

AUSÊNCIA DE PROCESSUALIDADE NA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Daniela Carla da Costa Salomão
Mestre em Direito Comunitário e de Integração pela PUC/MG
Doutoranda em Direito Processual pela PUC/MG

1. Introdução. 2. Fundamentos do direito internacional clássico. 3. Algumas considerações sobre a soberania. 4. Fontes do direito internacional clássico. 4. Paradigma adotado pela Carta da Organização das Nações Unidas. 5. Peculiaridades do processo de criação e estruturação institucional da ONU. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo discutir as deficiências estruturais da Organização das Nações Unidas, bem como a insuficiência do direito internacional clássico para promover a integração entre os Estados na sociedade internacional. Para tanto, procura apresentar o paradoxo existente na Carta Política das Nações Unidas que, por um lado, fixa princípios que preconizam uma ordem internacional democrática e, por outro, prevê critérios centralizados de controle e a exclusão da competência da Assembléia Geral para análise dos conflitos internacionais de grande relevância.

1. Introdução

A chegada do terceiro milênio trouxe consigo um progresso tecnológico surpreendente, caracterizados principalmente pelos meios de comunicação: a internet e a fibra ótica que fizeram com que o mundo se auto conectasse. Tais inovações prenunciavam movimento de mudança das relações jurídicas entre as pessoas e os Estados. A tônica político - jurídica indicava a defesa dos direitos difusos, a ampliação dos direito humanos, a valorização da solução pacífica dos conflitos e a integração econômico - política dos Estados.

Inobstante tal fato, uma outra faceta da atualidade pode ser vislumbrada: A disputa pela hegemonia do poder político e econômico que devassa a sociedade internacional desestabilizando as relações entre os Estados. Tal situação desafia a Organização das Nações Unidas, criada em 1945 com o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais quanto a sua potencialidade de promoverem a harmonização entre os Estados membros da Sociedade Internacional. Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar as características do direito internacional público e da Organização das Nações Unidas a fim de verificar a sua suficiência e compatibilidade à demanda democrática atual.

2. Fundamentos do Direito Internacional Clássico

O direito internacional clássico segundo Jean Toussez, mencionado por MELLO¹, "*é o conjunto de regras e de instituições jurídicas que regem a sociedade internacional e que visam estabelecer a paz e a justiça e a promover o desenvolvimento.*" Assim como o direito interno, o direito internacional tem por objeto a estabilização das tensões existentes nas relações entre as pessoas de direito internacional. Referida sociedade, que no passado compunha-se predominantemente de Estados, daí a sua denominação interestatal, hoje reconhece as organizações internacionais, a Santa Sé, a Cruz Vermelha e os beligerantes² como sujeitos de direito internacional, além de atribuir certa importância ao indivíduo, às organizações não governamentais e às empresas multinacionais³.

¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 67.

² Beligerantes podem ser entendidos como os revoltosos de guerra civil que têm sob o seu controle parte do território estatal. Para Celso D. Albuquerque Mello, o instituto da beligerância a) "é uma decorrência dos princípios humanitários, uma vez que obriga as partes em luta às leis da guerra, evitando, deste modo, a prática de atos de selvageria", além disso, "b) o governo 'de jure' não é responsável pelos atos praticados pelos beligerantes; c) os navios dos revoltosos não são considerados piratas; d) os direitos de presa e bloqueio são reconhecidos aos revoltosos e ao governo 'de jure'; e) os Estados estrangeiros ficam sujeitos aos direitos e deveres da neutralidade; f) os beligerantes podem concluir tratados com os Estados neutros. (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público*. ob. Cit. p. 531/532)

³ Para Irineu Strenger "o mundo atual não permite pensar adequadamente as relações internacionais, sem incluir na sistematização dessa matéria o desempenho e a influência das empresas multinacionais, cujas atividades, pela sua própria natureza, ultrapassam as fronteiras nacionais e transbordam o regime jurídico interno. Expressão do capitalismo mundial e da divisão internacional do trabalho entre países industrializados e países em desenvolvimento, as empresas multinacionais constituem ao lado dos Estados, das organizações

A sociedade internacional não possui a mesma estrutura da sociedade nacional. Nesta observamos a presença de uma organização institucional centralizada, cujo poder se exerce por meio das funções legislativa, executiva e judiciária. Naquela, não existem instituições com competência legislativa ou que detenha o monopólio da sanção, exercendo jurisdição obrigatória sobre todos os seus membros.

Segundo MELLO, a sociedade internacional pode ser caracterizada como uma sociedade universal, paritária, aberta e descentralizada. Suas normas têm caráter originário. Noutras palavras:

"É universal porque abrange todos os entes do globo terrestre. É paritária uma vez que nela existe a igualdade jurídica. A característica de aberta significa que todo ente, ao reunir determinados elementos, se torna seu membro sem que haja necessidade de os membros já existentes se manifestarem sobre o seu ingresso (...). A falta de uma organização institucional significa que ela não é um superestado, isto é, não possui um poder legislativo, executivo ou judiciário por cima dos Estados e, em consequência, é descentralizada (...). Finalmente, o DIP é um direito originário porque ele não se fundamenta em outro ordenamento positivo."⁴

As normas internacionais, em regra, são elaboradas pelos seus próprios destinatários, o que não implica, necessariamente, na observância do princípio da democracia pelos membros da Sociedade Internacional. São oriundas de um processo formal de elaboração fixado em convenção internacional. À

intergovernamentais e das organizações não-governamentais uma nova categoria de 'atores'" (STRENGER, Irineu. *Relações internacionais*. São Paulo: LTr. 1998. P.217 e Seg.)

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Ob. Cit. p. 48.

descentralização normativa corresponde a descentralização da sanção, cuja aplicação é a condição da eficácia do direito internacional.⁵

A característica mais marcante da sociedade internacional, contudo, é o seu fundamento no "Princípio da Soberania", do qual decorrem outras características que nada mais são que desdobramentos do mencionado princípio. A relação de coordenação, a ausência de norma auto-aplicável e o objetivo de cooperação entre os membros da sociedade internacional são alguns deles.

Talvez esteja aí a principal diferença entre comunidade e sociedade internacional, necessária à exata compreensão das características dessa. A comunidade, sob o aspecto sociológico, decorre de uma formação natural, da vontade orgânica de seus membros, cuja participação dos indivíduos na vida comum manifesta-se de maneira profunda. A sociedade, por sua vez, já possui características diferentes, tendo em vista sua formação voluntária, decorrente de uma vontade refletida, com vistas à idéia de finalidade e felicidade. Em razão dos laços entre os indivíduos na sociedade internacional não decorrerem de afinidades mútuas ou de um impulso natural, estes participam da vida comum de maneira menos profunda.⁶

A expressão "Sociedade" vem do latim "*societas*" que significa associação, reunião, agrupamento ou agremiação de pessoas, *"na intenção de realizar um fim, ou de cumprir um objetivo de interesse comum, para o qual todos devem cooperar, ou trabalhar."*⁷ O Vocábulo "Comunidade", também do latim - "*comunitas*", de "*communis*" - dá *"a indicação do estado ou qualidade de tudo o que é comum ou está em comum (...) Desse modo, a comunidade já evidencia a união ou universalização de coisas singulares ou de pessoas, que contribuíram para a formação do todo ou da coletividade."*⁸

⁵ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999. P. 83.

⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Ob. Cit. p. 47.

⁷ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Vol. IV. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993, p.248.

⁸ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Vol. I. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993, p.482

Como se pode abstrair da conceituação supra, enquanto sociedade é o agrupamento de pessoas que se unem para a consecução de fins comuns, ou seja, para tornar possível a realização de um objetivo, a comunidade, ao contrário, não depende da vontade do homem ou de algum interesse, ela é natural, simplesmente acontece. As pessoas se unem por afinidade, por terem problemas, valores, pensamentos e cultura comuns.

São contratuais as relações entre os sujeitos na sociedade internacional, o que lhes garante a medida adequada de soberania. Nenhuma concessão dessa natureza é feita em prol do bem comum, daí não se poder falar em delegação de soberania. A cooperação internacional encontra limite na intangibilidade do poder dos Estados. Conseqüentemente não se admite a existência de um poder que esteja acima dos Estados. Não há hierarquia na sociedade internacional, mas apenas relação de coordenação entre seus sujeitos. As decisões são tomadas em conjunto, entretanto, a decisão da maioria não tem o condão de vincular a minoria dissidente.

Some-se a isso o fato de inexistir normas auto-aplicáveis, na medida em que os nacionais só devem observância ao direito produzido pelo Estado ou decorrente de convenção, porém, introduzido por Este no ordenamento jurídico nacional, segundo os procedimentos previstos em lei. A busca da sociedade internacional é de mera harmonização legislativa, a fim de tornar possível a convivência pacífica entre os Estados e a consecução de determinados fins, sem pretensões mais ousadas. Decorre daí sua natureza meramente cooperativa.

Contudo, Valério de Oliveira Mazzuoli, mencionando Mandelstam, noticia que muitos autores atribuem a determinadas categorias de direitos internacionais o caráter supranacional. É o caso dos direitos humanos. Para estes autores a soberania do Estado não passa de uma competência delegada pela

sociedade internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que "*existe não só um direito internacional, mas também um direito supranacional ou humano, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto pelo outro.*"⁹. Há, pois, um enfraquecimento do princípio da não interferência internacional em assuntos internos dos Estados, flexibilizando a noção de soberania absoluta.

A comunidade internacional, ao contrário, por não se fundar no princípio da soberania (absoluta), admite estrutura supraestatal, institucionaliza a relação hierárquica entre as instituições e os Estados-membros, permite a uniformização do direito, possibilitando a criação de normas auto-aplicável, além de submeter os Estados-membros a uma jurisdição obrigatória. Tais características evidenciam a perspectiva integracionista da comunidade internacional.

Observa-se que raramente se criará normas efetivas que tratem de assuntos sensíveis e/ou controvertidos entre Estados na Sociedade Internacional, tendo em vista a dificuldade do consenso. Além disso, não se permitirá a criação de mecanismos de sujeição obrigatória dos estados ao direito internacional público.

O único exemplo de comunidade internacional conhecido até os dias de hoje é o da União Européia. Isto significa dizer que todas as demais relações e formas de associação entre os estados são típicas de uma sociedade internacional, com todas as características a ela inerentes.

3. Algumas considerações sobre a soberania

Segundo CANOTILHO, soberania "*em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder soberano no plano interno e num poder*

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da constituição de 1988*. Jus navegandi. P.11. www.jus.com.br/doutrina/dhtratad.html

independente no plano internacional”¹⁰. A soberania interna significa que o poder do Estado, nas leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam seu território não pode ser limitado por nenhum outro, por ser o poder máximo. A soberania externa, por sua vez, significa que nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação ou dependência, as relações se estabelecem em grau de igualdade¹¹. Noutras palavras, o soberano está acima do ordenamento jurídico, elabora as normas, mas não se submete à elas. Por outro lado não é sancionável por nenhuma jurisdição.¹² Esta é a concepção de soberania difundida desde o século XII, que ainda hoje permeia a sociedade internacional.

A noção de soberania encontra-se ligada a concepção de poder, pois mesmo quando concebida como centro unificador de uma ordem, está implícita a idéia de poder de unificação. A unidade, então, apresenta-se como característica da soberania, decorrente da impossibilidade de coexistirem dois poderes soberanos incidindo sobre o mesmo território, ao mesmo tempo. A soberania é tida como o poder supremo, superior a qualquer outro, não sendo cabível a existência de mais de um poder com essa qualidade.

Também se apresentam como características do conceito clássico de soberania a indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. A indivisibilidade decorre da soberania se aplicar à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo indivisível quanto à sua natureza e essência, porém divisível no seu objeto e exercício. O poder soberano pode ser exercido por vários indivíduos ou órgãos do Estado, de acordo com a respectiva constituição¹³. A inalienabilidade e a imprescritibilidade refletem a impossibilidade de ser

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 83.

¹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000. p. 379.

¹² Exemplo claro desta soberania absoluta foi a não ratificação pelos Estados Unidos da América do Tratado de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, em vigor a partir de 2002.

¹³ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 35ª ed. São Paulo: Globo, 1996.

transferida de um poder para outro, bem como de ser prescrita em favor de ninguém, sob pena de deixar de existir.

Embora esta noção de soberania absoluta preconizada por Jean Bodin no século XII esteja, segundo alguns autores, se relativizando em decorrência da própria criação da União Européia, bem assim pelos movimentos oriundos da globalização, o fato é que o direito internacional clássico ainda não sofreu as modificações necessárias ao acompanhamento desse processo que, sabe-se, pelas próprias características da sociedade internacional será extremamente lento. A consequência disso é que as relações entre os estados na atualidade, a exceção da União Européia, continuam se pautando pelo princípio da soberania. Haja vista a atuação norte-americana no conflito contra o Iraque.

É o que se evidencia na ONU, onde tal princípio encontra-se expresso no artigo 2º da Carta que dispõe o seguinte:

"Art. 2. A Organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no art. 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no **princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.**"

A proteção à soberania individual de cada Estado membro é reforçada pelo princípio do domínio reservado dos Estados, preconizado no item sete do mesmo artigo, que impede a ação da Organização em matérias consideradas de competência interna dos Estados, senão vejamos:

"7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII."

Referido princípio, a nosso ver, legitima de forma equivocada a licitude das intervenções unilaterais dos Estados para a defesa de um direito. As matérias por ele englobadas são fixadas como meio de proteção à soberania dos Estados contra as pressões de outros Estados. O Instituto de direito internacional o definiu como sendo o domínio "*das atividades estatais em que a competência do Estado não está vinculada pelo direito internacional*"¹⁴

Analisando o instituto, PELLET considera que a noção de domínio reservado "mantém-se profundamente conectada ao conceito de soberania"¹⁵, constituindo atitude paradoxal dos Estados face às organizações internacionais, senão vejamos:

"Aparentemente, a atitude dos Estados face às organizações internacionais é paradoxal. Criaram-nas na esperança de que contribuiriam para prevenir e apaziguar os seus conflitos de interesses mais eficazmente do que os procedimentos diplomáticos tradicionais. Conscientes de que este objectivo impõe a concessão às organizações de poderes de pressão coletiva, temem sempre a sua concretização. Para se precaverem incluem nas cartas constitutivas fórmulas abstratas ('competências exclusivas dos Estados', 'competência essencialmente nacional') destinadas a limitar as questões susceptíveis de serem regulamentadas pelas organizações."¹⁶

Conforme se vê, as relações entre os Estados-membros na ONU é permeada pelo princípio da soberania, o que prejudica as ações da Organização, tendo em vista a falta de segurança jurídica.

