142 e ss.

76 MOREIRA, Adriano, *Teoria das Relações Internacionais*, p. 192.

mentos contratualistas, que lhes permitam assegurar uma ligação suficientemente estreita ao elemento humano das suas componentes, capazes de os dotar de legitimidade bastante para, enfim, se convolverem em “governo da globalidade”. E isto sem que nenhuma destas modalidades de “autoridades funcionais” – Organizações Internacionais de Estados e Organizações Não-Governamentais – devam ser consideradas paliativos marginais, destinados a anestesiar os escolhos dos caminhos do reformismo internacional, mas antes, sujeitos activos num exercício de genuína co-edificação da nova arquitectura mundial.

Sem ressuscitar, na arena internacional⁷⁷, a – aliás, algo anacrónica – discussão sobre a “qualidade da legitimidade” em cada um dos termos do binómio “democracia representativa” *vs.* “democracia directa”, sempre relembremos a necessidade de equilibrar o *casting* dos actores em palco na vindoura ordem internacional, de modo a que esta seja dialogal, inclusiva e respeitadora de um guião, cujo Autor material, afinal, é o próprio público na plateia.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AFSANE Bassir Pour, “Plus de 2000 Organisations Non Gouvernementales sont accréditées à l’ONU”, in *Le Monde*, 5 de Fevereiro de 2001, p. 3.

AMERASINGHE, C. F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996.

BEIGBEDER, Yves, *The Role and Statutes of International Humanitarian Volunteers and Organizations*, Martinus Nijhoff, 1991.

BETTATI, Mario, *O Direito de Ingerência – mutação da Ordem Internacional*, Instituto Piaget, (original de 1996).

BONSS, Wolfgang, “Globalisierung unter soziologischen Perspektiven”, in VOIGT, Rüdiger, *Globalisierung des Rechts*, Schriften zur Rechtspoliologie 9, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage 1999/2000, p. 39-68.

BOTHE, HAILBRONNER, KLEIN *et alii*, *Völkerrecht*, Walter de Gruyter, Berlin 1997.

77 A questão é o objecto central da reflexão de HELD, David em *Democracy and Global Order*, 1995.

BRETT, Rachel, "Non-state actors in the field of human rights", in SUKSI, Markku, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institut for Human Rights, Abo Academy University, 1999, p. 399-413.

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

CLARKE, Gerard, "Non-Governmental Organizations and Politics in the Developing World", *Political Studies* (1998), XLVI, 36-52.

CHINKIN, Christine, "Human Rights and the Politics of Representation", in BYERS, *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press 2000, p. 131-147.

DIEZ de VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos 1999, p. 87.

DITTGEN, Herbert, "Grenzen im Zeitalter der Globalisierung. Überlegungen zur These vom Ende des Nationalstaates", in *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 1999, pp. 3-26.

DOMINICÉ, Christian, "L'accord de siège conclu par le Comité International de la Croix-Rouge avec la Suisse", *RGDIP*, Tome 99/1995/1, pp. 10 e ss.

EISENSTADT, S.N., *Os Regimes Democráticos: Fragilidade, Continuidade e Transformabilidade*, Celta Editora, Fevereiro de 2000.

ESTÉBANEZ, María Amor, "The OSCE and Human Rights", in SUKSI, Markku, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institut for human Rights, Abo Academy University, 1999, p. 329 e ss.

FALK, Richard, *On Human Governance – Towards a new global politics (The world order models project report of the global civilisation initiative)*, Cambridge University Press, UK, 1995.

FRANCK, Thomas, – "Community based on Autonomy", in CHARNEY *et alii*, *Politics, values and functions, Essays in Honour of Louis Henkin*, Kluwer Law International 1997, pp. 43-64.

"The emerging right to democratic governance", 86 *AJIL* 46 (1992).

HAAS, Peter, "Obtaining international protection through epistemic consensus", in *Journal of International Studies*, 1990, 19, pp. 347-36.

HABERMAS, Jürgen, *Die Postnationale Konstellation, Politische Essays*. Frankfurt a. M., 1998.

HADDEN, Tom e HARVEY, Colin, "The law of internal crisis and conflict – an outline prospectus for the merger of international human rights law, the law of armed conflict, refugee law and humanitarian intervention", *RICR Mars* 1999, Vol. 81, n° 833, pp. 118 e ss.

HARVEY, David, *The Condition of Postmodernity: an inquiry into the origins of cultural change*, Oxford, Basil Blackwell, 1989.

HELD, David, *Democracy and Global Order*, Cambridge, 1995.

HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process (International Law and how we use it)*, Oxford Clarendon Press, 1996.

HOBE, Stephan, – *Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations*, in <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/hobe.html> p. 6.

"Der Rechtstatuts der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigen Völkerrecht, *AV*, Band 37, heft 2, Mai 1999, p. 152 e ss.

HORSMAN, Matthew e MARSHALL, Andrew, *After the nation-state*, 1994.

JAMART, Jean-Sébastien, "Le rôle des Organisations Non Gouvernementales dans le système des Nations Unies", in *Actualités du Droit*, 1999, pp. 47-88.

JAEGER, G. "Participation of non-governmental organizations in the activities of the United Nations Commissioner for Refugees", in WILLETS, P. *Pressure Groups in the Global System*, p. 171 e ss.

KOSKENNIEMI, Martii, "The Wonderful Artificiality of States", 88 *PROC.AM.SOC'Y INT'L L.*, p. 28 e ss.

LADOR-LEDERER, "Nichtstaatliche Organisationen und die Frage der Erweiterung des Kreises der Völkerrechtsobjekte", *ZaöRV* (1963). 657 e ss.

MARTIN, Albrow, *Abschied vom Nationalstaat. Staat und Gesellschaft im Globalen Zeitalter*, Frankfurt a. M, 1998.

MENON, P. K. "The Subjects of Modern International Law", *Hague Yearbook of International Law*, 1990, Vol. 3, p. 61 e ss.

MOREIRA, Adriano, *Teoria das Relações Internacionais*, 3ª Edição, Almedina, Novembro de 1999.

MOTA DE CAMPOS, LOPES PORTO *et alii*, *Organizações Internacionais*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

NOVAK, Manfred, *World Conference on Human Rights: the contribution of NGO's, reports and documents*: Vienna, June 1993.

OHMAE, Kenichi, *The End of the Nation State*, 1995.

PALCHETTI, P., "Amici Curiae davanti alla Corte Internazionale di Giustizia?", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIII, 2000, fasc. 4, 4/2000, pp. 965-991.

POSNER, Michael E., "The Establishment of the Right of Nongovernmental Human Rights Groups to Operate", in HENKIN e HARGROVE, *Human Rights: An Agenda for the next Century*, Studies in Transnational Legal Policy, No. 26, 1994, The American Society of International Law.

RODLEY, Nigel, "The Work of Non-governmental Organizations in the Worldwide Protection of Human Rights", *Bulletin of human Rights (UN)*, 1990/1, pp. 84/97.

ROWE, Gerard, "Globale und Globalisierende Umwelt – Umwelt und Globalisierendes Recht", in VOIGT, *Globalisierung des Rechts*, Schriften zur Rechtspolitik 9, Nomos Verlagsgesellschaft, 1.Auflage 1999/ /2000, p. 270-273.

SALAMON, L. M., "Partners in Public Service: The Scope and Theory of Government Non-Profit Relations", in *The Nonprofit Sector*, W. W. Powell (ed.), Yale University Press, 1987.

"The Rise of the nonprofit sector", *Foreign Affairs*, 73 (1994), 109.

SALAMON, Lester M. e ANHEIER, Helmut K., "Towards an understanding of the non-profit sector", *Comparative Nonprofit Sector Project*, John Hopkins University, Baltimore 1991.

SCHACHTER, Oscar, "The Decline of the Nation-State and its implications for International Law", in, CHARNEY *et alii*, *Politics, Values and Functions – International law in the 21st century –Essays in Honour of Professor Louis Henkin*, Kluwer Law International, 1997, p. 13-28.

SCHOENER, Wendy, "Non-Governmental Organizations and global activism: legal and informal approaches", *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 4, 1996 in <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol.4/schpgp.html> p. 14 e ss.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, – *Völkerrecht*, 9. Auflage, Carl Heymans Verlag, 1997.

Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der supranationalen Gemeinschaft, 5. Auf. 1992, p. 39 e ss.

SIMON, Denis, "Organisations Internationales et Politiques des Etats", *Les Organisations Internationales Contemporaines*, Editions Pedone, 1988, p. 107 e ss.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, 4ª Edição, Cambridge University Press, 1997.

SHELTON, Dinah, "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", *AJIL*, Vol. 88, Outubro de 1994, nº 4, pp. 611-642.

SMILIE, Ian, "Changing partners: Northern NGO's, Northern Governments", in *Non-governmental Organizations and Governments: Stakeholders for Development*, OCDE, Paris.

SILVA CUNHA, Joaquim e VALE PEREIRA, Maria da Assunção, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Fevereiro de 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura, *A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência*, Edições Afrontamento 2000.

de TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America*, Oxford, Oxford University Press, 1947.

TORRELLI, Maurice, *Le Droit International Humanitaire*, Paris, Que sais-je?, 1985.

TREAN, Claire, "Les ONG s'imposent comme acteurs dans les relations internationales", in, *Le Monde*, 5 de Fevereiro de 2001, p. 3.

VOIGT, Rüdiger, "Globalisierung des Rechts. Entsteht eine "dritte Rechtsordnung"?", in *Globalisierung des Rechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage, 1999/2000, pp. 13-36.

WALTZER, Michael, *Towards a Global Civil Society*, Providence/Oxford, 1995.

WEILER, Joseph, "Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the german Maastricht Decision", in *EURLJ* 219, 1995.

WEISS, Thomas G., "Humanitarian Action in War Zones. Recent Experience and Future Research", in PIETERSE, Jan Nederveen, *World Orders in the making*, Institute of Social Studies, 1998, pp. 25 e ss.

WIESEBERG, Laurie S., *The Importance of Freedom of Association for Human Rights NGO's*, International Centre for Human Rights and Democratic Development, 1993.

ABREVIATURAS

AJIL: American Journal of International Law

AV: Archiv des Völkerrechts

EHRLR: European Human Rights Law Review

EURLJ.: European Law Journal

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento na Europa

ONG: Organização Não-Governamental

ONU: Organização das Nações Unidas

OSCE: Organização para a Segurança e Cooperação na Europa

PROC.AM.SOC'Y INT'L L: Proceedings of the American Society of International Law

RGDIP: Revue Générale de Droit International Publique

RICR: Revue Internationale de la Croix-Rouge

ZaöRV: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.



Documentos

Carta das Nações Unidas*

NOTA INTRODUTÓRIA

A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de Junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de Outubro daquele mesmo ano. O Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça faz parte integrante da Carta. A 17 de Dezembro de 1963, a Assembleia Geral aprovou as emendas aos Artº.s 23, 27 e 61 da Carta, as quais entraram em vigor a 31 de Agosto de 1965. Uma posterior emenda ao Artº. 61 foi aprovada pela Assembleia Geral a 20 de Dezembro de 1971 e entrou em vigor a 24 de Setembro de 1973. A emenda ao Artº. 109, aprovada pela Assembleia Geral a 20 de Dezembro de 1965, entrou em vigor a 12 de Junho de 1968. A emenda ao Artº. 23 eleva o número de membros do Conselho de Segurança de onze para quinze. A emenda ao Artº. 27 estipula que as decisões do Conselho de Segurança sobre questões de procedimento serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros (anteriormente sete) e, sobre todas as demais questões, pelo voto afirmativo de nove membros incluindo-se entre eles os votos dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança. A emenda ao Artº. 61, que entrou em vigor a 31 de Agosto de 1965, eleva o número de membros do Conselho Económico e Social de dezoito para vinte e sete. A emenda subsequente a este Artigo, que entrou em vigor a 24 de Setembro de 1973, elevou posteriormente o número de membros do Conselho para cinquenta e quatro. A emenda ao Artº. 109, relacionada com o primeiro parágrafo

* Versão on line.

<http://www.onuportugal/cnu.html>

do referido artigo, estipula que uma Conferência Geral de Estados membros, convocada com a finalidade de rever a Carta, poderá efectuar-se em lugar e data a serem fixados pelo voto de dois terços dos membros da Assembleia Geral e pelo voto de nove membros quaisquer (anteriormente sete) do Conselho de Segurança. O parágrafo 3 do Artº. 109, sobre uma possível revisão da Carta durante o 10º período ordinário de sessões da Assembleia Geral, mantém-se na sua forma original, quando se refere a um “voto de sete membros quaisquer do Conselho de Segurança”, tendo o referido parágrafo sido aplicado, em 1955, pela Assembleia Geral, durante a sua décima reunião ordinária e pelo Conselho de Segurança.

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, DECIDIDOS:

A preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; A estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; A promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade;

E PARA TAIS FINS:

A praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; A unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; A garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; A empregar mecanismos internacionais para promover o progresso económico e social de todos os povos;

RESOLVEMOS CONJUGAR OS NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJECTIVOS:

Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adoptaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Capítulo I

OBJECTIVOS E PRINCÍPIOS

Artº. 1

Os objectivos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os actos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;
4. Ser um centro destinado a harmonizar a acção das nações para a consecução desses objectivos comuns. (...)

Capítulo VI

(...) SOLUÇÃO PACÍFICA DE DISPUTAS

Artº. 33

1. As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha.
2. O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias.

Artº. 34

O Conselho de Segurança poderá investigar sobre qualquer controvérsia ou situação susceptível de provocar atritos entre as Nações ou de dar origem a uma controvérsia, a fim de determinar se a continuação de tal controvérsia ou situação pode constituir ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Artº. 35

1. Qualquer membro das Nações Unidas poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral para qualquer controvérsia ou qualquer situação da natureza das que se acham previstas no Artº. 34.
2. Um Estado que não seja membro das Nações Unidas poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral para qualquer controvérsia em que seja parte, uma vez que aceite previamente, em relação a essa controvérsia, as obrigações de solução pacífica previstas na presente Carta.
3. Os actos da Assembleia Geral a respeito dos assuntos submetidos à sua atenção, de acordo com este artigo, estarão sujeitos às disposições dos Artº.s 11 e 12.

