NATÁLIA SACCHI SANTOS

**TITULARIDADE SUBJETIVA NO DIREITO
INTERNACIONAL: OS SUJEITOS ATÍPICOS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Wagner Menezes

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2015

NATÁLIA SACCHI SANTOS

**TITULARIDADE SUBJETIVA NO DIREITO
INTERNACIONAL: OS SUJEITOS ATÍPICOS**

Dissertação depositada como requisito de aprovação para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desenvolvida sob a orientação do Professor Associado Wagner Menezes.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2015

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação

**TITULARIDADE SUBJETIVA NO DIREITO
INTERNACIONAL: OS SUJEITOS ATÍPICOS**

elaborada por

NATÁLIA SACCHI SANTOS

como requisito parcial para a obtenção do grau de

MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Associado Wagner Menezes, Orientador (FDUSP)

AGRADECIMENTOS

À **minha família**, pelo apoio incondicional.

Ao **meu orientador**, professor Associado Wagner Menezes, por todo o aprendizado proporcionado ao longo desses anos.

Aos **meus amigos**, pelo carinho e incentivo sempre presentes durante a realização deste trabalho.

À **Fernanda** e à **Cláudia**, por todo auxílio e atenção.

Ao **Fundo Sasakawa**, por todo o apoio prestado no último ano desta jornada.

À minha família.

RESUMO

O presente estudo pretende analisar, a partir da ideia de que determinados sujeitos do direito internacional veem-se investidos de uma titularidade subjetiva internacional atípica, os elementos que possibilitam a identificação dos sujeitos deste ordenamento jurídico. Para tanto, é feito um resgate sobre as principais doutrinas que buscaram, ao longo do tempo, elucidar as questões relativas à atribuição da personalidade jurídica. É realizada, desta forma, uma abordagem sobre as teorias que explicam a titularidade subjetiva tanto no direito quanto no direito internacional. Ademais, são estudadas, em suas mais variadas peculiaridades, as entidades tidas pela doutrina e pela prática como sujeito de direito internacional e o processo através do qual estas tiveram sua personalidade jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico internacional.

Palavras-chave: Titularidade subjetiva. Titularidade subjetiva internacional. Sujeitos atípicos do direito internacional.

ABSTRACT

Some subjects of international law are invested with an atypical legal international personality. This study aims to analyse the elements that make possible the identification of the subjects of international law. The present work studies the main theories that have tried over time to clarify the issues relating to the attribution of legal personality so that it can identify the necessary criteria to configure a subject of international law. In this sense, it explains the theories about personality in law and also in international law. Besides, it discusses the entities considered by doctrine and practice as subjects of international law in its many peculiarities and indicates how they come to have international personality.

Key words: Legal personality. Legal international personality. Atypical subjects of international law.