4.Fontes do Direito Internacional Clássico

¹⁴ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Ob. Cit. P.398.

¹⁵ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Ob. Cit. p. 398.

¹⁶ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Ob. Cit. p. 402

As fontes normativas do direito internacional, que se propõem a promover a integração da sociedade internacional, encontram-se expressamente enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. São elas: 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 geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

4.1. O Costume internacional reflete "uma prática geralmente aceita como direito, não prescrevendo prazo para que uma determinada prática seja considerada direito, sendo indispensável, porém, a consciência jurídica de que esta prática é obrigatória." Sobre o assunto, Luiz Moreira comenta:

"Em sociedades modernas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes."¹⁷

Para o autor, a única maneira de se saber se um acordo normativo é racionalmente motivado e através do procedimento pelo qual se chega a ele, *"pois nesse caso o acordo refere-se à validade da regulamentação normativa, que se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulamentação."*¹⁸

Noutras palavras:

¹⁷ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. P. 21

¹⁸ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Ob. Cit. P. 23

"Somente dentro de limites normativamente estabelecidos, opina Habermas, podem os sujeitos de direito portarem-se de forma racional conforme fins sem se remeterem à tradição. Para a institucionalização dessas ações racionais é preciso que se estabeleça um acordo normativo que satisfaça a exigência de um acordo livre, por conseguinte, que seja discursivo e que seja estabelecido de modo autônomo por seus participantes, dotado de propriedades formais de racionalidade segundo valores."¹⁹

Conseqüentemente, o costume é criticado como fonte legítima do ordenamento jurídico, eis que fruto de tradição imposta à sociedade pelos grupos dominantes. Não sendo, contudo, fruto de um processo discursivo participado, que tem no entendimento seu ponto mais forte.

4.2.Os princípios gerais de direito, conforme leciona BOBBIO, mencionado por GALLUPO, constituem juntamente com as regras, espécie do gênero normas. Entretanto daquelas se distinguem com base em cinco pontos: a) os princípios são mais gerais que as regras, têm validade para toda uma matéria, ou todo um ramo do direito; b) os princípios encerram normas fundamentais, de base de todo o ordenamento jurídico; c) os princípios são diretivas, indicando a orientação ético-política de um sistema; d) os princípios são normas indefinidas, comportando, assim, uma série infinita de aplicações e, finalmente, e) os princípios são normas indiretas que têm função construtiva e conectiva em determinar e reassumir o comando da norma.²⁰

Na qualidade de normas, também os princípios terão sua validade aferida pela legitimidade do procedimento do qual eles emanaram, consoante entendimento Habermaziano registrado por MOREIRA e expostos no item supra.

¹⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Ob. Cit. P. 23/24.

²⁰ GALLUPO, Marcelo Campos. *Princípios Jurídicos e Soluções de seus Conflitos - A contribuição da obra de Alexy*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. I, n. 2, p. 134/142, 2º semestre de 1998.

4.3. As normas de origem convencional somente têm validade para os Estados que as ratificaram, tendo em vista que os tratados só obrigam as partes contratantes. Segundo a Convenção de Viena de 1969 Sobre Direitos dos Tratados, *"tratado' significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular"*.

As normas convencionais, em regra, decorrem de um processo prévio de negociação, para só então serem reduzidas a termo, propiciando oportunidade de assinatura e ratificação pelos Estados-membros que concordem com o seu conteúdo.

Jürgen Habermas somente atribui validade à norma oriunda de um processo argumentativo²¹. Fruto da participação dos agentes sociais, que neste exercício deixariam a posição de meros destinatários para assumir a posição de verdadeiros co-autores de referidas normas. Noutras palavras:

“...à medida que os cidadãos são entendidos como membros de uma comunidade jurídica, a posição de destinatários é substituída posição pela de co-autores da normatividade proveniente do Direito. Ou seja, a ordem jurídica não é heterônoma, mas emana da produção discursiva da vontade política dos membros da comunidade jurídica. Essa é a primeira questão. A Segunda é que, embora os cidadãos sejam autores do sistema jurídico, a produção discursiva da vontade democrática dos cidadãos exige um processo de institucionalização. Ora, como emana discursivamente da vontade dos cidadãos, a normatividade do Direito não é fechada sobre si mesma, antes precisa comprovar-se na factualidade das decisões democráticas.”²²

²¹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 165.

²² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 165.

Mutatis mutandis, os membros da Sociedade Internacional só devem se sujeitar às normas internacionais se tiveram garantida a oportunidade de participarem do seu processo de criação. É que a coesão social somente se alcança pela participação dos membros no processo de elaboração normativa, sendo esta sua principal fonte de legitimidade. A outra consubstancia-se na observância do devido processo legislativo. Decorre, daí, a possibilidade dos seus sujeitos discordarem do argumento que dá validade à norma e não aderirem à mesma. Por outro lado, há a probabilidade desses mesmos sujeitos reconhecerem a autoridade normativa do melhor argumento. Contudo, é importante ressaltar que a legitimidade do ordenamento jurídico (interno ou internacional) encontra-se exatamente no reconhecimento da falibilidade do sistema normativo. Cria-se a abertura para uma constante revisão, revogação e reconstrução dos preceitos normativos.

Desta forma, o simples fato da norma ser fruto de um processo legislativo não lhe confere autoridade absoluta. Estando essa aberta à comprovação fática, sua legitimidade decorrerá de sua vinculação a processos democráticos²³.

Nas palavras de Habermas:

“à luz dessa idéia da autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre-arbítrio, do agir estratégico e da auto-realização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa, sobre a qual as pessoas têm que entender-se, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em

²³ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 167.

que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas.”²⁴

Numa sociedade internacional que se proponha democrática a ordem jurídica deve surgir como resultante da vontade consciente e discutida de seus membros²⁵. A validade da norma não decorrerá dos mecanismos sancionatórios, mas de sua legitimidade.

A inexistência de mecanismos eficazes de sanção, contudo, não faz com que as normas internacionais se caracterizem como democráticas e, conseqüentemente, legítimas, posto faltar-lhes o pressuposto básico, qual seja, a oportunidade de discursividade entre as partes em simétrica paridade. O princípio da igualdade, embora formalmente reconhecido como regente das relações internacionais entre os Estados membros da ONU, na prática não se verifica.

Frise-se, finalmente, que os tratados podem se constituir sob a forma de Tratado-lei, "*que se propõe a fixar normas de direito internacional de caráter geral e abstrato, que os Estados aceitam como normas de conduta; caracteriza-se por ser predominantemente multilateral e por possuir cláusulas de adesão*"; sob a forma de Tratado-contrato, "*que rege de um modo concreto os interesses divergentes dos Estados e pode ser considerado um acordo de vontades entre as partes produtivas de efeitos obrigacionais*" e, finalmente, sob a forma de Tratado-constituição, "*que traduz um acordo entre pessoas de direito internacional e tem por principal objetivo criar uma organização internacional munindo-a de uma carta constitutiva*"²⁶, sendo essa última a conformação da Carta das Nações Unidas.