Artº. 36

1. O Conselho de Segurança poderá, em qualquer fase de uma controvérsia da natureza daquelas a que se refere o Artº. 33, ou de uma situação de natureza semelhante, recomendar os procedimentos ou métodos de solução apropriados.
2. O Conselho de Segurança deverá tomar em consideração quaisquer procedimentos para a solução de uma controvérsia que já tenham sido adoptados pelas partes.
3. Ao fazer recomendações, de acordo com este artigo, o Conselho de Segurança deverá também tomar em consideração que as controvérsias de carácter jurídico devem, em regra, ser submetidas pelas partes ao Tribunal Internacional de Justiça, de acordo com as disposições do estatuto do Tribunal.

Artº. 37

1. Se as partes numa controvérsia da natureza daquelas a que se refere o Artº. 33 não conseguirem resolvê-la pelos meios indicados no mesmo artigo, deverão submetê-la ao Conselho de Segurança.
2. Se o Conselho de Segurança julgar que a continuação dessa controvérsia pode, de facto, constituir uma ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais, decidirá se deve agir de acordo com o Artº. 36 ou recomendar os termos de solução que julgue adequados.

Artº. 38

Sem prejuízo das disposições dos Artºs 33 a 37, o Conselho de Segurança poderá, se todas as partes numa controvérsia assim o solicitarem, fazer recomendações às partes, tendo em vista uma solução pacífica da controvérsia.

Capítulo VII

ACÇÃO EM CASO DE AMEAÇA À PAZ, RUPTURA DA PAZ E ACTOS DE AGRESSÃO

Artº. 39

O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artºs 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Artº. 40

A fim de evitar que a situação se agrave, o Conselho de Segurança poderá, antes de fazer as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no Artº. 39, instar as partes interessadas a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis. Tais medidas provisórias não prejudicarão os direitos ou pretensões nem a situação das partes interessadas. O Conselho de Segurança tomará devida nota do não cumprimento dessas medidas.

Artº. 41

O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efectivas as suas decisões e poderá instar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações económicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioeléctricos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas.

Artº. 42

Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artº. 41 seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a acção que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal acção poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas.

Artº. 43

1. Todos os membros das Nações Unidas se comprometem, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais, a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e em conformidade com um acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais.
2. Tal acordo ou tais acordos determinarão o número e tipos das forças, o seu grau de preparação e a sua localização geral, bem como a natureza das facilidades e da assistência a serem proporcionadas.
3. O acordo ou acordos serão negociados o mais cedo possível, por iniciativa do Conselho de Segurança. Serão concluídos entre o Conselho de Segurança e membros da Organização ou entre o Conselho de Segurança e grupos de membros e submetidos à ratificação, pelos Estados signatários, em conformidade com os respectivos procedimentos constitucionais.

Artº. 44

Quando o Conselho de Segurança decidir recorrer ao uso da força, deverá, antes de solicitar a um membro nele não representado o fornecimento de forças armadas em cumprimento das obrigações assumidas em virtude do Artº. 43, convidar o referido membro, se este assim o desejar, a participar nas decisões do Conselho de Segurança relativas ao emprego de contingentes das forças armadas do dito membro.

Artº. 45

A fim de habilitar as Nações Unidas a tomar medidas militares urgentes, os membros das Nações Unidas deverão manter, imediatamente utilizáveis, contingentes das forças aéreas nacionais para a execução combinada de uma acção coercitiva internacional. A potência e o grau de preparação desses contingentes, bem como os planos de acção combinada, serão determinados pelo Conselho de Segurança com a assistência da Comissão de Estado-Maior, dentro dos limites estabelecidos no acordo ou acordos especiais a que se refere o Artº. 43.

Artº. 46

Os planos para a utilização da força armada serão elaborados pelo Conselho de Segurança com a assistência da Comissão de Estado-Maior.

Artº. 47

1. Será estabelecida uma Comissão de Estado-Maior destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança, em todas as questões relativas às exigências militares do mesmo Conselho, para a manutenção da paz e da segurança internacionais, utilização e comando das forças colocadas à sua disposição, regulamentação de armamentos e possível desarmamento.
2. A Comissão de Estado-Maior será composta pelos chefes de Estado-maior dos membros permanentes do Conselho de Segurança ou pelos seus representantes. Qualquer membro das Nações Unidas que não estiver permanentemente representado na Comissão será por esta convidado a tomar parte nos seus trabalhos, sempre que a sua participação for necessária ao eficiente cumprimento das responsabilidades da Comissão.

3. A Comissão de Estado-Maior será responsável, sob a autoridade do Conselho de Segurança, pela direcção estratégica de todas as forças armadas postas à disposição do dito Conselho. As questões relativas ao comando dessas forças serão resolvidas ulteriormente.
4. A Comissão de Estado-Maior, com a autorização do Conselho de Segurança e depois de consultar os organismos regionais adequados, poderá estabelecer subcomissões regionais.

Artº. 48

1. A acção necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para a manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança.
2. Essas decisões serão executadas pelos membros das Nações Unidas directamente e mediante a sua acção nos organismos internacionais apropriados de que façam parte.

Artº. 49

Os membros das Nações Unidas associar-se-ão para a prestação de assistência mútua na execução das medidas determinadas pelo Conselho de Segurança.

Artº. 50

Se um Estado for objecto de medidas preventivas ou coercitivas tomadas pelo Conselho de Segurança, qualquer outro Estado, quer seja ou não membro das Nações Unidas, que enfrente dificuldades económicas especiais resultantes da execução daquelas medidas terá o direito de consultar o Conselho de Segurança no que respeita à solução de tais dificuldades.

Artº. 51

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas ime-

diatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a acção que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

Capítulo VIII

ACORDOS REGIONAIS

Artº. 52

1. Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de organizações regionais destinados a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem susceptíveis de uma acção regional, desde que tais acordos ou organizações regionais e suas actividades sejam compatíveis com os objectivos e princípios das Nações Unidas.
2. Os membros das Nações Unidas que forem parte em tais acordos ou que constituírem tais organizações empregarão todos os esforços para chegar a uma solução pacífica das controvérsias locais por meio desses acordos e organizações regionais, antes de as submeter ao Conselho de Segurança.
3. O Conselho de Segurança estimulará o desenvolvimento da solução pacífica de controvérsias locais mediante os referidos acordos ou organizações regionais, por iniciativa dos Estados interessados ou a instâncias do próprio Conselho de Segurança.
4. Este Artº. não prejudica de modo algum a aplicação dos Artº.s 34 e 35.

Artº. 53

1. O Conselho de Segurança utilizará, quando for caso, tais acordos e organizações regionais para uma acção coercitiva sob a sua própria autoridade. Nenhuma acção coercitiva será, no entanto, levada a efeito em conformidade com acordos ou organizações regionais sem autorização do Conselho de Segurança, com excepção das medidas contra um Estado inimigo, como está definido no nº 2 deste artigo, que forem determinadas em consequência do Artº. 107 ou em acordos

regionais destinados a impedir a renovação de uma política agressiva por parte de qualquer desses Estados, até ao momento em que a Organização possa, a pedido dos Governos interessados, ser incumbida de impedir qualquer nova agressão por parte de tal Estado.

2. O termo «Estado inimigo», usado no nº 1 deste artigo, aplica-se a qualquer Estado que, durante a 2ª Guerra Mundial, tenha sido inimigo de qualquer signatário da presente Carta.

Artº. 54

O Conselho de Segurança será sempre informado de toda a acção empreendida ou projectada em conformidade com os acordos ou organizações regionais para a manutenção da paz e da segurança internacionais. (...)

Capítulo XI

(...) DECLARAÇÃO RELATIVA A TERRITÓRIOS NÃO AUTÓNOMOS

Artº. 73

Os membros das Nações Unidas que assumiram ou assumam responsabilidades pela administração de territórios cujos povos ainda não se governem completamente a si mesmos reconhecem o princípio do primado dos interesses dos habitantes desses territórios e aceitam, como missão sagrada, a obrigação de promover no mais alto grau, dentro do sistema de paz e segurança internacionais estabelecido na presente Carta, o bem-estar dos habitantes desses territórios, e, para tal fim:

- a. Assegurar, com o devido respeito pela cultura dos povos interessados, o seu progresso político, económico, social e educacional, o seu tratamento equitativo e a sua protecção contra qualquer abuso;
- b. Promover o seu governo próprio, ter na devida conta as aspirações políticas dos povos e auxiliá-los no desenvolvimento progressivo das suas instituições políticas livres, de acordo com as circunstâncias peculiares a cada território e seus habitantes, e os diferentes graus do seu adiantamento;
- c. Consolidar a paz e a segurança internacionais;

- d. Favorecer medidas construtivas de desenvolvimento, estimular pesquisas, cooperar entre si e, quando e onde for o caso, com organizações internacionais especializadas, tendo em vista a realização prática dos objectivos de ordem social, económica e científica enumerados neste artigo;
- e. Transmitir regularmente ao Secretário-Geral, para fins de informação, sujeitas às reservas impostas por considerações de segurança e de ordem constitucional, informações estatísticas ou de outro carácter técnico relativas às condições económicas, sociais e educacionais dos territórios pelos quais são respectivamente responsáveis e que não estejam compreendidos entre aqueles a que se referem os capítulos XII e XIII.

Artº. 74

Os membros das Nações Unidas concordam também em que a sua política relativa aos territórios a que se aplica o presente capítulo deve ser baseada, do mesmo modo que a política seguida nos respectivos territórios metropolitanos, no princípio geral de boa vizinhança, tendo na devida conta os interesses e o bem-estar do resto do mundo no que se refere às questões sociais, económicas e comerciais. (...)

Capítulo XIV

(...) O TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Artº. 92

O Tribunal Internacional de Justiça será o principal órgão judicial das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional e forma parte integrante da presente Carta.

Artº. 93

1. Todos os membros das Nações Unidas são *ipso facto* partes no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.
2. Um Estado que não for membro das Nações Unidas poderá tornar-se parte no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, em condições

que serão determinadas, em cada caso, pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança.

Artº. 94

1. Cada membro das Nações Unidas compromete-se a conformar-se com a decisão do Tribunal Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte.
2. Se uma das partes em determinado caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pelo Tribunal, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança, que poderá, se o julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença.

Artº. 95

Nada na presente Carta impedirá os membros das Nações Unidas de confiarem a solução dos seus diferendos a outros tribunais, em virtude de acordos já vigentes ou que possam ser concluídos no futuro.

Artº. 96

1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo ao Tribunal Internacional de Justiça sobre qualquer questão jurídica.
2. Outros órgãos das Nações Unidas e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos ao Tribunal sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera das suas actividades. (...)

Capítulo XVII

(...) DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS SOBRE SEGURANÇA

Artº. 106

Antes da entrada em vigor dos acordos especiais a que se refere o Artº. 43, que, a juízo do Conselho de Segurança, o habilitem ao exercício

das suas funções previstas no Artº. 42, as partes na Declaração das Quatro Nações, assinada em Moscovo a 30 de Outubro de 1943, e a França deverão, de acordo com as disposições do parágrafo 5 daquela Declaração, concertar-se entre si e, sempre que a ocasião o exija, com outros membros das Nações Unidas, a fim de ser levada a efeito, em nome da Organização, qualquer acção conjunta que se torne necessária à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Artº. 107

Nada na presente Carta invalidará ou impedirá qualquer acção que, em relação a um Estado inimigo de qualquer dos signatários da presente Carta durante a 2ª Guerra Mundial, for levada a efeito ou autorizada em consequência da dita guerra pelos governos responsáveis por tal acção.

Feita na cidade de São Francisco, aos 26 dias do mês de Junho de 1945.

An Agenda for Peace

Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*

A/47/277 – S/24111

17 June 1992

Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992

INTRODUCTION

1. In its statement of 31 January 1992, adopted at the conclusion of the first meeting held by the Security Council at the level of Heads of State and Government, I was invited to prepare, for circulation to the Members of the United Nations by 1 July 1992, an “analysis and recommendations on ways of strengthening and making more efficient within the framework and provisions of the Charter the capacity of the United Nations for preventive diplomacy, for peacemaking and for peace-keeping.
2. The United Nations is a gathering of sovereign States and what it can do depends on the common ground that they create between them. The adversarial decades of the cold war made the original promise of the Organization impossible to fulfil. The January 1992 Summit therefore represented an unprecedented recommitment, at the highest political level, to the Purposes and Principles of the Charter.
3. In these past months a conviction has grown, among nations large and small, that an opportunity has been regained to achieve the great objectives of the Charter – a United Nations capable of maintaining international peace and security, of securing justice and human rights

* Versão on line.

<http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>

and of promoting, in the words of the Charter, “social progress and better standards of life in larger freedom”. This opportunity must not be squandered. The Organization must never again be crippled as it was in the era that has now passed.