LISTA DE SIGLAS

BIRD	–	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
CDI	–	Comissão de Direito Internacional
CICV	–	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	–	Corte Internacional de Justiça
CPA	–	Corte Permanente de Arbitragem
FAO	–	Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura
FIDA	–	Fundo para o Desenvolvimento Agrícola
FMI	–	Fundo Monetário Internacional
OEA	–	Organização dos Estados Americanos
OMC	–	Organização Mundial do Comércio
OMS	–	Organização Mundial da Saúde
OMT	–	Organização Mundial do Turismo
ONG	–	Organização Não Governamental
OIT	–	Organização Internacional do Trabalho
TPI	–	Tribunal Penal Internacional
UA	–	União Africana
UNESCO	–	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura
UNIDO	–	Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial
UPU	–	União Postal Universal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A TITULARIDADE SUBJETIVA NA TEORIA DO DIREITO	14
1.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PERSONALIDADE	14
1.1.1 O homem no pensamento grego	14
1.1.2 A pessoa no direito romano.....	16
1.1.2.1 A pessoa física no direito romano.....	17
1.1.2.2 A alteração da capacidade jurídica da pessoa física no direito romano.....	21
1.1.2.3 A pessoa jurídica no direito romano	22
1.1.3 As influências do cristianismo na noção de <i>pessoa</i>	24
1.2 A TRANSPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO ÉTICO DA PERSONALIDADE PARA O MUNDO JURÍDICO: RENASCIMENTO, REFORMA PROTESTANTE E REVOLUÇÃO FRANCESA	26
1.3 A SUBJETIVIDADE NO DIREITO: PRINCIPAIS TEORIAS	31
1.3.1 A teoria da vontade, a teoria do interesse e as teorias mistas	31
1.3.2 A pessoa jurídica.....	34
1.3.3 A personalidade jurídica segundo os principais doutrinadores da ciência do direito	37
2 A TITULARIDADE SUBJETIVA NO DIREITO INTERNACIONAL	46
2.1 O ESTADO COMO ÚNICO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	49
2.2 O INDIVÍDUO COMO ÚNICO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL	56
2.3 AS TEORIAS DO RECONHECIMENTO E O FORMALISMO DE Kelsen	58
2.3.1 A personalidade jurídica internacional em Anzilotti	59
2.3.2 A teoria pura do direito de Kelsen	62
2.3.3 A titularidade subjetiva atrelada à noção de responsabilidade.....	64
2.4 O CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL NA TEORIA CONTEMPORÂNEA.....	66
3 OS SUJEITOS TÍPICOS DO DIREITO INTERNACIONAL.....	73
3.1 O ESTADO.....	73
3.1.1 A soberania do Estado e o direito internacional	79
3.1.2 A responsabilidade internacional do Estado	81
3.1.3 O reconhecimento do Estado	84
3.2 AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS	90
3.2.1 O surgimento das organizações internacionais e seu impacto no direito internacional.....	90
3.2.2 A personalidade jurídica das organizações internacionais e o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça no caso <i>Conde Bernadotte</i>	92
3.2.3 Os direitos e deveres das organizações internacionais	98
3.2.3.1. A delegação de poderes por parte dos Estados às organizações internacionais	99
3.2.3.2 As imunidades e os privilégios das organizações internacionais	100
3.2.3.3 A responsabilidade internacional das organizações internacionais	102
3.3 O INDIVÍDUO	104
3.3.1 A atribuição de direitos aos indivíduos pelo direito internacional.....	105

3.3.2 A atribuição de obrigações e a responsabilidade penal do indivíduo no cenário internacional.....	107
3.3.3 A ação do indivíduo no plano internacional.....	111
4 OS SUJEITOS ATÍPICOS DO DIREITO INTERNACIONAL.....	115
4.1 A SANTA SÉ.....	115
4.1.1 Contexto histórico.....	115
4.1.2 A personalidade jurídica internacional da Santa Sé.....	118
4.1.3 Participação da Santa Sé no cenário internacional.....	123
4.2 A ORDEM DE MALTA.....	126
4.2.1 Contexto histórico.....	126
4.2.2 Participação da Ordem de Malta no cenário internacional.....	128
4.2.3 A personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta.....	132
4.3 O COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV).....	133
4.3.1 Contexto Histórico.....	134
4.3.2 Conferências Internacionais da Cruz Vermelha e Convenções de Genebra.....	135
4.3.3 A personalidade jurídica internacional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.....	139
CONCLUSÃO.....	145
BIBLIOGRAFIA.....	148

INTRODUÇÃO

O cenário internacional presenciou, no século XX, significativas transformações decorrentes, principalmente, do processo de globalização que, intensificado pela diminuição das distâncias e pelo melhoramento das formas de comunicação, conectou todo o planeta. As interações se aprofundaram, possibilitando uma intensa participação de diversos organismos e entidades na seara internacional. A ação desses atores gera, inegavelmente, consequências – sejam elas jurídicas ou não – no plano internacional, alterando a realidade que os circunda.

A atuação destas entidades, assim como todas as ações que afetam as relações sociais, necessita de regulamentação por parte do direito. O cenário jurídico internacional reconhece, desde o surgimento e desenvolvimento do direito internacional, a regulamentação das relações entre os Estados através da atribuição de direitos e deveres que por eles devem ser observados. A ampliação da presença de diversos organismos nas relações internacionais trouxe a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre a questão dos sujeitos de direito internacional por parte da doutrina, na busca por maior clareza sobre os critérios jurídicos que permitem a inserção de determinados organismos no rol dos sujeitos do direito das gentes.