²⁴ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade, t. II, p. 324-325, Posfácio.

²⁵ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999. p. 165.

²⁶ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Processualística dos atos internacionais: constituição de 1988 e mercosul*. In CASELLA, Paulo Borba. Contratos internacionais e direito econômico no mercosul. São Paulo: LTr. 1996, p. 465/467

4.4. Segundo MERCADANTE, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não exaure as fontes de direito internacional, tendo em vista que não menciona os atos unilaterais dos Estados que, segundo ele "*produzem conseqüências jurídicas, criando, eventualmente, obrigações*"²⁷. O ato normativo unilateral "*pode casualmente voltar-se para o exterior, em seu objeto, habilitando-se à qualidade de fonte de direito internacional na medida em que possa ser invocado por outros Estados em abono de uma reivindicação qualquer, ou como esteio da licitude de certo procedimento.*"²⁸

A validade de referido ato normativo unilateral, entretanto, decorrerá da observância dos requisitos de validade do ato jurídico que, no caso brasileiro, são: objeto lícito, capacidade das partes, forma prescrita ou não defesa em lei.

Tal observação faz-se necessária tendo em vista que os atos unilaterais dos Estados, quando destituídos de um destes requisitos, ainda que tenha repercussão internacional, não têm o condão de gerar direitos e obrigações para outros Estados, senão pelo uso da força. A ação militar dos Estados Unidos da América contra o Iraque deflagrada em março de 2003 é um exemplo claro desta realidade, onde a ilicitude da conduta exterioriza-se pela violação ao princípio da autodeterminação dos povos, da vedação ao uso da força, da solução pacífica dos conflitos, da soberania, da igualdade jurídica entre os Estados, princípios esses preconizados pelos artigos 1º e 2º da Carta das Nações Unidas, além da não aprovação da ação preventiva pelo Conselho de Segurança.

Destarte, não basta que uma norma nacional esteja potencialmente apta a intervir na ordem jurídica internacional criando direitos ou prescrevendo vedações para ser considerada fonte de direito internacional, necessário se faz

²⁷ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Processualística dos atos internacionais: constituição de 1988 e mercosul*. In CASELLA, Paulo Borba. Contratos internacionais e direito econômico no mercosul. São Paulo: LTr. 1996, p. 459/505.

²⁸ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 8ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131/132.

preencha ela os requisitos de validade do ato jurídico. É o caso de uma lei que consagra direito a estrangeiros, por exemplo. Embora sua origem seja nacional, seus efeitos extrapolam o limite territorial do Estado.

O mesmo ocorre, segundo o autor retro mencionado, com as resoluções das organizações internacionais, em que pese as divergências doutrinárias e a sua ausência no texto do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A eficácia dos atos normativos das organizações internacionais decorre do sistema constitucional fixado pela própria organização. Noutras palavras:

"Pode haver obrigatoriedade, dessarte, tanto numa decisão personalíssima do Secretário-geral quanto numa decisão da assembléia, ou de um conselho especializado. O Estado membro da organização, de todo modo, não irá recolher obrigações de um 'acordo formal' que tenha celebrado com seus homólogos, mas da força compulsiva de quanto haja regularmente decidido o órgão daquela organização internacional, cujos mecanistos jurídicos ele, Estado, ajudou a engendrar, e estima válidos na sua integralidade."²⁹

Discute-se, aqui, se o fato dos Estados-membros terem consentido com os termos da Carta Constitutiva de uma organização internacional seria suficiente à sua completa submissão às normas que dela emanam. Para se obter uma resposta coerente com a proposta que vem sendo exposta, faz-se necessário, primeiro, a análise do processo de criação da constituição da organização, se fruto de um processo efetivamente participado ou imposto por uma minoria. Contudo, ainda que se trate da primeira hipótese, sempre será possível o questionamento da norma, tendo em vista que a legitimidade do sistema, conforme já se disse, funda-se no reconhecimento de sua falibilidade. Consequentemente, referido sistema estará constantemente aberto a discussão e a modificações. Somente então poder-

²⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. Ob. Cit. p. 135.

se-á dizer que os Estados membros estarão submetidos à constituição da organização internacional, tendo em vista serem seus próprios autores os críticos do sistema.

5. Paradigma Adotado pela Carta da Organização das Nações Unidas

A Carta das Nações Unidas conforme se viu no tópico anterior é um exemplo de Tratado-constituição, no qual consta a opção jurídico-política da organização, encerrando seu modo particular de existir. A norma de natureza constitucional goza de superioridade hierarquia, sendo a fonte de todo o direito secundário. Assim, para verificarmos a compatibilidade dos atos emanados dos Órgãos da ONU com a sua respectiva Carta Política, faz-se necessário verificar o paradigma adotado pela Organização.

Embora a Carta da ONU não traga de forma expressa o princípio da democracia, desde o seu preâmbulo já se verifica a intenção de preservação dos "direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor humano, na igualdade de direitos dos homens e mulheres, assim como das nações grandes e pequenas" e "promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla".

A Carta enuncia como objetivo específico seu "*desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direito e de autodeterminação dos povos*" (art. 1, alínea 2) e "*promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*" (art. 1, alínea 3).

Além disso, incorporam suas normas a "Declaração Universal dos Direitos do Homem" adotada pela Assembléia-Geral da ONU em 10.12.1948, através da Resolução 217 A-III³⁰. Referido tratado traz, de forma expressa, em seu bojo conteúdos normativos asseguradores da democracia, são eles: a) os direitos de participação no governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) a autoridade do governo fundada na vontade do povo, que "*será expressa por meio de eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.*" (art. XXI); liberdade de opinião e expressão (art. XIX); liberdade de pensamento, consciência e religião (art. XVIII); a liberdade de reunião e associação (art. XX); a igualdade de todos em dignidade e direitos, "*sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição*" (art. II); direito ao devido processo legal (art. IX, X, XI) e igualdade perante a lei (art. VII).

O corolário da democracia é a liberdade e a igualdade, exteriorizadas, notadamente, pela participação popular dos agentes sociais, pelo gozo de direitos políticos e pelo sufrágio universal (direito de votar e ser eleito). Assim, evidente se mostra adotar a ONU o paradigma de uma organização democrática de direito, pelo menos teoricamente.

A democracia no paradigma de uma Organização Democrática de Direito, efetiva-se por meio do PROCESSO, espécie de procedimento, em contraditório, no qual é garantida às partes simétrica paridade na preparação do provimento jurisdicional.³¹ O processo se adequa ao paradigma retro mencionado exatamente por ser o espaço público institucionalizado constitucionalmente para a

³⁰ RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. P. 656.