4. I welcome the invitation of the Security Council, early in my tenure as Secretary-General, to prepare this report. It draws upon ideas and proposals transmitted to me by Governments, regional agencies, non-governmental organizations, and institutions and individuals from many countries. I am grateful for these, even as I emphasize that the responsibility for this report is my own.
5. The sources of conflict and war are pervasive and deep. To reach them will require our utmost effort to enhance respect for human rights and fundamental freedoms, to promote sustainable economic and social development for wider prosperity, to alleviate distress and to curtail the existence and use of massively destructive weapons. The United Nations Conference on Environment and Development, the largest summit ever held, has just met at Rio de Janeiro. Next year will see the second World Conference on Human Rights. In 1994 Population and Development will be addressed. In 1995 the World Conference on Women will take place, and a World Summit for Social Development has been proposed. Throughout my term as Secretary-General I shall be addressing all these great issues. I bear them all in mind as, in the present report, I turn to the problems that the Council has specifically requested I consider: preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping – to which I have added a closely related concept, post-conflict peace-building.
6. The manifest desire of the membership to work together is a new source of strength in our common endeavour. Success is far from certain, however. While my report deals with ways to improve the Organization’s capacity to pursue and preserve peace, it is crucial for all Member States to bear in mind that the search for improved mechanisms and techniques will be of little significance unless this new spirit of commonality is propelled by the will to take the hard decisions demanded by this time of opportunity.
7. It is therefore with a sense of moment, and with gratitude, that I present this report to the Members of the United Nations (...)

(...) II. DEFINITIONS

20. The terms preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping are integrally related and as used in this report are defined as follows:
 - *Preventive diplomacy* is action to prevent disputes from arising between parties, to prevent existing disputes from escalating into conflicts and to limit the spread of the latter when they occur.
 - *Peacemaking* is action to bring hostile parties to agreement, essentially through such peaceful means as those foreseen in Chapter VI of the Charter of the United Nations.
 - *Peace-keeping* is the deployment of a United Nations presence in the field, hitherto with the consent of all the parties concerned, normally involving United Nations military and/or police personnel and frequently civilians as well. Peace-keeping is a technique that expands the possibilities for both the prevention of conflict and the making of peace.
21. The present report in addition will address the critically related concept of post-conflict peace-building – action to identify and support structures which will tend to strengthen and solidify peace in order to avoid a relapse into conflict. Preventive diplomacy seeks to resolve disputes before violence breaks out; peacemaking and peace-keeping are required to halt conflicts and preserve peace once it is attained. If successful, they strengthen the opportunity for post-conflict peace-building, which can prevent the recurrence of violence among nations and peoples.
22. These four areas for action, taken together, and carried out with the backing of all Members, offer a coherent contribution towards securing peace in the spirit of the Charter. The United Nations has extensive experience not only in these fields, but in the wider realm of work for peace in which these four fields are set. Initiatives on decolonization, on the environment and sustainable development, on population, on the eradication of disease, on disarmament and on the growth of international law – these and many others have contributed immeasurably to the foundations for a peaceful world. The world has often been rent by conflict and plagued by massive human suffering and deprivation. Yet it would have been far more so without the continuing efforts of the United Nations. This wide experience must be taken into account in

assessing the potential of the United Nations in maintaining international security not only in its traditional sense, but in the new dimensions presented by the era ahead.

III. PREVENTIVE DIPLOMACY

23. The most desirable and efficient employment of diplomacy is to ease tensions before they result in conflict – or, if conflict breaks out, to act swiftly to contain it and resolve its underlying causes. Preventive diplomacy may be performed by the Secretary-General personally or through senior staff or specialized agencies and programmes, by the Security Council or the General Assembly, and by regional organizations in cooperation with the United Nations. Preventive diplomacy requires measures to create confidence; it needs early warning based on information gathering and informal or formal fact-finding; it may also involve preventive deployment and, in some situations, demilitarized zones.

Measures to build confidence

24. Mutual confidence and good faith are essential to reducing the likelihood of conflict between States. Many such measures are available to Governments that have the will to employ them. Systematic exchange of military missions, formation of regional or subregional risk reduction centres, arrangements for the free flow of information, including the monitoring of regional arms agreements, are examples. I ask all regional organizations to consider what further confidence-building measures might be applied in their areas and to inform the United Nations of the results. I will undertake periodic consultations on confidence-building measures with parties to potential, current or past disputes and with regional organizations, offering such advisory assistance as the Secretariat can provide.

Fact-finding

25. Preventive steps must be based upon timely and accurate knowledge of the facts. Beyond this, an understanding of developments and

global trends, based on sound analysis, is required. And the willingness to take appropriate preventive action is essential. Given the economic and social roots of many potential conflicts, the information needed by the United Nations now must encompass economic and social trends as well as political developments that may lead to dangerous tensions.

- (a) An increased resort to fact-finding is needed, in accordance with the Charter, initiated either by the Secretary-General, to enable him to meet his responsibilities under the Charter, including Article 99, or by the Security Council or the General Assembly. Various forms may be employed selectively as the situation requires. A request by a State for the sending of a United Nations fact-finding mission to its territory should be considered without undue delay.
- (b) Contacts with the Governments of Member States can provide the Secretary-General with detailed information on issues of concern. I ask that all Member States be ready to provide the information needed for effective preventive diplomacy. I will supplement my own contacts by regularly sending senior officials on missions for consultations in capitals or other locations. Such contacts are essential to gain insight into a situation and to assess its potential ramifications.
- (c) Formal fact-finding can be mandated by the Security Council or by the General Assembly, either of which may elect to send a mission under its immediate authority or may invite the Secretary-General to take the necessary steps, including the designation of a special envoy. In addition to collecting information on which a decision for further action can be taken, such a mission can in some instances help to defuse a dispute by its presence, indicating to the parties that the Organization, and in particular the Security Council, is actively seized of the matter as a present or potential threat to international security.
- (d) In exceptional circumstances the Council may meet away from Headquarters as the Charter provides, in order not only to inform itself directly, but also to bring the authority of the Organization to bear on a given situation.

Early warning

26. In recent years the United Nations system has been developing a valuable network of early warning systems concerning environmental threats, the risk of nuclear accident, natural disasters, mass movements of populations, the threat of famine and the spread of disease. There is a need, however, to strengthen arrangements in such a manner that information from these sources can be synthesized with political indicators to assess whether a threat to peace exists and to analyse what action might be taken by the United Nations to alleviate it. This is a process that will continue to require the close cooperation of the various specialized agencies and functional offices of the United Nations. The analyses and recommendations for preventive action that emerge will be made available by me, as appropriate, to the Security Council and other United Nations organs. I recommend in addition that the Security Council invite a reinvigorated and restructured Economic and Social Council to provide reports, in accordance with Article 65 of the Charter, on those economic and social developments that may, unless mitigated, threaten international peace and security.
27. Regional arrangements and organizations have an important role in early warning. I ask regional organizations that have not yet sought observer status at the United Nations to do so and to be linked, through appropriate arrangements, with the security mechanisms of this Organization.

Preventive deployment

28. United Nations operations in areas of crisis have generally been established after conflict has occurred. The time has come to plan for circumstances warranting preventive deployment, which could take place in a variety of instances and ways. For example, in conditions of national crisis there could be preventive deployment at the request of the Government or all parties concerned, or with their consent; in inter-State disputes such deployment could take place when two countries feel that a United Nations presence on both sides of their border can discourage hostilities; furthermore, preventive deployment could take place when a country feels threatened and requests the

deployment of an appropriate United Nations presence along its side of the border alone. In each situation, the mandate and composition of the United Nations presence would need to be carefully devised and be clear to all.

29. In conditions of crisis within a country, when the Government requests or all parties consent, preventive deployment could help in a number of ways to alleviate suffering and to limit or control violence. Humanitarian assistance, impartially provided, could be of critical importance; assistance in maintaining security, whether through military, police or civilian personnel, could save lives and develop conditions of safety in which negotiations can be held; the United Nations could also help in conciliation efforts if this should be the wish of the parties. In certain circumstances, the United Nations may well need to draw upon the specialized skills and resources of various parts of the United Nations system; such operations may also on occasion require the participation of non-governmental organizations.
30. In these situations of internal crisis the United Nations will need to respect the sovereignty of the State; to do otherwise would not be in accordance with the understanding of Member States in accepting the principles of the Charter. The Organization must remain mindful of the carefully negotiated balance of the guiding principles annexed to General Assembly resolution 46/182 of 19 December 1991. Those guidelines stressed, *inter alia*, that humanitarian assistance must be provided in accordance with the principles of humanity, neutrality and impartiality; that the sovereignty, territorial integrity and national unity of States must be fully respected in accordance with the Charter of the United Nations; and that, in this context, humanitarian assistance should be provided with the consent of the affected country and, in principle, on the basis of an appeal by that country. The guidelines also stressed the responsibility of States to take care of the victims of emergencies occurring on their territory and the need for access to those requiring humanitarian assistance. In the light of these guidelines, a Government's request for United Nations involvement, or consent to it, would not be an infringement of that State's sovereignty or be contrary to Article 2, paragraph 7, of the Charter which refers to matters essentially within the domestic jurisdiction of any State.
31. In inter-State disputes, when both parties agree, I recommend that if the Security Council concludes that the likelihood of hostilities between

neighbouring countries could be removed by the preventive deployment of a United Nations presence on the territory of each State, such action should be taken. The nature of the tasks to be performed would determine the composition of the United Nations presence.

32. In cases where one nation fears a cross-border attack, if the Security Council concludes that a United Nations presence on one side of the border, with the consent only of the requesting country, would serve to deter conflict, I recommend that preventive deployment take place. Here again, the specific nature of the situation would determine the mandate and the personnel required to fulfil it.

Demilitarized zones

33. In the past, demilitarized zones have been established by agreement of the parties at the conclusion of a conflict. In addition to the deployment of United Nations personnel in such zones as part of peace-keeping operations, consideration should now be given to the usefulness of such zones as a form of preventive deployment, on both sides of a border, with the agreement of the two parties, as a means of separating potential belligerents, or on one side of the line, at the request of one party, for the purpose of removing any pretext for attack. Demilitarized zones would serve as symbols of the international community's concern that conflict be prevented.

IV. PEACEMAKING

34. Between the tasks of seeking to prevent conflict and keeping the peace lies the responsibility to try to bring hostile parties to agreement by peaceful means. Chapter VI of the Charter sets forth a comprehensive list of such means for the resolution of conflict. These have been amplified in various declarations adopted by the General Assembly, including the Manila Declaration of 1982 on the Peaceful Settlement of International Disputes and the 1988 Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in this Field. They have also been the subject of

various resolutions of the General Assembly, including resolution 44/21 of 15 November 1989 on enhancing international peace, security and international cooperation in all its aspects in accordance with the Charter of the United Nations. The United Nations has had wide experience in the application of these peaceful means. If conflicts have gone unresolved, it is not because techniques for peaceful settlement were unknown or inadequate. The fault lies first in the lack of political will of parties to seek a solution to their differences through such means as are suggested in Chapter VI of the Charter, and second, in the lack of leverage at the disposal of a third party if this is the procedure chosen. The indifference of the international community to a problem, or the marginalization of it, can also thwart the possibilities of solution. We must look primarily to these areas if we hope to enhance the capacity of the Organization for achieving peaceful settlements.

35. The present determination in the Security Council to resolve international disputes in the manner foreseen in the Charter has opened the way for a more active Council role. With greater unity has come leverage and persuasive power to lead hostile parties towards negotiations. I urge the Council to take full advantage of the provisions of the Charter under which it may recommend appropriate procedures or methods for dispute settlement and, if all the parties to a dispute so request, make recommendations to the parties for a pacific settlement of the dispute.
36. The General Assembly, like the Security Council and the Secretary-General, also has an important role assigned to it under the Charter for the maintenance of international peace and security. As a universal forum, its capacity to consider and recommend appropriate action must be recognized. To that end it is essential to promote its utilization by all Member States so as to bring greater influence to bear in pre-empting or containing situations which are likely to threaten international peace and security.
37. Mediation and negotiation can be undertaken by an individual designated by the Security Council, by the General Assembly or by the Secretary-General. There is a long history of the utilization by the United Nations of distinguished statesmen to facilitate the processes of peace. They can bring a personal prestige that, in addition to their experience, can encourage the parties to enter serious negotiations.

There is a wide willingness to serve in this capacity, from which I shall continue to benefit as the need arises. Frequently it is the Secretary-General himself who undertakes the task. While the mediator's effectiveness is enhanced by strong and evident support from the Council, the General Assembly and the relevant Member States acting in their national capacity, the good offices of the Secretary-General may at times be employed most effectively when conducted independently of the deliberative bodies. Close and continuous consultation between the Secretary-General and the Security Council is, however, essential to ensure full awareness of how the Council's influence can best be applied and to develop a common strategy for the peaceful settlement of specific disputes.

The World Court

38. The docket of the International Court of Justice has grown fuller but it remains an under-used resource for the peaceful adjudication of disputes. Greater reliance on the Court would be an important contribution to United Nations peacemaking. In this connection, I call attention to the power of the Security Council under Articles 36 and 37 of the Charter to recommend to Member States the submission of a dispute to the International Court of Justice, arbitration or other dispute-settlement mechanisms. I recommend that the Secretary-General be authorized, pursuant to Article 96, paragraph 2, of the Charter, to take advantage of the advisory competence of the Court and that other United Nations organs that already enjoy such authorization turn to the Court more frequently for advisory opinions.
39. I recommend the following steps to reinforce the role of the International Court of Justice:
 - (a) All Member States should accept the general jurisdiction of the International Court under Article 36 of its Statute, without any reservation, before the end of the United Nations Decade of International Law in the year 2000. In instances where domestic structures prevent this, States should agree bilaterally or multilaterally to a comprehensive list of matters they are willing to submit to the Court and should withdraw their reservations to its jurisdiction in the dispute settlement clauses of multilateral treaties;

- (b) When submission of a dispute to the full Court is not practical, the Chambers jurisdiction should be used;
- (c) States should support the Trust Fund established to assist countries unable to afford the cost involved in bringing a dispute to the Court, and such countries should take full advantage of the Fund in order to resolve their disputes.

Amelioration through assistance

40. Peacemaking is at times facilitated by international action to ameliorate circumstances that have contributed to the dispute or conflict. If, for instance, assistance to displaced persons within a society is essential to a solution, then the United Nations should be able to draw upon the resources of all agencies and programmes concerned. At present, there is no adequate mechanism in the United Nations through which the Security Council, the General Assembly or the Secretary-General can mobilize the resources needed for such positive leverage and engage the collective efforts of the United Nations system for the peaceful resolution of a conflict. I have raised this concept in the Administrative Committee on Coordination, which brings together the executive heads of United Nations agencies and programmes; we are exploring methods by which the inter-agency system can improve its contribution to the peaceful resolution of disputes.

Sanctions and special economic problems

41. In circumstances when peacemaking requires the imposition of sanctions under Article 41 of the Charter, it is important that States confronted with special economic problems not only have the right to consult the Security Council regarding such problems, as Article 50 provides, but also have a realistic possibility of having their difficulties addressed. I recommend that the Security Council devise a set of measures involving the financial institutions and other components of the United Nations system that can be put in place to insulate States from such difficulties. Such measures would be a matter of equity and a means of encouraging States to cooperate with decisions of the Council.

Use of military force

42. It is the essence of the concept of collective security as contained in the Charter that if peaceful means fail, the measures provided in Chapter VII should be used, on the decision of the Security Council, to maintain or restore international peace and security in the face of a “threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression”. The Security Council has not so far made use of the most coercive of these measures – the action by military force foreseen in Article 42. In the situation between Iraq and Kuwait, the Council chose to authorize Member States to take measures on its behalf. The Charter, however, provides a detailed approach which now merits the attention of all Member States.
43. Under Article 42 of the Charter, the Security Council has the authority to take military action to maintain or restore international peace and security. While such action should only be taken when all peaceful means have failed, the option of taking it is essential to the credibility of the United Nations as a guarantor of international security. This will require bringing into being, through negotiations, the special agreements foreseen in Article 43 of the Charter, whereby Member States undertake to make armed forces, assistance and facilities available to the Security Council for the purposes stated in Article 42, not only on an ad hoc basis but on a permanent basis. Under the political circumstances that now exist for the first time since the Charter was adopted, the long-standing obstacles to the conclusion of such special agreements should no longer prevail. The ready availability of armed forces on call could serve, in itself, as a means of deterring breaches of the peace since a potential aggressor would know that the Council had at its disposal a means of response. Forces under Article 43 may perhaps never be sufficiently large or well enough equipped to deal with a threat from a major army equipped with sophisticated weapons. They would be useful, however, in meeting any threat posed by a military force of a lesser order. I recommend that the Security Council initiate negotiations in accordance with Article 43, supported by the Military Staff Committee, which may be augmented if necessary by others in accordance with Article 47, paragraph 2, of the Charter. It is my view that the role of the Military Staff Committee should be seen in the context of Chapter

VII, and not that of the planning or conduct of peace-keeping operations.

Peace-enforcement units

44. The mission of forces under Article 43 would be to respond to outright aggression, imminent or actual. Such forces are not likely to be available for some time to come. Cease-fires have often been agreed to but not complied with, and the United Nations has sometimes been called upon to send forces to restore and maintain the cease-fire. This task can on occasion exceed the mission of peace-keeping forces and the expectations of peace-keeping force contributors. I recommend that the Council consider the utilization of peace-enforcement units in clearly defined circumstances and with their terms of reference specified in advance. Such units from Member States would be available on call and would consist of troops that have volunteered for such service. They would have to be more heavily armed than peace-keeping forces and would need to undergo extensive preparatory training within their national forces. Deployment and operation of such forces would be under the authorization of the Security Council and would, as in the case of peace-keeping forces, be under the command of the Secretary-General. I consider such peace-enforcement units to be warranted as a provisional measure under Article 40 of the Charter. Such peace-enforcement units should not be confused with the forces that may eventually be constituted under Article 43 to deal with acts of aggression or with the military personnel which Governments may agree to keep on stand-by for possible contribution to peace-keeping operations.
45. Just as diplomacy will continue across the span of all the activities dealt with in the present report, so there may not be a dividing line between peacemaking and peace-keeping. Peacemaking is often a prelude to peace-keeping – just as the deployment of a United Nations presence in the field may expand possibilities for the prevention of conflict, facilitate the work of peacemaking and in many cases serve as a prerequisite for peace-building.

V. PEACE-KEEPING

46. Peace-keeping can rightly be called the invention of the United Nations. It has brought a degree of stability to numerous areas of tension around the world.

Increasing demands

47. Thirteen peace-keeping operations were established between the years 1945 and 1987; 13 others since then. An estimated 528,000 military, police and civilian personnel had served under the flag of the United Nations until January 1992. Over 800 of them from 43 countries have died in the service of the Organization. The costs of these operations have aggregated some \$8.3 billion till 1992. The unpaid arrears towards them stand at over \$800 million, which represents a debt owed by the Organization to the troop-contributing countries. Peace-keeping operations approved at present are estimated to cost close to \$3 billion in the current 12-month period, while patterns of payment are unacceptably slow. Against this, global defence expenditures at the end of the last decade had approached \$1 trillion a year, or \$2 million per minute.
48. The contrast between the costs of United Nations peace-keeping and the costs of the alternative, war – between the demands of the Organization and the means provided to meet them – would be farcical were the consequences not so damaging to global stability and to the credibility of the Organization. At a time when nations and peoples increasingly are looking to the United Nations for assistance in keeping the peace – and holding it responsible when this cannot be so – fundamental decisions must be taken to enhance the capacity of the Organization in this innovative and productive exercise of its function. I am conscious that the present volume and unpredictability of peace-keeping assessments poses real problems for some Member States. For this reason, I strongly support proposals in some Member States for their peace-keeping contributions to be financed from defence, rather than foreign affairs, budgets and I recommend such action to others. I urge the General Assembly to encourage this approach.
49. The demands on the United Nations for peace-keeping, and peace-building, operations will in the coming years continue to challenge

the capacity, the political and financial will and the creativity of the Secretariat and Member States. Like the Security Council, I welcome the increase and broadening of the tasks of peace-keeping operations.

New departures in peace-keeping

50. The nature of peace-keeping operations has evolved rapidly in recent years. The established principles and practices of peace-keeping have responded flexibly to new demands of recent years, and the basic conditions for success remain unchanged: a clear and practicable mandate; the cooperation of the parties in implementing that mandate; the continuing support of the Security Council; the readiness of Member States to contribute the military, police and civilian personnel, including specialists, required; effective United Nations command at Headquarters and in the field; and adequate financial and logistic support. As the international climate has changed and peace-keeping operations are increasingly fielded to help implement settlements that have been negotiated by peacemakers, a new array of demands and problems has emerged regarding logistics, equipment, personnel and finance, all of which could be corrected if Member States so wished and were ready to make the necessary resources available.

Personnel

51. Member States are keen to participate in peace-keeping operations. Military observers and infantry are invariably available in the required numbers, but logistic units present a greater problem, as few armies can afford to spare such units for an extended period. Member States were requested in 1990 to state what military personnel they were in principle prepared to make available; few replied. I reiterate the request to all Member States to reply frankly and promptly. Stand-by arrangements should be confirmed, as appropriate, through exchanges of letters between the Secretariat and Member States concerning the kind and number of skilled personnel they will be prepared to offer the United Nations as the needs of new operations arise.

52. Increasingly, peace-keeping requires that civilian political officers, human rights monitors, electoral officials, refugee and humanitarian aid specialists and police play as central a role as the military. Police personnel have proved increasingly difficult to obtain in the numbers required. I recommend that arrangements be reviewed and improved for training peace-keeping personnel – civilian, police, or military – using the varied capabilities of Member State Governments, of non-governmental organizations and the facilities of the Secretariat. As efforts go forward to include additional States as contributors, some States with considerable potential should focus on language training for police contingents which may serve with the Organization. As for the United Nations itself, special personnel procedures, including incentives, should be instituted to permit the rapid transfer of Secretariat staff members to service with peace-keeping operations. The strength and capability of military staff serving in the Secretariat should be augmented to meet new and heavier requirements.

Logistics

53. Not all Governments can provide their battalions with the equipment they need for service abroad. While some equipment is provided by troop-contributing countries, a great deal has to come from the United Nations, including equipment to fill gaps in under-equipped national units. The United Nations has no standing stock of such equipment. Orders must be placed with manufacturers, which creates a number of difficulties. A pre-positioned stock of basic peace-keeping equipment should be established, so that at least some vehicles, communications equipment, generators, etc., would be immediately available at the start of an operation. Alternatively, Governments should commit themselves to keeping certain equipment, specified by the Secretary-General, on stand-by for immediate sale, loan or donation to the United Nations when required.
54. Member States in a position to do so should make air- and sea-lift capacity available to the United Nations free of cost or at lower than commercial rates, as was the practice until recently.

VI. POST-CONFLICT PEACE-BUILDING

55. Peacemaking and peace-keeping operations, to be truly successful, must come to include comprehensive efforts to identify and support structures which will tend to consolidate peace and advance a sense of confidence and well-being among people. Through agreements ending civil strife, these may include disarming the previously warring parties and the restoration of order, the custody and possible destruction of weapons, repatriating refugees, advisory and training support for security personnel, monitoring elections, advancing efforts to protect human rights, reforming or strengthening governmental institutions and promoting formal and informal processes of political participation.
56. In the aftermath of international war, post-conflict peace-building may take the form of concrete cooperative projects which link two or more countries in a mutually beneficial undertaking that can not only contribute to economic and social development but also enhance the confidence that is so fundamental to peace. I have in mind, for example, projects that bring States together to develop agriculture, improve transportation or utilize resources such as water or electricity that they need to share, or joint programmes through which barriers between nations are brought down by means of freer travel, cultural exchanges and mutually beneficial youth and educational projects. Reducing hostile perceptions through educational exchanges and curriculum reform may be essential to forestall a re-emergence of cultural and national tensions which could spark renewed hostilities.
57. In surveying the range of efforts for peace, the concept of peace-building as the construction of a new environment should be viewed as the counterpart of preventive diplomacy, which seeks to avoid the breakdown of peaceful conditions. When conflict breaks out, mutually reinforcing efforts at peacemaking and peace-keeping come into play. Once these have achieved their objectives, only sustained, cooperative work to deal with underlying economic, social, cultural and humanitarian problems can place an achieved peace on a durable foundation. Preventive diplomacy is to avoid a crisis; post-conflict peace-building is to prevent a recurrence.
58. Increasingly it is evident that peace-building after civil or international strife must address the serious problem of land mines, many tens of

millions of which remain scattered in present or former combat zones. De-mining should be emphasized in the terms of reference of peace-keeping operations and is crucially important in the restoration of activity when peace-building is under way: agriculture cannot be revived without de-mining and the restoration of transport may require the laying of hard surface roads to prevent re-mining. In such instances, the link becomes evident between peace-keeping and peace-building. Just as demilitarized zones may serve the cause of preventive diplomacy and preventive deployment to avoid conflict, so may demilitarization assist in keeping the peace or in post-conflict peace-building, as a measure for heightening the sense of security and encouraging the parties to turn their energies to the work of peaceful restoration of their societies.

59. There is a new requirement for technical assistance which the United Nations has an obligation to develop and provide when requested: support for the transformation of deficient national structures and capabilities, and for the strengthening of new democratic institutions. The authority of the United Nations system to act in this field would rest on the consensus that social peace is as important as strategic or political peace. There is an obvious connection between democratic practices – such as the rule of law and transparency in decision-making – and the achievement of true peace and security in any new and stable political order. These elements of good governance need to be promoted at all levels of international and national political communities (...)

Resolution 1199 (1998)*

Adopted by the Security Council at its 3930th Meeting on 23 September 1998

S/RES/1199 (1998)
23 September 1998

The Security Council,

Recalling its resolution 1160 (1998) of 31 March 1998,

Having considered the reports of the Secretary-General pursuant to that resolution, and in particular his report of 4 September 1998 (S/1998/834 and Add.1),

Noting with appreciation the statement of the Foreign Ministers of France, Germany, Italy, the Russian Federation, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America (the Contact Group) of 12 June 1998 at the conclusion of the Contact Group's meeting with the Foreign Ministers of Canada and Japan (S/1998/567, annex), and the further statement of the Contact Group made in Bonn on 8 July 1998 (S/1998/657),

Noting also with appreciation the joint statement by the Presidents of the Russian Federation and the Federal Republic of Yugoslavia of 16 June 1998 (S/1998/526),

Noting further the communication by the Prosecutor of the International Tribunal for the Former Yugoslavia to the Contact Group on 7 July 1998, expressing the view that the situation in Kosovo represents an armed conflict within the terms of the mandate of the Tribunal,

Gravely concerned at the recent intense fighting in Kosovo and in particular the excessive and indiscriminate use of force by Serbian security

* Versão on line
<http://www.un.org/Docs/scres/1998/sres1199.htm>

forces and the Yugoslav Army which have resulted in numerous civilian casualties and, according to the estimate of the Secretary-General, the displacement of over 230,000 persons from their homes,

Deeply concerned by the flow of refugees into northern Albania, Bosnia and Herzegovina and other European countries as a result of the use of force in Kosovo, as well as by the increasing numbers of displaced persons within Kosovo, and other parts of the Federal Republic of Yugoslavia, up to 50,000 of whom the United Nations High Commissioner for Refugees has estimated are without shelter and other basic necessities,

Reaffirming the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety, and underlining the responsibility of the Federal Republic of Yugoslavia for creating the conditions which allow them to do so,

Condemning all acts of violence by any party, as well as terrorism in pursuit of political goals by any group or individual, and all external support for such activities in Kosovo, including the supply of arms and training for terrorist activities in Kosovo and expressing concern at the reports of continuing violations of the prohibitions imposed by resolution 1160 (1998),

Deeply concerned by the rapid deterioration in the humanitarian situation throughout Kosovo, alarmed at the impending humanitarian catastrophe as described in the report of the Secretary-General, and emphasizing the need to prevent this from happening,

Deeply concerned also by reports of increasing violations of human rights and of international humanitarian law, and emphasizing the need to ensure that the rights of all inhabitants of Kosovo are respected,