³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. P. 84.

garantia dos direitos e liberdades individuais ou, nas palavras do processualista italiano Elio Fazzalari³²:

“Si tratta dunque non di meri procedimenti, bensì di processi. Qui il processo conferma, se mai ve ne sia bisogno, la sua essenza di struttura privilegiata per la gestione democratica di attività fondamentali; e dunque, di strumento per la salvaguardia delle libertà”³³

A verificação de compatibilidade da norma ao Texto Constitucional, no paradigma da democracia, não se limita à análise da compatibilidade dos conteúdos normativos, mas se estende ao procedimento através do qual referidas normas se originam. Noutras palavras:

“a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são única fonte de legitimação.”³⁴

A Carta da ONU prevê no seu Capítulo VI mecanismos para a solução pacífica de controvérsias, que dar-se-ão por "*negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha*" tais como os "bons ofícios" e o recurso a entidades ou acordos universais, inclusive a própria ONU.

A negociação constitui a forma de solução de conflitos promovida por iniciativa das partes envolvidas no conflito que procurarão, mediante conversação direta, por termo ao litígio. O inquérito, assim como os bons ofícios, a mediação e a conciliação constituem forma de solução de conflitos mediante intervenção de terceiros. O inquérito exteriorizar-se-á pelo procedimento administrativo para

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide.p. 118.

³³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide.p. 118.

³⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. t. II, p. 310.

apuração da materialidade, circunstâncias, natureza dos fatos que deram origem ao litígio. É geralmente presidido por um órgão colegiado denominado Comissão de Inquérito, composto, em regra, por um membro de cada parte envolvida no conflito e um terceiro. Referido inquérito dará origem a um relatório final, sem caráter vinculativo, que será entregue às partes. Assim como o inquérito realizado em âmbito nacional, não tem ele a pretensão de solucionar o conflito, mas de colher provas e subsídios que auxiliem sua solução.

Os bons ofícios indicam "*a intervenção de uma terceira potência que decide 'oferecer' a sua mediação para fazer cessar um litígio entre dois Estados ou que é convidada a fazê-lo por um ou os dois Estados em conflito.*" O Estado terceiro utiliza a sua influência moral ou política para estabelecer ou restabelecer o contato entre as partes e facilitar a negociação.³⁵ Observe-se que nos bons ofícios, o terceiro Estado atua apenas como mero aproximador, criando condições favoráveis para que as partes envolvidas no conflito possam dar início à uma negociação.³⁶ A mediação, embora tenha por objetivo juntar as partes envolvidas no conflito, assim como os bons ofícios, não se limita a isso. O mediador houve as razões das partes e propõe as bases da negociação, intervindo no desenrolar da negociação "*para favorecer uma reaproximação de pontos de vista dos interessados sem procurar entretanto impor uma solução*"³⁷. Os Estados em conflito são livres para rejeitar as bases de negociação ou solução proposta pelo mediador.

A conciliação "*consiste em fazer examinar um diferendo por um órgão, pré-constituído ou aceite pelas partes por ocasião de um litígio que lhes fará propostas tendo em vista um justa solução.*"³⁸ O recurso à conciliação não se impõe aos Estados senão em consequência de um compromisso convencional. Às comissões de conciliação cabem o exame dos fatos, mas também de todos os

³⁵ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Ob. Cit. p.732

³⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. ob. Cit. P.

³⁷ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Ob. Cit. p.732.

outros aspectos do litígio (econômico, jurídico, técnico, etc.). O procedimento na conciliação é caracterizado pelo contraditório. Contudo, a solução que ela propõe não vincula os Estados.

A solução jurisdicional dos conflitos perante a ONU dá-se pela atuação judicial da Corte Internacional de Justiça e pelo Tribunal arbitral. A Corte Internacional de Justiça, órgão especial da ONU, entretanto, aberta aos Estados que são partes do seu Estatuto, sejam eles membros das Nações Unidas ou não. Terceiros Estados que não sejam membros da ONU nem do Estatuto da Corte, eventualmente, poderão se submeter à jurisdição da Corte, consoante condições fixadas pelo Conselho de Segurança, consoante prevê o art. 35 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Frise-se, contudo, que a solução judicial padece de problemas estruturais graves, a iniciar pela jurisdição facultativa da Corte. É que o *"fato de o Estado ser membro da ONU e parte do Estatuto não o obriga a submeter compulsoriamente seu litígio ao julgamento da Corte. É necessário ainda um ato complementar dos litigantes submetendo a questão à sua apreciação."*³⁹ É o que se verifica do conteúdo do art. 36, que preconiza que a *"competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam..."*, ou seja, a jurisdição da Corte só funciona mediante aceitação e concordância das partes envolvidas no conflito.

Há previsão de reconhecimento antecipado da jurisdição da Corte como obrigatória em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação e em relação às controvérsias jurídicas que tenham por objeto: *"a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou extensão da reparação devida pela*

³⁸ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Ob. Cit. p.735.

ruptura de um compromisso internacional." É a chamada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Como o próprio nome diz, aos Estados é conferida a faculdade de serem signatárias ou não referida cláusula. Na prática, contudo, esta cláusula tem sido restringida pelos Estados que a aceitam com reservas de reciprocidade, de prazo pré - determinado, de eventuais litigantes, dos assuntos de jurisdição doméstica, exclusão de litígios com determinados membros da ONU, dentre outras. Tais reservas são aceitas porque, sendo o Estado é livre para reconhecer a obrigatoriedade da cláusula, poderão fazê-lo segundo seus próprios critérios.

Observa-se, por outro lado, restrição da legitimidade ativa para acionar a Corte, tendo em vista que o art. 34 do Estatuto enuncia que "só os Estados poderão ser partes em questão perante a Corte", não legitimando outras organizações e organismos internacionais, tão pouco pessoas físicas ou jurídicas dos Estados membros. Acrescente-se a isso o fato de os conflitos de quaisquer natureza (judiciais ou não) estarem sujeitos à "*recomendações de procedimentos ou métodos de solução apropriados por parte do Conselho de Segurança*" (art. 36.1), constando ressalva no mesmo artigo apenas no sentido de que "*as controvérsias de caráter jurídico devem, em regra geral, ser submetidas pelas partes à Corte Internacional de Justiça*" (art. 36.3). Isto significa dizer que, haver espaço interpretativo para que uma controvérsia de natureza jurídica, seja decidido por um órgão político, como é o caso do Conselho de Segurança. Essas previsões ferem o princípio da democracia que garante a todos os sujeitos da sociedade internacional o direito de participarem da construção do provimento que lhes afetará diretamente.

Às partes no processo em curso perante a Corte Internacional de Justiça é garantido o direito de se fazerem representar por meio de agentes, que terão assistência de consultores ou advogados perante a Corte. Os princípios do

³⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. ob. Cit. P. 651.

contraditório e da ampla defesa são exteriorizados de forma tímida no art. 43 segundo o qual "*o processo escrito compreenderá a comunicação à Corte e às partes de memórias, contramemórias e, se necessário, réplicas assim como quaisquer peças e documentos em apoio das mesmas*"(item 1); "*uma cópia autenticada de cada documento apresentado por uma das partes será comunicada à outra parte*" (item 2) e "*o processo oral consistirá na audiência, pela Corte, de testemunhas, peritos, agentes, consultores e advogados*" (item 3).