Reaffirming the objectives of resolution 1160 (1998), in which the Council expressed support for a peaceful resolution of the Kosovo problem which would include an enhanced status for Kosovo, a substantially greater degree of autonomy, and meaningful self-administration,

Reaffirming also the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia,

Affirming that the deterioration of the situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, constitutes a threat to peace and security in the region,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. Demands that all parties, groups and individuals immediately cease hostilities and maintain a ceasefire in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, which would enhance the prospects for a meaningful dialogue between the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and the Kosovo Albanian leadership and reduce the risks of a humanitarian catastrophe;
2. Demands also that the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and the Kosovo Albanian leadership take immediate steps to improve the humanitarian situation and to avert the impending humanitarian catastrophe;
3. Calls upon the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia and the Kosovo Albanian leadership to enter immediately into a meaningful dialogue without preconditions and with international involvement, and to a clear timetable, leading to an end of the crisis and to a negotiated political solution to the issue of Kosovo, and welcomes the current efforts aimed at facilitating such a dialogue;
4. Demands further that the Federal Republic of Yugoslavia, in addition to the measures called for under resolution 1160 (1998), implement immediately the following concrete measures towards achieving a political solution to the situation in Kosovo as contained in the Contact Group statement of 12 June 1998:
 - (a) cease all action by the security forces affecting the civilian population and order the withdrawal of security units used for civilian repression;
 - (b) enable effective and continuous international monitoring in Kosovo by the European Community Monitoring Mission and diplomatic missions accredited to the Federal Republic of Yugoslavia, including access and complete freedom of movement of such monitors to, from and within Kosovo unimpeded by government authorities, and expeditious issuance of appropriate travel documents to international personnel contributing to the monitoring;
 - (c) facilitate, in agreement with the UNHCR and the International Committee of the Red Cross (ICRC), the safe return of refugees and displaced persons to their homes and allow free and unimpeded access for humanitarian organizations and supplies to Kosovo;

- (d) make rapid progress to a clear timetable, in the dialogue referred to in paragraph 3 with the Kosovo Albanian community called for in resolution 1160 (1998), with the aim of agreeing confidence-building measures and finding a political solution to the problems of Kosovo;
- 5. Notes, in this connection, the commitments of the President of the Federal Republic of Yugoslavia, in his joint statement with the President of the Russian Federation of 16 June 1998:
 - (a) to resolve existing problems by political means on the basis of equality for all citizens and ethnic communities in Kosovo;
 - (b) not to carry out any repressive actions against the peaceful population;
 - (c) to provide full freedom of movement for and ensure that there will be no restrictions on representatives of foreign States and international institutions accredited to the Federal Republic of Yugoslavia monitoring the situation in Kosovo;
 - (d) to ensure full and unimpeded access for humanitarian organizations, the ICRC and the UNHCR, and delivery of humanitarian supplies;
 - (e) to facilitate the unimpeded return of refugees and displaced persons under programmes agreed with the UNHCR and the ICRC, providing State aid for the reconstruction of destroyed homes, and calls for the full implementation of these commitments;
- 6. Insists that the Kosovo Albanian leadership condemn all terrorist action, and emphasizes that all elements in the Kosovo Albanian community should pursue their goals by peaceful means only;
- 7. Recalls the obligations of all States to implement fully the prohibitions imposed by resolution 1160 (1998);
- 8. Endorses the steps taken to establish effective international monitoring of the situation in Kosovo, and in this connection welcomes the establishment of the Kosovo Diplomatic Observer Mission;
- 9. Urges States and international organizations represented in the Federal Republic of Yugoslavia to make available personnel to fulfil the responsibility of carrying out effective and continuous international monitoring in Kosovo until the objectives of this resolution and those of resolution 1160 (1998) are achieved;
- 10. Reminds the Federal Republic of Yugoslavia that it has the primary responsibility for the security of all diplomatic personnel accredited

to the Federal Republic of Yugoslavia as well as the safety and security of all international and non-governmental humanitarian personnel in the Federal Republic of Yugoslavia and calls upon the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and all others concerned in the Federal Republic of Yugoslavia to take all appropriate steps to ensure that monitoring personnel performing functions under this resolution are not subject to the threat or use of force or interference of any kind;

11. Requests States to pursue all means consistent with their domestic legislation and relevant international law to prevent funds collected on their territory being used to contravene resolution 1160 (1998);
12. Calls upon Member States and others concerned to provide adequate resources for humanitarian assistance in the region and to respond promptly and generously to the United Nations Consolidated Inter-Agency Appeal for Humanitarian Assistance Related to the Kosovo Crisis;
13. Calls upon the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia, the leaders of the Kosovo Albanian community and all others concerned to cooperate fully with the Prosecutor of the International Tribunal for the Former Yugoslavia in the investigation of possible violations within the jurisdiction of the Tribunal;
14. Underlines also the need for the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia to bring to justice those members of the security forces who have been involved in the mistreatment of civilians and the deliberate destruction of property;
15. Requests the Secretary-General to provide regular reports to the Council as necessary on his assessment of compliance with this resolution by the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and all elements in the Kosovo Albanian community, including through his regular reports on compliance with resolution 1160 (1998);
16. Decides, should the concrete measures demanded in this resolution and resolution 1160 (1998) not be taken, to consider further action and additional measures to maintain or restore peace and stability in the region;
17. Decides to remain seized of the matter.

Resolution 1203 (1998)*

Adopted by the Security Council at its 3937th Meeting on 24 October 1998

S/RES/1203 (1998)

24 October 1998

The Security Council,

Recalling its resolutions 1160 (1998) of 31 March 1998 and 1199 (1998) of 23 September 1998, and the importance of the peaceful resolution of the problem of Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia,

Having considered the reports of the Secretary-General pursuant to those resolutions, in particular his report of 5 October 1998 (S/1998/912),

Welcoming the agreement signed in Belgrade on 16 October 1998 by the Minister of Foreign Affairs of the Federal Republic of Yugoslavia and the Chairman-in-Office of the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) providing for the OSCE to establish a verification mission in Kosovo (S/1998/978), including the undertaking of the Federal Republic of Yugoslavia to comply with resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998),

Welcoming also the agreement signed in Belgrade on 15 October 1998 by the Chief of General Staff of the Federal Republic of Yugoslavia and the Supreme Allied Commander, Europe, of the North Atlantic Treaty Organization (NATO) providing for the establishment of an air verification mission over Kosovo (S/1998/991, annex), complementing the OSCE Verification Mission,

Welcoming also the decision of the Permanent Council of the OSCE of 15 October 1998 (S/1998/959, annex),

* Versão on line

<http://www.un.org/Docs/scres/1998/sres1203.htm>

Welcoming the decision of the Secretary-General to send a mission to the Federal Republic of Yugoslavia to establish a first-hand capacity to assess developments on the ground in Kosovo,

Reaffirming that, under the Charter of the United Nations, primary responsibility for the maintenance of international peace and security is conferred on the Security Council,

Recalling the objectives of resolution 1160 (1998), in which the Council expressed support for a peaceful resolution of the Kosovo problem which would include an enhanced status for Kosovo, a substantially greater degree of autonomy, and meaningful self-administration,

Condemning all acts of violence by any party, as well as terrorism in pursuit of political goals by any group or individual, and all external support for such activities in Kosovo, including the supply of arms and training for terrorist activities in Kosovo, and expressing concern at the reports of continuing violations of the prohibitions imposed by resolution 1160 (1998),

Deeply concerned at the recent closure by the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia of independent media outlets in the Federal Republic of Yugoslavia, and emphasizing the need for these to be allowed freely to resume their operations,

Deeply alarmed and concerned at the continuing grave humanitarian situation throughout Kosovo and the impending humanitarian catastrophe, and re-emphasizing the need to prevent this from happening,

Stressing the importance of proper coordination of humanitarian initiatives undertaken by States, the United Nations High Commissioner for Refugees and international organizations in Kosovo,

Emphasizing the need to ensure the safety and security of members of the Verification Mission in Kosovo and the Air Verification Mission over Kosovo,

Reaffirming the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia,

Affirming that the unresolved situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, constitutes a continuing threat to peace and security in the region,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. Endorses and supports the agreements signed in Belgrade on 16 October 1998 between the Federal Republic of Yugoslavia and the OSCE, and on 15 October 1998 between the Federal Republic of Yugoslavia and NATO, concerning the verification of compliance by the Federal Republic of Yugoslavia and all others concerned in Kosovo with the requirements of its resolution 1199 (1998), and demands the full and prompt implementation of these agreements by the Federal Republic of Yugoslavia;
2. Notes the endorsement by the Government of Serbia of the accord reached by the President of the Federal Republic of Yugoslavia and the United States Special Envoy (S/1998/953, annex), and the public commitment of the Federal Republic of Yugoslavia to complete negotiations on a framework for a political settlement by 2 November 1998, and calls for the full implementation of these commitments;
3. Demands that the Federal Republic of Yugoslavia comply fully and swiftly with resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998) and cooperate fully with the OSCE Verification Mission in Kosovo and the NATO Air Verification Mission over Kosovo according to the terms of the agreements referred to in paragraph 1 above;
4. Demands also that the Kosovo Albanian leadership and all other elements of the Kosovo Albanian community comply fully and swiftly with resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998) and cooperate fully with the OSCE Verification Mission in Kosovo;
5. Stresses the urgent need for the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia and the Kosovo Albanian leadership to enter immediately into a meaningful dialogue without preconditions and with international involvement, and to a clear timetable, leading to an end of the crisis and to a negotiated political solution to the issue of Kosovo;
6. Demands that the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia, the Kosovo Albanian leadership and all others concerned respect the freedom of movement of the OSCE Verification Mission and other international personnel;
7. Urges States and international organizations to make available personnel to the OSCE Verification Mission in Kosovo;

8. Reminds the Federal Republic of Yugoslavia that it has the primary responsibility for the safety and security of all diplomatic personnel accredited to the Federal Republic of Yugoslavia, including members of the OSCE Verification Mission, as well as the safety and security of all international and non-governmental humanitarian personnel in the Federal Republic of Yugoslavia, and calls upon the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia, and all others concerned throughout the Federal Republic of Yugoslavia including the Kosovo Albanian leadership, to take all appropriate steps to ensure that personnel performing functions under this resolution and the agreements referred to in paragraph 1 above are not subject to the threat or use of force or interference of any kind;
9. Welcomes in this context the commitment of the Federal Republic of Yugoslavia to guarantee the safety and security of the Verification Missions as contained in the agreements referred to in paragraph 1 above, notes that, to this end, the OSCE is considering arrangements to be implemented in cooperation with other organizations, and affirms that, in the event of an emergency, action may be needed to ensure their safety and freedom of movement as envisaged in the agreements referred to in paragraph 1 above;
10. Insists that the Kosovo Albanian leadership condemn all terrorist actions, demands that such actions cease immediately and emphasizes that all elements in the Kosovo Albanian community should pursue their goals by peaceful means only;
11. Demands immediate action from the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and the Kosovo Albanian leadership to cooperate with international efforts to improve the humanitarian situation and to avert the impending humanitarian catastrophe;
12. Reaffirms the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety, and underlines the responsibility of the Federal Republic of Yugoslavia for creating the conditions which allow them to do so;
13. Urges Member States and others concerned to provide adequate resources for humanitarian assistance in the region and to respond promptly and generously to the United Nations Consolidated

Inter-Agency Appeal for Humanitarian Assistance Related to the Kosovo crisis;

14. Calls for prompt and complete investigation, including international supervision and participation, of all atrocities committed against civilians and full cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia, including compliance with its orders, requests for information and investigations;
15. Decides that the prohibitions imposed by paragraph 8 of resolution 1160 (1998) shall not apply to relevant equipment for the sole use of the Verification Missions in accordance with the agreements referred to in paragraph 1 above;
16. Requests the Secretary-General, acting in consultation with the parties concerned with the agreements referred to in paragraph 1 above, to report regularly to the Council regarding implementation of this resolution;
17. Decides to remain seized of the matter.