Assim como os demais órgãos da ONU, também a CIJ não poderá decidir sobre matéria que seja de domínio reservado dos Estados, a não ser que o próprio Estado lhe provoque. Este princípio é aplicável pelo menos nos litígios submetidos à Corte com base na cláusula facultativa.⁴⁰

Finalmente, o tribunal internacional sob exame não prevê o duplo grau de jurisdição, consubstanciado na possibilidade de revisão do provimento, o que faz-se extremamente necessário como garantia da democracia, tendo em vista a falibilidade do sistema.

A Arbitragem implica na vontade manifestada pelos Estados de recorrerem a um processo pacífico de solução dos conflitos, que tenha maior efetividade que os anteriores, tendo em vista decorrer de um compromisso firmado entre as partes envolvidas no litígio. Este acordo das partes sobre o recurso à arbitragem pode se dar antecipadamente, mediante previsão de uma cláusula compromissória em um tratado cujo objeto é distinto do da resolução de conflitos. O acordo pode, também, ser firmado por ocasião do litígio, mediante celebração de um compromisso arbitral, que exteriorizar-se-á por meio de tratado. O órgão arbitral poderá constituir-se de um único árbitro ou de um órgão colegiado composto de três a cinco membros. A sentença arbitral é irrecorrível, havendo apenas a possibilidade de se esclarecer sobre os pontos obscuros e contraditórios.

⁴⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. ob. Cit. P. 647.

A crítica que se faz à solução arbitral é exatamente a falta de executoriedade da sentença, caso a parte vencida não a cumpra espontaneamente, tendo em vista a inexistência de mecanismos próprios para isto na ONU.

Tais mecanismos de solução pacífica de conflitos, contudo, somente se prestarão à garantia das liberdades previstas na Carta da ONU, se estiverem fundadas no PROCESSO: procedimento realizado em contraditório entre os interessados, tendo por base a simétrica paridade nos atos que preparam o provimento⁴¹. Isto porque o processo é a "instituição pública constitucionalizada, apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento"⁴² preparatório do provimento, seja ele jurisdicional, legislativo, ou administrativo.⁴³

Nas palavras de Habermas:

“O direito mais uma vez deve ser aplicado a si mesmo na forma de normas de organização, não somente para criar competências jurisdicionais, mas para estabelecer discursos jurídicos como componentes dos processos jurisdicionais. Normas de Direito Processual institucionalizam o processo de decisão judicial de tal modo que o julgamento e a sua fundamentação possam ser considerados como o resultado de um jogo argumentativo governado por um programa específico. Mais uma vez, os procedimentos jurídicos entrecruzam-se com processos de argumentação, e de tal modo que o Direito Processual que institua discursos jurídicos não deva interferir na lógica argumentativa interna que caracteriza tais discursos. O Direito Processual não regula os discursos jurídico - normativos enquanto tais, mas assegura nos aspectos temporal, social e material a estrutura institucional que libera

⁴¹ Provimento deve ser entendido como a resultante lógica do procedimento. Ato decisório praticado sob a tutela da lei.

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Ob. Cit. p. 83.

⁴³ Procedimento: É a atividade de preparação de provimentos estatais, que possui como característica fundamental, “a forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem. Visando à preparação do provimento, o procedimento possui sua específica estrutura constituída da sequência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto.” (CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001. P. 193)

o caminho do processo de comunicação governado pela lógica dos discursos de aplicação.”⁴⁴

O instituto do processo aplica-se, então, às instâncias administrativas, legislativas e jurisdicionais, motivo pelo qual deve ser observado no sistema de solução de conflitos previstos nas organizações internacionais.

6. Particularidades do Processo de Criação e de Estruturação Institucional da Organização das Nações Unidas

6.1. Após a 1ª Guerra Mundial, por iniciativa da França e Grã-Bretanha, em 1919, foi celebrado o Pacto da Sociedade das Nações, com o objetivo de manter a paz entre os povos e evitar a eclosão de novo conflito. Referida organização padeceu de problemas estruturais, tais como a previsão de unanimidade como critério decisório⁴⁵, o que dificultava a tomada de decisões e paralisava suas ações. As principais potências aliadas da época eram os Estados Unidos da América, a França, a Grã-Bretanha, a Itália e o Japão. A recusa dos Estados Unidos a participar da Organização também constituiu causa do seu enfraquecimento, situação que veio a ser agravada com a denúncia do Japão e Itália em 1933 e 1937, respectivamente.⁴⁶

Além disso, o período pós-guerra não foi favorável à estabilização das relações internacionais entre os Estados. O Tratado de Versalhes, que fixou os direitos e as obrigações dos Estados vencidos perante os Estados vencedores, gerou na Itália e Alemanha sentimento de terem sido subjugadas. Tal fato provocou reação nacionalista por parte dos mesmos, culminando com a instituição de regimes totalitários (que por sua própria natureza não privilegiam as relações

⁴⁴ HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms. Trad. William Rehg. Cambridge: Mit, 1996, p. 234-235, in* CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Ob. Cit. p. 197-198.

⁴⁵ Art. 5º - "1. Salvo disposição expressamente contrária deste Pacto ou das cláusulas do presente Tratado, as decisões da Assembléia ou do Conselho serão tomadas pela unanimidade dos membros da Sociedade representados na reunião"

internacionais). A consequência desse processo foi a eclosão do 2º conflito mundial.⁴⁷

Durante a guerra as relações diplomáticas são rompidas. Conseqüentemente, os acordos internacionais são extintos ou têm sua eficácia suspensa. Finda a 2ª Guerra, os Estados aliados se mobilizaram no sentido de criar uma nova organização internacional, agora, com poderes suficientes para evitar um novo conflito de cunho universal. O revigoramento do Pacto da S.d.N não se apresentou como opção preferida face ao seu descrédito e, principalmente, por serem outras as potências dominantes (os EUA e a URSS no lugar da França e da Grã-Bretanha).

Assim, em 1941 EUA e Reino Unido firmaram a Carta do Atlântico contendo oito artigos, os quais viriam a ser os princípios estruturantes da futura Carta das Nações Unidas. Neste mesmo ano, os Estados aliados aderiram aos princípios nela preconizados. Em 1945, os Estados Unidos da América, a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e o Reino Unido promoveram a repartição de esferas de influência na Sociedade Internacional, consolidando suas liderança⁴⁸ e controle através da criação da Organização das Nações Unidas.

Sob a bandeira da "manutenção da paz e da segurança internacionais", os países que saíram fortalecidos econômica e politicamente da 2ª Guerra Mundial fomentaram a criação da Organização das Nações Unidas, de cunho universal, com o objetivo de institucionalizar e legitimar suas respectivas posições de dominação, mediante previsão de mecanismos de controle das ações militares e imperialistas dos Estados - membros, dentre outras coisas, através do sistema de tomada de decisão.

⁴⁶ RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.22

⁴⁷ PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3ª ed. Lisboa: Almedina. 2001.

6.2. O exercício das funções institucionais da ONU é desempenhada por órgãos subsidiários e especiais, sendo estes últimos a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e a Secretaria-Geral. No tocante à solução política de conflitos no âmbito da Organização, é certo que, se as partes não chegarem a uma solução pelos meios jurisdicionais ou administrativos (direto ou com intervenção de terceiros), consoante previsto no art. , dar-se-á lugar à atuação dos meios políticos, cuja competência é atribuída pela própria carta à Assembléia-Geral e ao Conselho de Segurança, motivo pelo qual nos limitaremos à análise dos mesmos.

A Assembléia-Geral é o órgão onde estão representados todos os Estados-membros, Embora possam se fazer representar por até cinco delegados, cada Estado só têm direito a um voto. A Assembléia tem competência para discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da Carta ou que se relacionem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos, podendo fazer recomendações aos membros das nações unidas e ao Conselho de Segurança dentro dos limites previstos na Carta (art. 10). As decisões importantes são tomadas mediante voto de 2/3 dos membros presentes e votantes e as demais mediante maioria simples. São consideradas decisões importantes aquelas que tem por objetivo a suspensão direitos, a expulsão ou admissão de algum membro, a escolha dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, do Conselho Econômico e Social e do Conselho de Tutela, a decisão sobre a manutenção da paz e da segurança internacionais, dentre outras (art. 18).

A competência da Assembléia-Geral, entretanto, restará limitada quando a controvérsia ou situação já estiver sob apreciação do Conselho de Segurança, de forma que qualquer manifestação sobre a matéria condicionar-se-á a solicitação do mesmo.⁴⁹

⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. Ob. Cit.

Em razão da paridade verificada na Assembleia-Geral, o peso do voto dos Estados será o mesmo, independentemente das diferenças econômicas, políticas, culturais e militares. Conseqüentemente, o plenário da Assembleia-Geral constitui espaço onde a democracia pode ser mais facilmente exercida. Isto ocorre porque os Estados pequenos, de menor expressão internacional, podem se unir e fazer valer os interesses.

6.3. O Conselho de Segurança é considerado por MELLO como "o órgão mais importante da ONU."⁵⁰, pois cabe a ele, em nome dos membros das Nações Unidas "a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais"⁵¹. Em razão disso, será o Conselho de Segurança o órgão que exercerá o controle das ações dos Estados-membros nesta área. Para tanto compõe-se de quinze membros, sendo cinco permanentes, originariamente enumerados no tratado constitutivo da organização e dez rotativos, eleitos por 2/3 da Assembleia Geral, com mandato de dois anos.

Os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança são exatamente aqueles Estados que saíram fortalecidos do segundo conflito mundial, quais sejam: EUA, URSS, Grã-Bretanha, França e China. Com o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a Rússia tomou assento no Conselho em seu lugar. Para a consecução dos objetivos traçados na elaboração da Carta referidos Estados previram em seu próprio favor o direito de veto fixado de forma implícita no art. 27 da carta, cujo conteúdo é o seguinte:

- "1. Cada membro do Conselho de Segurança terá um voto.
2. As decisões do Conselho de Segurança em questões processuais, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros.

⁴⁹ Artigo 12 da Carta da ONU.

⁵⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12ª ed. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 615.

⁵¹ Artigo 24 da Carta da ONU.

3. As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no capítulo VI e no §3º do art. 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar."

O artigo supra transcrito faz uma distinção de quorum de votação entre assuntos de natureza processual e assuntos de natureza não processual. Para aqueles, exige-se um quorum mínimo de 09 (nove) votos afirmativos, independentemente de serem os votantes membros permanentes. Entretanto, o mesmo não ocorre com as matérias não processuais, cuja aprovação necessita de 09 (nove) votos afirmativos, dentre eles os votos afirmativos dos 05 (cinco) membros permanentes. É aí que se verifica o direito de veto. Na hipótese de apenas um dos membros permanentes não concordar com a medida colocada em discussão, essa não será aprovada, ainda que conte com os 14 (quatorze) votos afirmativos dos demais membros do Conselho.

São várias as críticas feitas a este artigo. A primeira delas refere-se à ausência de previsão na própria Carta do que seja matéria processual e não processual. Tal situação permite manipulação interpretativa por parte dos membros permanentes do Conselho que tendem a interpretar as maioria das questões colocadas sob sua apreciação como sendo de natureza não processual, a fim de lhes resguardar o direito de veto. A Assembléia Geral já manifestou resolução sobre o assunto, na tentativa de elucidar a natureza dos atos processuais e não processuais. Inobstante tal fato, a qualificação definitiva do ato colocado sob apreciação do Conselho fica a cargo deste.

Outra questão que se coloca é se eventual abstenção dos membros permanentes é considerado veto, tendo em vista que a literalidade do artigo exige o

voto "afirmativo" dos cinco permanentes. Conforme nos esclarece PEREIRA⁵², nos primeiros anos de criação da organização a interpretação deste artigo era literal, ou seja, a aprovação de uma medida não processual somente ocorria mediante voto afirmativo de nove membros do Conselho, dentre os quais os votos afirmativos de todos os membros permanentes. Ocorre que tal exigência gerou morosidade e a paralisação das ações do Conselho que dificilmente conseguia obter o consenso dos cinco membros permanentes. A partir disso, novas interpretações para o dispositivo foram surgindo, a ponto de hoje a própria Organização e a maior parte dos autores entenderem que abstenção não é sinônimo de veto. Entretanto, ainda existem posições em sentido contrário.

Contudo, a crítica mais severa refere-se à desigualdade do peso do voto dos membros permanentes e dos não permanentes no processo decisório. É que a divisão de forças aí presente não observa um critério jurídico lógico como ocorre no Conselho da União Européia⁵³, onde as decisões são, em regra, tomadas por maioria absoluta. Mesmo as matérias para cuja decisão se exige maioria

⁵² PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. Ob. Cit.

⁵³ Esta norma encontra-se prevista no art. 205 do Tratado da União Européia, *in verbis*:

"1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, as deliberações do Conselho são tomadas por maioria dos seus membros.

2. Relativamente às deliberações do Conselho que exijam maioria qualificada, atribui-se aos votos dos seus membros a seguinte ponderação:

Belgica.....	5
Dinamarca.....	3
Alemanha.....	10
Grécia.....	5
Espanha.....	8
França.....	10
Irlanda.....	3
Itália.....	10
Luxemburgo.....	2
Países Baixos.....	5
Áustria.....	4
Portugal.....	5
Finlândia.....	3
Suécia.....	4
Reino Unido.....	10

As deliberações são tomadas se obtiverem pelo menos:

- sessenta e dois votos, sempre que, por força do presente Tratado, devam ser tomadas sob proposta da Comissão;
- sessenta e dois votos que expressem a votação favorável de, pelo menos, dez membros nos restantes casos.

3. As abstenções dos membros presentes ou representados não impedem que sejam tomadas as deliberações do Conselho que exijam unanimidade." (LEAL, Rosemiro Pereira. OLIVEIRA, Allan Helber de. FRANÇA, Gustavo Gomes. MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese. 2001. P. 439)

qualificada, critério segundo o qual o voto de cada Estado - membro tem peso distinto, a diferença funda-se no tamanho da população que cada Estado representa.⁵⁴ Além disso, em referidas decisões, não basta que se alcance o quorum qualificado, é necessário, ainda, que este quorum corresponda à vontade de pelo menos 10 (dez) dos 15 (quinze) membros que compõem o Conselho.