Resolution 1244 (1999)*

Adopted by the Security Council at its 4011th Meeting on 10 June 1999

S/RES/1244 (1999)

10 June 1999

The Security Council,

Bearing in mind the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and the primary responsibility of the Security Council for the maintenance of international peace and security,

Recalling its resolutions 1160 (1998) of 31 March 1998, 1199 (1998) of 23 September 1998, 1203 (1998) of 24 October 1998 and 1239 (1999) of 14 May 1999,

Regretting that there has not been full compliance with the requirements of these resolutions,

Determined to resolve the grave humanitarian situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, and to provide for the safe and free return of all refugees and displaced persons to their homes,

Condemning all acts of violence against the Kosovo population as well as all terrorist acts by any party,

Recalling the statement made by the Secretary-General on 9 April 1999, expressing concern at the humanitarian tragedy taking place in Kosovo,

Reaffirming the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety,

Recalling the jurisdiction and the mandate of the International Tribunal for the Former Yugoslavia,

* Versão on line

<http://www.un.org/Docs/scres/1999/99sc1244.htm>

Welcoming the general principles on a political solution to the Kosovo crisis adopted on 6 May 1999 (S/1999/516, annex 1 to this resolution) and welcoming also the acceptance by the Federal Republic of Yugoslavia of the principles set forth in points 1 to 9 of the paper presented in Belgrade on 2 June 1999 (S/1999/649, annex 2 to this resolution), and the Federal Republic of Yugoslavia's agreement to that paper,

Reaffirming the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other States of the region, as set out in the Helsinki Final Act and annex 2,

Reaffirming the call in previous resolutions for substantial autonomy and meaningful self-administration for Kosovo,

Determining that the situation in the region continues to constitute a threat to international peace and security,

Determined to ensure the safety and security of international personnel and the implementation by all concerned of their responsibilities under the present resolution, and acting for these purposes under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. Decides that a political solution to the Kosovo crisis shall be based on the general principles in annex 1 and as further elaborated in the principles and other required elements in annex 2;
2. Welcomes the acceptance by the Federal Republic of Yugoslavia of the principles and other required elements referred to in paragraph 1 above, and demands the full cooperation of the Federal Republic of Yugoslavia in their rapid implementation;
3. Demands in particular that the Federal Republic of Yugoslavia put an immediate and verifiable end to violence and repression in Kosovo, and begin and complete verifiable phased withdrawal from Kosovo of all military, police and paramilitary forces according to a rapid timetable, with which the deployment of the international security presence in Kosovo will be synchronized;
4. Confirms that after the withdrawal an agreed number of Yugoslav and Serb military and police personnel will be permitted to return to Kosovo to perform the functions in accordance with annex 2;
5. Decides on the deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil and security presences, with appropriate equip-

ment and personnel as required, and welcomes the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences;

6. Requests the Secretary-General to appoint, in consultation with the Security Council, a Special Representative to control the implementation of the international civil presence, and further requests the Secretary-General to instruct his Special Representative to coordinate closely with the international security presence to ensure that both presences operate towards the same goals and in a mutually supportive manner;
7. Authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo as set out in point 4 of annex 2 with all necessary means to fulfil its responsibilities under paragraph 9 below;
8. Affirms the need for the rapid early deployment of effective international civil and security presences to Kosovo, and demands that the parties cooperate fully in their deployment;
9. Decides that the responsibilities of the international security presence to be deployed and acting in Kosovo will include:
 - (a) Deterring renewed hostilities, maintaining and where necessary enforcing a ceasefire, and ensuring the withdrawal and preventing the return into Kosovo of Federal and Republic military, police and paramilitary forces, except as provided in point 6 of annex 2;
 - (b) Demilitarizing the Kosovo Liberation Army (KLA) and other armed Kosovo Albanian groups as required in paragraph 15 below;
 - (c) Establishing a secure environment in which refugees and displaced persons can return home in safety, the international civil presence can operate, a transitional administration can be established, and humanitarian aid can be delivered;
 - (d) Ensuring public safety and order until the international civil presence can take responsibility for this task;
 - (e) Supervising demining until the international civil presence can, as appropriate, take over responsibility for this task;
 - (f) Supporting, as appropriate, and coordinating closely with the work of the international civil presence;
 - (g) Conducting border monitoring duties as required;
 - (h) Ensuring the protection and freedom of movement of itself, the international civil presence, and other international organizations;

10. Authorizes the Secretary-General, with the assistance of relevant international organizations, to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants of Kosovo;
11. Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include:
 - (a) Promoting the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (S/1999/648);
 - (b) Performing basic civilian administrative functions where and as long as required;
 - (c) Organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections;
 - (d) Transferring, as these institutions are established, its administrative responsibilities while overseeing and supporting the consolidation of Kosovo's local provisional institutions and other peace-building activities;
 - (e) Facilitating a political process designed to determine Kosovo's future status, taking into account the Rambouillet accords (S/1999/648);
 - (f) In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions established under a political settlement;
 - (g) Supporting the reconstruction of key infrastructure and other economic reconstruction;
 - (h) Supporting, in coordination with international humanitarian organizations, humanitarian and disaster relief aid;
 - (i) Maintaining civil law and order, including establishing local police forces and meanwhile through the deployment of international police personnel to serve in Kosovo;
 - (j) Protecting and promoting human rights;

- (k) Assuring the safe and unimpeded return of all refugees and displaced persons to their homes in Kosovo;
12. Emphasizes the need for coordinated humanitarian relief operations, and for the Federal Republic of Yugoslavia to allow unimpeded access to Kosovo by humanitarian aid organizations and to cooperate with such organizations so as to ensure the fast and effective delivery of international aid;
 13. Encourages all Member States and international organizations to contribute to economic and social reconstruction as well as to the safe return of refugees and displaced persons, and emphasizes in this context the importance of convening an international donors' conference, particularly for the purposes set out in paragraph 11 (g) above, at the earliest possible date;
 14. Demands full cooperation by all concerned, including the international security presence, with the International Tribunal for the Former Yugoslavia;
 15. Demands that the KLA and other armed Kosovo Albanian groups end immediately all offensive actions and comply with the requirements for demilitarization as laid down by the head of the international security presence in consultation with the Special Representative of the Secretary-General;
 16. Decides that the prohibitions imposed by paragraph 8 of resolution 1160 (1998) shall not apply to arms and related matériel for the use of the international civil and security presences;
 17. Welcomes the work in hand in the European Union and other international organizations to develop a comprehensive approach to the economic development and stabilization of the region affected by the Kosovo crisis, including the implementation of a Stability Pact for South Eastern Europe with broad international participation in order to further the promotion of democracy, economic prosperity, stability and regional cooperation;
 18. Demands that all States in the region cooperate fully in the implementation of all aspects of this resolution;
 19. Decides that the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise;
 20. Requests the Secretary-General to report to the Council at regular intervals on the implementation of this resolution, including reports

from the leaderships of the international civil and security presences, the first reports to be submitted within 30 days of the adoption of this resolution;

21. Decides to remain actively seized of the matter.

Annex 1

Statement by the Chairman on the conclusion of the meeting of the G-8 Foreign Ministers held at the Petersberg Centre on 6 May 1999

The G-8 Foreign Ministers adopted the following general principles on the political solution to the Kosovo crisis:

- Immediate and verifiable end of violence and repression in Kosovo;
- Withdrawal from Kosovo of military, police and paramilitary forces;
- Deployment in Kosovo of effective international civil and security presences, endorsed and adopted by the United Nations, capable of guaranteeing the achievement of the common objectives;
- Establishment of an interim administration for Kosovo to be decided by the Security Council of the United Nations to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants in Kosovo;
- The safe and free return of all refugees and displaced persons and unimpeded access to Kosovo by humanitarian aid organizations;
- A political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for a substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, and the demilitarization of the KLA;
- Comprehensive approach to the economic development and stabilization of the crisis region.

Annex 2

Agreement should be reached on the following principles to move towards a resolution of the Kosovo crisis:

1. An immediate and verifiable end of violence and repression in Kosovo.

2. Verifiable withdrawal from Kosovo of all military, police and para-military forces according to a rapid timetable.
3. Deployment in Kosovo under United Nations auspices of effective international civil and security presences, acting as may be decided under Chapter VII of the Charter, capable of guaranteeing the achievement of common objectives.
4. The international security presence with substantial North Atlantic Treaty Organization participation must be deployed under unified command and control and authorized to establish a safe environment for all people in Kosovo and to facilitate the safe return to their homes of all displaced persons and refugees.
5. Establishment of an interim administration for Kosovo as a part of the international civil presence under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, to be decided by the Security Council of the United Nations. The interim administration to provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants in Kosovo.
6. After withdrawal, an agreed number of Yugoslav and Serbian personnel will be permitted to return to perform the following functions:
 - Liaison with the international civil mission and the international security presence;
 - Marking/clearing minefields;
 - Maintaining a presence at Serb patrimonial sites;
 - Maintaining a presence at key border crossings.
7. Safe and free return of all refugees and displaced persons under the supervision of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and unimpeded access to Kosovo by humanitarian aid organizations.
8. A political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, and the demilitarization of UCK. Negotiations between the parties for a settlement should not delay or disrupt the establishment of democratic self-governing institutions.

9. A comprehensive approach to the economic development and stabilization of the crisis region. This will include the implementation of a stability pact for South-Eastern Europe with broad international participation in order to further promotion of democracy, economic prosperity, stability and regional cooperation.
10. Suspension of military activity will require acceptance of the principles set forth above in addition to agreement to other, previously identified, required elements, which are specified in the footnote below¹. A military-technical agreement will then be rapidly concluded that would, among other things, specify additional modalities, including the roles and functions of Yugoslav/Serb personnel in Kosovo:

Withdrawal

- Procedures for withdrawals, including the phased, detailed schedule and delineation of a buffer area in Serbia beyond which forces will be withdrawn;

Returning personnel

- Equipment associated with returning personnel;
- Terms of reference for their functional responsibilities;
- Timetable for their return;
- Delineation of their geographical areas of operation;
- Rules governing their relationship to the international security presence and the international civil mission.

1 Other required elements:

- A rapid and precise timetable for withdrawals, meaning, e.g., seven days to complete withdrawal and air defence weapons withdrawn outside a 25 kilometre mutual safety zone within 48 hours;
- Return of personnel for the four functions specified above will be under the supervision of the international security presence and will be limited to a small agreed number (hundreds, not thousands);
- Suspension of military activity will occur after the beginning of verifiable withdrawals;
- The discussion and achievement of a military-technical agreement shall not extend the previously determined time for completion of withdrawals.

LA GUERRE AU XXIe SIÈCLE

Laurent Murawiec, Editions Odile Jacob, Paris, 2000, pp. 297, ISBN 2-7381-0755-9

A origem desta obra resultou de um estudo efectuado pelo autor em 1997 para a delegação de negócios estrangeiros do Ministério da Defesa de França. Tratou-se por conseguinte, de um trabalho oficial que visava elucidar as autoridades francesas da evolução da pesquisa científica e técnico-militar e da doutrina estratégico-militar dos EUA tendo em conta as transformações geradas pela revolução tecnológica, cibernética e informacional em decurso, evolução essa que gerou no pensamento estratégico americano o conceito de *Revolution in Military Affairs*, ou RMA. Em suma, a obra de Laurent Murawiec é uma impressionante análise das transformações que a revolução tecnológica decorrente provocará na forma como as Forças Armadas se defrontarão num futuro mais ou menos próximo, visão contudo centrada, como não podia deixar de ser, tendo em conta o objectivo do texto, na forma como o pensamento estratégico-militar americano tende a observar. Apesar desta unicentricidade não deixam de ser os EUA a liderar a dita Revolução nos Assuntos Militares, facto que não tem deixado de amargar a Europa, claramente em atraso no processo.

A obra estrutura-se de forma clássica, segundo o modelo da análise estratégica, com os dois primeiros capítulos discorrendo sobre o ambiente de onde emergirá, e onde evoluirá a conflitualidade do futuro, o primeiro sobre a ambiência geopolítica, geoeconómica e geoestratégica, e o segundo sobre a mutação gerada pela revolução tecnológica e científica, e seu efeito nas estruturas sócio-organizativas. Os capítulos três e quatro analisam a arquitectura do futuro campo de batalha e os capítulos cinco e seis permitem entender as novas modalidades da doutrina e da estratégia militar, assim como de organização das Forças Armadas. Os dois últimos capítulos fazem o contraponto entre o dinamismo inquisitivo e inovador dos EUA e a lentidão ou paralisia dos seus mais directos concorrentes, a Europa, a Rússia e a China, assim como um breve exame crítico da perspectiva da *Revolution in Military Affairs*.

Segundo o autor, todas as revoluções tecnológicas tendem a reduzir a massa por meio da produtividade reduzindo a matéria ao seu conteúdo útil, o que significa que cada vez menos matéria é necessária para produzir determinado produto, isto é, faz-se cada vez mais com menos, menos massa por mais produtividade, gerando uma progressiva desmate-

rialização, possibilitando aligeirar os conteúdos e os fluxos, multiplicando a informação e aumentando a descentralização, que reforça por seu turno todo o processo de diminuição da massa e de desmaterialização dos recursos/produtos. Esta evolução tende a conduzir-nos a um novo patamar tecnológico, com menos volume para mais eficiência, baseado na miniaturização e na nanotecnologia, no desenvolvimento dos microprocessadores e da electrónica, multiplicando os serviços e a quantidade de informação disponível. Todo este processo conduz a um atenuar da burocracia, à descentralização e desregulamentação, e à desintermediação nas relações económicas, políticas e também nas estrutura das Forças Armadas.

Como afecta esta evolução o campo de batalha? Laurent Murawiec começa por nos lembrar que a evolução deste resultou da tendência multimilenar para uma cada vez maior dispersão das forças devido à letalidade do poder de fogo. A tecnologia despovoou o campo de batalha, ao mesmo tempo que a tecno-ciência militar e a complexidade organizativo-económica das forças militares empenhadas tenderam a fazê-lo migrar para outros espaços. Assim, a importância da acção dos combatentes no campo de batalha e sua decisividade foi lentamente esvaziada em prol do aumento do peso do capital e da ciência na guerra, passando a tecnologia a ser aquilo a que hoje denominamos um multiplicador de forças. Para o autor o cerne da nova revolução na estratégia militar está na informação, que possibilita a criação de um *big brother* militar, tornando todo o campo de batalha visível, e todas as acções do inimigo reconhecíveis e detectáveis antes de terem efeito, permitindo replicar e destruir essas capacidades antes de estas serem usadas. Tudo o que se move cria turbulência, pode ser detectado e destruído. Assim, os soldados do século XXI mover-se-ão num universo físico e cyberespacial onde a sua assinatura será visível, e onde os elementos chave do combate serão a informação, a comunicação e a conectividade, a informação que garante que se verá o inimigo mais cedo do que ele nos verá, a comunicação que permite que se receba toda a informação tratada em tempo real, isto é, mais rapidamente do que o adversário a consegue, para garantir que este pode ser atingido primeiro, e que possibilita a conectividade, que assegura que forças dispersas e longínquas possam interagir sobre determinado objectivo no tempo e no espaço, em tempo real e sempre bem informadas, obrigando igualmente a uma mais vasta descentralização organizativa.