Prevalece, então, o princípio majoritário, segundo o qual a decisão da maioria vincula a minoria dissidente, independentemente de serem os votantes detentores do poder econômico - político. Esse critério é essencial ao desenvolvimento harmônico entre os Estados.

Embora a Carta da ONU estabeleça o princípio da igualdade como objetivo geral (art. 1, alínea 2) e específico (art. 2, alínea 1) seu⁵⁵, na prática ela não o observa. É o que se verifica da repartição de poderes fixada no sistema de tomada de decisões do Conselho de Segurança, onde o princípio da democracia não se encontra implementado. Tal sistema confere a apenas um grupo de Estados o poder de vetar, rejeitar, uma medida, ainda que aprovada por todos os demais. Ora, o que justifica a superioridade hierárquica destes cinco membros, senão a opção política tomada unilateralmente pelos mesmos quando da criação da Organização e imposta aos demais membros quando da adesão ao texto do Tratado, ainda que na condição de membro originário?

A estrutura institucional da Organização das Nações Unidas reflete um momento histórico (1945) que não mais vigora. A realidade do mundo atual não se vê representada na ONU. Por outro lado, a exigência de critérios democráticos de solução de conflitos que ora se impõem, faz com que não haja espaço para a continuidade de organizações com esta conformação.

⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. OLIVEIRA, Allan Helber de. FRANÇA, Gustavo Gomes. MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese. 2001. p. 78.

Tal situação se agrava quando vislumbramos no texto da Carta a vedação da reeleição dos membros não permanentes para o período subsequente⁵⁶. Evidente está a intenção de seus mentores de provocar contínua desarticulação dos membros não-permanentes, impedindo, assim, que estes façam frente aos seus interesses.

Verifica-se, pois, completa ausência de discursividade no processo de elaboração da Constituição das Nações Unidas. O sistema nela institucionalizado possibilita a prática de procedimentos para a solução de conflitos, impedindo, contudo, o exercício do processo, o que viola toda a tônica de princípios preconizados pela Carta. Não há, pois, simetria entre as partes, tampouco oportunidade de contraditório. O Conselho de Segurança foi erigido na Carta Política da Organização à condição de órgão superior e incontestável, único capaz de dizer o direito independentemente da construção feita pelas partes. E o que é pior, sem a possibilidade de revisão do provimento, o que implica no reconhecimento da infalibilidade do sistema.

Conforme se vê, de nenhuma legitimidade gozam as decisões emanadas do Conselho de Segurança, tendo em vista serem oriundas de mero procedimento, reservado a uma minoria destituída de representatividade. Ora a eliminação da possibilidade de participação e revisão da decisão por si só contrariam toda a proposta do PROCESSO como instrumento garantidor das liberdades constitucionais.

⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. Ob. Cit

⁵⁶ Art. 23.

1. O Conselho de Segurança será composto de quinze membros da Nações Unidas. A República da China, França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e os Estados Unidos da América são membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembléia-Geral elegerá dez outros membros das Nações Unidas para membros não-permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos membros da Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos da Organização e também a distribuição geográfica equitativa.
2. Os membros não-permanentes do Conselho de Segurança serão eleitos por um período de dois anos. Na primeira eleição dos membros do Conselho de Segurança, dois dos quatro membros novos serão escolhidos por um período de um ano. **Nenhum membro que termine o mandato poderá ser reeleito para o período imediato.**
3. Cada membro do Conselho de Segurança terá um representante." (grifamos)

O Conselho de Segurança por ser o conselho permanente da Organização, como o próprio no o diz, exerce suas funções de forma ininterrupta. O mesmo não ocorre com a Assembléia-Geral que se reúne "*em sessões anuais regulares e em sessões especiais exigidas pelas circunstâncias. As sessões especiais serão convocadas pelo Secretário-Geral, a pedido do Conselho de Segurança ou da maioria dos membros das Nações Unidas*" (art. 20). Extrai-se, daí, que o Conselho de Segurança é muito mais facilmente acionado que a Assembléia-Geral. Assim, a limitação feita à competência da Assembléia-Geral em favor do Conselho, nos casos em que a controvérsia ou situação já esteja sob a apreciação deste, resulta, na prática, na impossibilidade de apreciação pela Assembléia-Geral da maioria de questões internacionais importantes. É a exclusão de toda e qualquer possibilidade de participação dos Estados na construção do provimento final, o que retira a validade dos atos emanados pelo Conselho.

Assim, embora o artigo 35 da Carta da ONU faculte aos Estados-membros, no tocante à solução pacífica de conflitos, a "*solicitar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembléia-Geral para qualquer controvérsia ou situação*" suscetível de provocar atritos entre as Nações e aos Estados não membros "*solicitar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembléia-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*", o fato é que dadas as circunstâncias já mencionadas, o Conselho é sempre o primeiro a ser acionado. Conseqüentemente, a Assembléia-Geral fica impedida de manifestar-se sobre a matéria.

Ainda que a Assembléia-Geral venha a ser acionada com prioridade, na eventualidade da questão necessitar de uma ação da Organização para a sua solução, esta "*será submetida ao Conselho de Segurança pela Assembléia-Geral, antes ou depois da discussão*" (art. 11, alínea 2). Isto significa dizer que, em última

análise, a Assembléia-Geral não tem autonomia para agir, tampouco para decidir definitivamente sobre alguma ação. Consta-se, pois, verdadeira inversão da ordem na medida em que o órgão mais legítimo da organização, tendo em vista a participação em igualdade de condições de todos os seus membros, deve se sucumbir a decisão de uma minoria, destituída de representatividade.

7. Conclusão

Muitas outras críticas poderiam ser feitas à estrutura e à divisão de poder encerrada na Carta da Organização das Nações Unidas. Contudo, de todo o exposto, restou bastante claro que o conteúdo da Carta não se adequa ao paradigma por ela preconizado em seus princípios. É que as decisões da organização não têm por base o processo, mas o mero procedimento, não sendo garantida às partes o direito à ampla defesa, ao contraditório e à isonomia. Noutras palavras, as ações da organização não decorrem de um processo discursivo participado, mas da vontade de uma minoria detentora de poderes metafísicos.

Impõem-se, pois, a necessidade de se fazer uma reconstrução normativa de seus preceitos, bem como uma reestruturação de suas instituições, a fim de torná-la coerente e apta à realização de suas mais dignas finalidades.

8. Bibliografia

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 35^a ed. São Paulo: Globo, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001

DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999.

GALLUPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e Soluções de Seus Conflitos - A contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.I, n. 2, 2º semestre de 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. T II.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese. 1999.

_____. OLIVEIRA, Allan Helber de. FRANÇA, Gustavo Gomes. MIRANDA, FILHO, Juventino Gomes. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese. 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Processualística dos Atos Internacionais: constituição de 1988 e mercosul in CASELLA, Paulo Borba. *Contratos internacionais e direito econômico no mercosul*. São Paulo: LTr. 1996.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3ª ed. Lisboa: Almedina. 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. V. IV. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

STRENGER, Irineu. *Relações internacionais*. São Paulo: LTr. 1998.