Esta evolução põe em causa o princípio napoleónico que sustenta há séculos a estratégia militar, o efeito da massa. Segundo Napoleão, a força de um exército derivaria da massa multiplicada pela velocidade, ou segundo Clausewitz, concentrar massa para convergir fogo e choque o que explica, segundo o autor, que nas eras militares onde impera o princípio da concentração o poder militar se centre num dado sistema, no Mar, os Couraçados antes da e na Grande Guerra, ou desde a Segunda Guerra Mundial nos Porta-Aviões, e em terra, no Carro de Combate. Mas o poder de fogo, inicialmente, e depois a visibilidade do campo de batalha obrigaram e obrigarão à dispersão dos meios, como já aconteceu com as guerrilhas no Vietname: desconcentrar e dispersar para bater o inimigo em escaramuças e em confrontos menores. A concentração perde peso em detrimento dos efeitos, já não interessando as massas, mas os efeitos das acções sobre a capacidade do inimigo. O cerne da acção é a rede informacional conectável, comprimindo o espaço, acelerando o tempo, emassando os efeitos, não as massas, multiplicando a produtividade militar. Esta evolução obriga a uma mutação dos meios militares clássicos, como seja o desaparecimento de alguns e a menoridade dos outros, sendo que o centro de gravidade dos meios bélicos se transfere de um ou mais sistemas físicos para a rede comunicacional, sendo por isso lógico que o centro de gravidade da batalha passe a ser o aparelho conceptual e comunicacional das forças empenhadas.

As armas do futuro na óptica do autor serão por isso distintas de muitas das que hoje conhecemos, com o progressivo desaparecimento do Carro de Combate e do Porta-Aviões, em detrimento respectivamente da infantaria, cada vez mais especializada e organizada segundo o modelo das Forças especiais. Os submarinos, distintos dos actuais, serão a longo prazo capazes de lançar mais engenhos e de transportar forças militares para operações anfíbias, apoiados por bases móveis, segundo uma estrutura próxima das torres petrolíferas, com a multiplicação de sistemas robotizados, como os *Drones*, já hoje existentes, mas cada vez mais aperfeiçoados e diminutos graças às nanotecnologias, e dotados de capacidades de ataque, a hipervelocidades, o desenvolvimento de armamento assente na engenharia molecular e atómica, e a emergência de micro-armas. Em suma, o predomínio da velocidade, da furtividade, da dispersão, que reforçam as armas pequenas, mas altamente destrutivas, o papel da infantaria, equipada com meios de elevada destruição (já hoje, o pelotão de infantaria está armado com meios de fogo fortes, nomeadamente pela

multiplicidade de metralhadoras ligeiras, duas ou três em cada secção, pela possibilidade de cada infante carregar uma arma portátil ligeira anti-carro, guiada ou não, e pelo apoio de um ou dois mísseis anti-carro mais pesados), e tendendo a integração do homem e da máquina, os uniformes biónicos, e dos submarinos ou *Drones*, com muito maior capacidade de dissimulação e furtividade/invisibilidade.

Neste ponto observa-se um dos paradoxos da guerra do futuro, que o autor não percepção de todo e que é por um lado a obsessão com a informação e com a conectividade e, por outro lado, a importância decisiva da furtividade/invisibilidade e da dissimulação. No início do século XX, e durante todo o século XX, pode-se dizer que as formas da batalha foram uma luta entre poder de fogo e protecção. No século XXI, pelo contrário, o confronto será em última análise entre informação/conhecimento e furtividade/invisibilidade. Esta evolução contraria a perspectiva do autor quanto ao fim da incerteza na guerra e no campo de batalha (uma idiossincrasia típica da acção militar na óptica de Clausewitz) derivada das tecnologias de reconhecimento e informação. Mas quem conseguirá garantir que tudo o que se vê é real e é tudo o que lá está? De facto, ao que parece, apesar da enorme superioridade informacional dos EUA/OTAN face à Jugoslávia, muitos alvos estratégicos e táticos, graças a uma sábia dissimulação e furtividade não foram detectados, nem destruídos, nem muitos dos alvos destruídos eram efectivos objectos de importância estratégica, mas erros de informação (para nos lembrar, o caso muito mediatizado da embaixada chinesa).

Laurent Murawiec apresenta, contudo, algumas das críticas que são lançadas contra a Revolução nos Assuntos Militares não deixando, no entanto, de, nas entrelinhas, nos fazer sentir o fascínio e talvez o convencimento de que as virtualidades desta, são muito mais vastas que os seus defeitos. Basicamente são referidas três grandes críticas: a) negligenciar a iniciativa do inimigo; b) não incluir o elemento humano; c) tecnomania. De facto, apesar do autor reconhecer que as virtualidades das chamadas estratégias assimétricas podem condicionar a visão mais linear e tecnicista da Revolução nos Assuntos Militares, assim como a dificuldade psicológica dos americanos em compreender o outro, o americano vê-se como sendo a essência do humano e, por isso, todos os desvirtuamentos da sua visão do mundo são errados e um mal a combater. Laurent Murawiec não deixa de salientar que a crítica à tecnomania é relativamente infundada, referindo em seu abono a perspectiva de um dos pais desta, Andrew

Marshall, de que a revolução se-lo-á só quando a dimensão técnica for integrada e interagir com as dimensões organizacionais e conceptuais, e que estas são fundamentais para potenciar a nova tecnologia militar. Contudo, e pode-se começar por efectuar aqui uma análise mais crítica à obra, talvez derivado do fascínio do autor pela sociedade e pela tecnologia militar dos EUA, o livro fica demasiado preso às concepções dos visionários da *Revolution in Military Affaires*, e da tecnicidade característica da sociedade americana que se reflecte no peso da dimensão tecnicista que caracteriza todo o estudo (em abono do autor reconheça-se que era esse o objectivo do trabalho para o Ministério da Defesa francês). De facto, jamais emerge uma indicação sobre o modo como a dimensão superior da estratégia, isto é, a política, no modelo de Clausewitz, ou mais abragentemente, as dimensões económicas e religiosas podem afectar a forma e o molde do conflito. Para Laurente Murawiec, como para os propugnadores da revolução militar em decurso, toda a questão se resume ao predomínio da informação e ao domínio do ciberespaço para assegurar a vitória no terreno. A guerra que eles estudam e travam é sempre convencional, é sempre com o uso de meios maciços de destruição, mesmo que só sejam convencionais, é sempre pura e estritamente militar, e contra inimigos que operam na mesma dimensão, como é visível até no modo como vêm as chamadas estratégias assimétricas, assentes em outro tipo de armamento, sobre a direcção de adversários de uniforme. Esta situação deriva de toda a concepção da *Revolution in Military Affaires* emergir do Pentágono ou serviços afins, a chamada Comunidade de Defesa, e estar como que eivada de uma perspectiva puramente militar da estratégia e da acção agonista. De facto, em última análise, mesmo quando se referem às estratégias psicológicas ou informacionais, a racionalidade não sai do campo de batalha, mas centra-se nele, é guerra psicológica contra o inimigo no campo de batalha, é a informação assumida transformada em arma no campo de batalha. Não deixa igualmente de ser sintomático que a questão do elemento humano se concentre nas dimensões organizacionais e conceptuais, isto é, na potencialização do uso das armas de nova tecnologia por homens que saibam utilizá-las o melhor possível. O elemento humano é assim tido em conta e até muito considerado, mas sempre inserido na dimensão tecnológica e científica da guerra e do uso do armamento.

E contudo, como salienta Martin Van Creveld (Cf. o Autor, *The Transformation of War*, 1991), a evolução da guerra desde a Segunda

Guerra Mundial, derivada do poder destrutivo das armas nucleares e depois dos meios convencionais cada vez mais poderosos e destrutivos tendeu a penetrar pelas brechas destes e a tornar-se cada vez mais de baixa intensidade, sendo hoje caracterizadamente o conflito mais comum. Esta forma de guerra evidencia-se por sobrepor a dinâmica superior da estratégia, a estratégia total ou geral, e à estratégia as dinâmicas políticas, sejam elas de carácter religioso, civilizacional, ou até, em última análise de mera luta pela existência, levando à diluição e esvaziamento do vector militar clássico como instrumento da guerra, tornando as armas, ou o grosso das armas, instrumentos inúteis e onerosíssimos de um campo de batalha para o qual não estão nem preparadas, nem vocacionadas. Face ao terrorismo, ou às acções de guerrilha urbana, ou mesmo à resistência civil, ou à combinação mortífera e desgastante de todas estas acções de guerra, a *Revolution in Military Affaires* arrisca-se a nada dizer. E, no entanto, os EUA que sofreram 148 mortos na Guerra do Golfo, tiveram mais de 200 mortos no ataque terrorista à sua embaixada em Beirute em 1982, igualmente, tiveram 2 mortos por acidente no conflito do Kosovo, mas mais de dez mortos no recente ataque terrorista ao *Destroyer* USS Cole no Iémen, como que demonstrando que face à impossibilidade de travar uma guerra convencional simétrica, os inimigos dos EUA derivaram para acções globais de ataque, numa guerra de usura onde o terrorismo e a surpresa predominam, e que se tem revelado muito mais mortífera que as confrontações convencionais. Israel não perdeu a guerra contra o Hezzbollah no Sul do Líbano, uma milícia mal equipada do ponto de vista da guerra convencional, mas que custou ao Estado hebreu mais mortos que muitos dos conflitos convencionais que teve. Como referia o ensaísta e filósofo Ernest Junger, mais do que as armas técnicas, aéreas ou atómicas, é o espírito da liberdade que deve presidir à reorganização dos exércitos (cf. o Autor, *O Passo da Floresta*, Lisboa, 1995), o que nos devia fazer lembrar que a guerra é um acto civilizacional e social ligado sempre a determinada forma de sentido sócio-comunitário, e que a expressão dessa guerra resulta sempre do modo como cada sociedade se observa e observa os outros.

Esta enorme revolução surge fundamentalmente nos EUA, o que leva Laurent Murawiec a reflectir sobre as suas causas, fundamentalmente para confrontar o dinamismo da nação americana com a paralisia de inovação que se observa nos outros lados. Para o autor, o eixo desta vantagem resulta da fluidez social derivada de uma sociedade assente

num contrato povo-governo e numa percepção social de os EUA serem uma sociedade experimental, não enraizada, que estimula o gosto pela inovação, a mobilidade social e a meritocracia. Nomeadamente, o autor contrapõe a lógica institucional da carreira típica da França (e poderia acrescentar, também típica em Portugal), com a aceitabilidade da mutabilidade das actividades profissionais nos EUA, que ao possibilitar maior inter-contactividade entre conhecimentos distintos, promove a inovação. Comparativamente, os europeus e os chineses parecem continuar centrados na investigação incremental que aperfeiçoa as tecnologias de armas existentes em vez de pensar em tecnologias de armas novas. Só na ex-URSS é que se concebeu e se entendeu toda a dimensão da nova revolução, contudo devido à deliquescência russa, a competição tecnológica é hoje impossível.

A revolução tecnológica será contudo, malgrado o pendor tecnicista, mesmo incluindo a dimensão humana do pensamento militar dos EUA, um factor decisivo, até porque também não se pode considerar como garantido que não se travem guerras de carácter mais convencional, mesmo entre potências de média dimensão. Neste campo, as tecnologias emergentes dos laboratórios e dos gabinetes de estratégia dos EUA serão fundamentais, visto aumentaram efectivamente e decisivamente o potencial de força dos exércitos com elas equipados. Os apelos feitos por importantes líderes europeus e o esforço que se começa a notar em alguns países para seguirem as pegadas dos EUA, nomeadamente em França, são elucidatórias (somente 10% dos aviões europeus utilizados no conflito com a Jugoslávia tinham capacidade de efectuar bombardeamentos de precisão, e só a França pôde dar uma contribuição decisiva para ataques nocturnos, e da Grã-Bretanha vieram os poucos mísseis de cruzeiro que a Europa utilizou. Cf. Elinor Sloan, “Responder à Revolução nos Assuntos Militares efectuada pelos EUA”, *Notícias da OTAN*, Primavera-Verão de 2000, p. 4.). Neste campo, a visão de Laurent Murawiec, pese a forte dimensão tecno-científico-militar do texto, é de leitura obrigatória porque descreve de forma agradável, acessível e tecnicamente esmerada e bastante precisa as transformações que a guerra, nas suas modalidades mais convencionais, poderá sofrer no século XXI.

António Paulo David Silva Duarte

Obras existentes no acervo do IDN

MONOGRAFIAS

ARMSTRONG, J.H.A.J., *Right and might in a new world order; the theory and practice international law and the use of force 1945-1992*, The Royal College of Defense Studies, Londres, 1992, Cota 8424 – 17 D

CANOTILHO, José Gomes, *Nova ordem mundial e ingerência humanitária: claros-escuros de novo paradigma internacional*, Instituto da Defesa Nacional, Defesa Nacional, Lisboa, 1995, I Série, 10, Cota 9223 – 33 E

CASTRO, Paulo Canelas de, *Da não intervenção à intervenção? : o movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional*, Nação e Defesa, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa, 1995, Cota 9223 – 33 E

GLARIA, Luís Vigier, *Ingerencia e derecho humanitario*, Nação e Defesa, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa, 1995, Cota 9223 – 33 E

HENKIN, Louis, *International law: politics and values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, Cota 10123 – 35 B

JAUDENES, José António, *La injerencia, una nueva forma de intervención: aspectos jurídicos y filosoficos*, Nação e Defesa, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa, 1995, Cota 9223 – 33 E

LESLIE C., Green, *The contemporary law of armed conflict*, Manchester University Press, 2000, Cota 10156 – 35 C

PUREZA, José Manuel, *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?* Afrontamento, Porto, 1998, Cota 9866 – 33 B

RAIMUNDO, Isabel, *Imperativo humanitário e não-ingerência: os novos desafios do direito internacional contemporâneo*, Lisboa, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, 1999, Cota 10124 – 35 B

PERIÓDICOS

DAWS, Sam, “Seeking seats, votes and vetoes”, in: *The World Today*, Royal Institute of International Affairs, GB, vol. 53, n° 10 (October 1997), pp. 256-259

DORIN, Bernard, “ L’ingérence humanitaire: Vers un nouveau droit international? ”, in: *Défense Nationale*, Comité d’Études de Défense Nationale, Paris, n° 56, n° 3 (Mars 2000), pp. 3-36

GIDRON, Avner e CORDONE, Claudio, “Faut-il juger l’OTAN? : Kosovo et droit de la guerre”, in: *Le Monde Diplomatique*, Paris, n° 556 (Juillet 2000), pp. 18-19

HUMAN RIGHTS WATCH, *La justicia internacional y los dictadores*, in: *Papeles*, Centro de Investigación para la Paz, Barcelona, n° 65 (1998), pp. 33-60

IMBER, Mark, *Sustaining the United Nations*, in: *Millennium Publishing Group*, Journal of International Studies, Londres, vol. 27, n° 1 (1998), pp. 119-126

LAULAN, Ives-Marie, “Il faut réformer l’ONU” , in: *Défense Nationale*, Comité d’Études de Défense Nationale, Paris, 52e année, (Décembre 1996), pp. 45-53

MENDLOVIT, Saul e FOUSEK, John, “Una policía de la ONU contra el genocidio”, in: *Papeles de cuestiones internacionales*, Centro de Investigación para la Paz, Madrid, nº 71 (Verano 2000) pp. 35-46

PFAFF, William, “Judging war crimes”, in: *Survival*, International Institute for Strategic Studies, Oxford, Univ. Press., London, vol. 42, nº 1 (Spring 2000), pp. 46-58

TOMES, Robert, “Operation allied force and the legal basis for humanitarian interventions”, in: *Parameters*, US Army War College, Carlisle, vol. 30, nº 1 (Spring 2000), pp. 38-50

ENDEREÇOS INTERNET

- <http://www.nesl.edu/center.htm>
Center for Law and Policy
- <http://www.gcsp.ch/>
Geneva Center for Security Policy (GCSP)
- <http://www.u-paris2.fr/cij/>
Internatinal Court of Justice
(Decisões, informação geral e documentos base)
- <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdoc...xt/istatute.htm>
Statute of the International Court of Justice
(Decisões, informação geral e documentos base)
- <http://www.ruhr-uni-bochum-de/ifhv/IndexE.htm>
IFVH – Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (Univ. Ruhr)
- <http://www.iccwbo.org/court/english/copyright.asp>
ICC International Court of Arbitration
(Resolução de diferendos, arbitragem, conciliação e nomeação de autoridade)
- <http://www.konbib.n/dutchess.ned/86/83/inf-2555.html>
International Court of Justice (Haia)
(Acesso a documentos base)
- <http://www.echr.coe.int>
European Court of Human Rights



Abstracts

Humanitarian Interventions and Risk Society. Contributions to an approach to the problem of risk in humanitarian interventions, José Joaquim Gomes Canotilho, pp. 17-26

With this article the author proposes to introduce some problematic dimensions of humanitarian interventions in the context of risk society. There is a paradox of rationality based on two postulates: first, the use of high level risk technology which one wishes that its use is made in a rational way in relation to the objectives one wishes to reach. Second, the irrationality that involves the impossibility to control the system of interactive agents that might cause ecological catastrophes. The author refers to Popper theorem on what concerns the limits of predictability related to the future effects of the use of high level risk military technology. The analysis of the risk structure leads us to two main issues: the effects of techno-ecological risk over its own users; transformation of the risk in an argument against humanitarian intervention.

The second part of the article, recovers the issue of the dialogue with military institution and its relationship with the concept of “failed state” in the context of humanitarian intervention.

International Trade and Constitutionalism: Friends or Enemies?, Miguel Poiares Maduro, pp. 27-42

This article takes as a starting point the constitutional challenges arising from the processes of globalisation and economic integration. In particular, the article reconstructs the traditional rhetoric underlying the free trade vs. fair trade debate. It is argued that both free trade and fair trade challenge the constitutional autonomy and social self-determination of different political communities. Therefore, any useful analysis of these issues must depart from a constitutional perspective viable in the context of an emerging, but still not existent, global political community. The article reviews the different forms of constitutional impact of the processes of globalisation and economic integration and discusses the problem of legitimating the new forms of power arising from those processes. The article concludes by suggesting some possible steps to be taken in the construction of a constitutional framework capable of guiding and

legitimizing the political and normative decisions to be taken in addressing the current challenges.

Themis Challenges, Men's Works (Constitutionalism, World Constitution and "Risk Society"), João Loureiro, pp. 43-59

The article is centred in an analysis of some changes in the Constitution of the domain of "risk society". On one hand, in a time marked by science and technology one can witness the possibility of the creation of a Constitution, which consequences in space and time are unknown. On the other hand, taking as a starting point the eventuality of a break up between State and Constitution, the author points out the emergence of new Constitutional parameters, namely those for a world Constitution, on a time when Humanity common good must be taken seriously.

State's International Responsibility: between Codification and Reality, José Alberto Azeredo Lopes, pp. 61-74

The international responsibility law, formerly restricted to matters related with foreign citizens, has been developed to the actual general system involving all areas of responsibility among states. In this process it is important to underline the work of codification undertaken fifty years ago by the United Nations Commission of International Law. Among the issues treated one should emphasise the regime of aggravated responsibility applied to cases of aggression, violation of human rights or serious violation of the right to people's self determination. Finally, it is important to consider the discounter between reality (namely, the recent issue of military retaliation) and the project of codification that is about to be finalised.

Armed Intervention and the Case of Kosovo – New Elements for the Construction of a New International Order, Paulo Canelas de Castro, pp. 75-134

The passionate debate around the international lawfulness of NATO's intervention in Kosovo obscured for some time its potential as a case

susceptible of contributing towards the reconstruction of International Law.

The article begins with an overview of the traditional trend of legal positivism, as opposed to the more recent school sustaining the merger of International Law and International Relations. Whereas the first is criticised for its lack of flexibility and inability to adequately reflect upon innovative or unexpected solutions appearing in the international arena, the second involves the risk of losing sight of the relative autonomy of international legal reasoning. A search for the normative signs of international practise is therefore recommended.

The second part addresses the so-called “institutional question” concerning the reshaping of the relationship between the United Nations and Regional organisms, namely NATO, for the purposes of ensuring international peace and security. Even though it acknowledges the difficulties in organising a rigid taxonomy of armed interventions, it proposes and examines 9 types of operations, according to the UN’s degree of involvement, the kind of control exercised by the later upon the operation in the field, the accountability of its agents and the balance of competences with the other protagonists. NATO’s intervention in Kosovo, the article argues, may constitute a new, 10th type, the specificity of which consists in a new balance between the World Organisation and other international entities, possibly more efficient, at least in the first operational moment of the intervention.

Finally, the article ends up with a discussion on the substantial issue of humanitarian intervention, in general, identifying a set of legal and *de facto* conditions for its possible lawful occurrence in International Law. The demand that such pre-requisites be observed finds its justification in the need to preserve the (core of the) cardinal principle of prohibition of the use of force while simultaneously encompassing the new significance it may have acquired in the light of the contemporary concern for a better protection of all human beings.

New World Order and the United Nations Security Council: heading for a Control of Legality, Inês Folhadela, pp. 135-148

The emergence of a New International Order after the 80’s obliged to re-think the international organisation’s legality to intervene, namely that

of the UN Security Council. Several examples of intervention of the Security Council led to consider the International Court of Law, through broadening of its own attributions and due to its impartial and independent nature, as the most adequate international body to exercise any form of control over the decisions of the UN Security Council.

International Penal Jurisdiction: it's evolution, Diogo Feio, pp. 149-179

This text presents a general idea of the evolution of International Criminal Law during the XX century, through the analysis of the Court of Leipzig, Military International Court of Nuremberg, Military International Court of Far East, "*ad hoc*" Court for the ex-Yugoslavia, and "*ad hoc*" Court for the Rwanda. The aim of this article is to analyse the differences related to the origin, basis and intervention of the courts and also changes in this field of International Law, in last years.

In fact, nowadays, the sovereignty concept is understood as a relative concept and the individual is accepted as a subject of International Law, with special duties as far as Humanitarian Law is concerned.

This article aims to describe the evolution of International Criminal Law, noting however that further work shall be carried on in the future.

A New Jurisdictional International Order? News from the Sources System. Contributions to Environmental International Law, Mário João Fernandes, pp. 181-202

Although the new geopolitics were unable to generate a new international law superstructure, we can already notice some changes. That is certainly the case for the sources of public international law, considering the pressures suffered by the classical system of sources.

Municipal law taught us that often a branch of the law carries the burden of proving the suitability of a new source, transforming an audacious approach into a general trend. To give notice of the many changes on the sources of public international law we have chosen the international environmental law as an example of the coming and more general transformations.

Variations about the New World Civil Society: International NGO's: an Entity without Personality...?, Ana Luisa Riquito, pp. 203-237

Together with the modern tendency of States to aggregate and form International Organisations of varied scope and shape, the multiplication of **Non-Governmental Organisations** constitutes one of the most prominent features of the New World Order. This paper concentrates upon the later, examining their origins, functions and the grounds for their mediatic success. It further analyses the formal relationship of NGO's with International Organisations of States, namely the United Nations, noting that the international legal *régime* has awarded NGO's several **subjective legal positions**, recognising them a set of rights, among which one can enlist: voting rights in the decision-making process of several specialised agencies and subsidiary organs of the world organisation, the possibility of acting as *amici curiae* before some international courts, etc..

While the greatest part of legal scholarship on the issue of **international legal personality** keeps omitting or avoiding any reference to this *de facto* actors in the international arena and *fora*, it has become clear that NGO's, in spite of their **national and private origins**, now relevantly integrate, siding with the individual and some atypical entities, the constellation of **international subjects**. Viewing them as such, has become possible with the loss of the positivist monopoly of States over international subjectivity, which, at the same time, evolved into a more flexible and **gradual concept**, allowing for the recognition of different sets of rights, according to the nature of the concerned entity.

Without denying the major role played by NGO's as one of the interpreters of the common global *volonté générale*, this paper also points out to the unresolved issue of their lack of transparency, accountability and mainly lack of **democratic legitimacy**, especially in the era when liberal democracies seem to ensure that States adequately represent their peoples also at the international level.



Av. das Descobertas, n.º 17
Restelo • 1400-091 LISBOA
Tel.: 21 302 07 73 • Fax: 21 302 10 22

EUROpress

Editores e Distribuidores de Publicações, Lda.

Rua João Saraiva, 10-A • 1700-249 Lisboa
Tel.: 21 844 43 40 • Fax: 21 849 20 61
europress@mail.telepac.pt



NAÇÃO E DEFESA

Revista trimestral

Boletim de Assinatura

Nome _____

Morada _____

Nº de Assinante _____

Código Postal _____

Localidade _____

Indicativo _____

Telefone (horas expediente) _____

Desejo adquirir a revista Nação e Defesa, na seguinte modalidade:

☐ ASSINATURA ANUAL

☐ AVULSO

☐ Instituições 5.000\$00 € 24,93

☐ Individuais 4.000\$00 € 19,95

☐ Estudantes 3.500\$00 € 17,45

É necessária fotocópia do comprovativo de estudante referente ao ano em curso.

Cada número 1.500\$00 € 7,48

Cada número assinantes 1.000\$00 € 4,98

Números a comprar:

--	--	--	--	--	--	--	--

Números a assinar:

--	--	--	--	--	--	--	--

--	--	--	--	--	--	--	--

Assinatura _____

Data _____

O pagamento deve ser efectuado por vale postal ou cheque à ordem do Instituto da Defesa Nacional, e anexado a este Boletim

INSTITUTO DA DEFESA NACIONAL

Calçada das Necessidades, 5, 1399-017 LISBOA

<http://www.idn.pt> — idsn@mail.idn.pt

Tel. 21 392 46 00 — Fax 21 392 46 58

Os trabalhos, inéditos, devem ter entre 40.000 e 50.000 caracteres e ser entregues na Redacção da revista *Nação e Defesa* acompanhados dos seguintes elementos:

- disquete (Word para Windows); e
- resumo com 600 caracteres em português e em inglês.

À parte, deverá ser entregue a identificação, morada completa e contacto, bem como a indicação da referência que acompanha o nome do autor aquando da publicação.

As notas de pé de página e as referências bibliográficas devem obedecer aos seguintes modelos:

Monografia

KEOHANE, Robert O., *Neorealism and its critics*, N. York, Columbia University Press, 1986.

Artigo

COX, Robert, «Social forces, states and world orders: beyond international relations theory», in KEOHANE, Robert O., *Neorealism and its critics*, N. York, Columbia University Press, 1986, pp. 204-254.

Quando os trabalhos incluírem materiais gráficos ou imagens, devem fazer-se acompanhar pelos originais em bom estado ou ser elaborados em computador e guardados em formato gráfico (Bitmap, TIF ou EPS).

Os trabalhos serão apreciados em regime de anonimato e, quando publicados, responsabilizam apenas os autores.

O envio de um trabalho implica compromisso por parte do autor de publicação exclusiva na revista *Nação e Defesa*.

PUBLICATION RULES

The unpublished works shall consist of between 40,000 and 50,000 characters and shall be delivered to the Editors' office of *Nação e Defesa* accompanied by the following:

- diskette (Word for Windows); and
- a 600 characters abstract in Portuguese and English.

Identification, full adress and contact should be given separately, together with an indication of the reference to accompany the author's name at the time of publication.

Footnotes and acknowledgements shall be in keeping with the following models:

Monograph

KEOHANE, Robert O., *Neorealism and its critics*, N. York, Columbia University Press, 1986.

Article

COX, Robert, «Social forces, states and world orders: beyond international relations theory», in KEOHANE, Robert O., *Neorealism and its critics*, N. York, Columbia University Press, 1986, pp. 204-254.

If the work includes graphic material or images it should be accompanied by originals in good condition or be prepared on a computer and saved in graphical format (Bitmap, TIF or EPS).

The works will be appraised on an anonymous basis, and, when published, the authors shall have full responsibility.

Submission of a work implies a commitment by the author to exclusive publication in *Nação e Defesa*.



**Defesa
Nacional**

INSTITUTO DA DEFESA NACIONAL