A compreensão de que alguns entes tidos pela comunidade internacional como sujeitos deste ordenamento jurídico não possuem os elementos típicos presentes nos sujeitos consolidados pela doutrina leva à percepção da existência de uma titularidade subjetiva amoldada em um quadro de atipicidade, especificamente em relação a organismos como a Santa Sé – órgão representante da Igreja Católica e do Estado da Cidade do Vaticano -, a Ordem de Malta – uma congregação religiosa - e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha – uma organização não governamental.

Verifica-se, deste modo, a necessidade de um estudo acerca da existência de critérios jurídicos que possibilitem uma identificação entre todos os sujeitos de direito internacional.

A partir do momento em que o direito internacional se complexibiliza – em contraposição à concepção clássica e segura do Estado como seu único sujeito – cada vez mais entidades têm reconhecida sua personalidade jurídica internacional e, consequentemente, passam a exercer e a exigir seus direitos e a intervir, direta e efetivamente, no cenário plano internacional. Conhecer os fundamentos jurídicos que

justificam a classificação da Santa Sé, da Ordem de Malta e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha como sujeitos do ordenamento jurídico internacional mostra-se de extrema relevância na abordagem sobre os sujeitos do direito das gentes e a extensão de seu rol.

A lacuna teórica aberta com o abandono da ideia de que a condição para a atribuição da titularidade subjetiva internacional é a simples configuração da entidade como Estado precisa ser preenchida a partir de critérios jurídicos, de modo que o termo “sujeito de direito internacional” não fique à deriva quando da discussão sobre a temática. A presença constante do direito na regulação das atividades exercidas no plano internacional acaba por gerar algumas dúvidas relativas à condição de sujeito deste ordenamento jurídico: o que diferencia os sujeitos dos atores no plano internacional? Como surge um sujeito de direito internacional? O que o identifica? A partir de que momento ele passa a ser considerado como tal? Existem critérios jurídicos para a sua existência? Se sim, estes critérios se mostram harmônicos entre os diferentes sujeitos?

O presente estudo visa, através de uma análise tanto teórica quanto da realidade posta, identificar os elementos jurídico-teóricos que embasam o reconhecimento da personalidade jurídica internacional das entidades que o direito das gentes reconhece como sujeitos. A metodologia utilizada na sua elaboração seguirá os métodos histórico e dedutivo. Por meio de um resgate histórico da construção das noções de sujeito de direito e de sujeito de direito internacional, buscar-se-ão os fundamentos jurídicos para a atribuição da personalidade jurídica internacional. A investigação será baseada, desta forma, na revisão bibliográfica sobre o tema, além da utilização da jurisprudência e da normativa internacional sobre o assunto.

A princípio, será realizada uma abordagem sobre o surgimento da noção de sujeito de direito, desde a concepção de “pessoa” até sua inserção no mundo jurídico. A partir daí, serão analisadas as principais correntes teóricas que buscaram explicar, ao longo do tempo, a concepção de sujeito de direito. Sendo o direito internacional um ramo do direito, este estudo faz-se de extrema importância na busca dos fundamentos da titularidade subjetiva, seja ela internacional ou não.

A seguir, será investigado o desenvolvimento da noção de sujeito de direito internacional através de um resgate histórico sobre as principais correntes teóricas sobre a matéria, desde as que concebiam apenas o Estado como titular da subjetividade jurídica internacional, passando pelas que enxergavam no indivíduo o único sujeito deste direito, chegando, por fim, nas teorias que entendem ser o rol destes sujeitos ampliável.

Dando continuidade ao estudo, será feita uma análise individual sobre cada um dos sujeitos típicos: Estados, organizações internacionais e indivíduos. A titularidade subjetiva destes entes é trazida de forma incontestável pelas obras de direito internacional. Assim, por meio do estudo do modo como cada um deles teve sua personalidade jurídica internacional reconhecida, é possível traçar um panorama sobre os critérios utilizados no processo de atribuição desta titularidade.

Por fim, será realizado um estudo dos sujeitos atípicos: Santa Sé, Ordem Soberana de Malta e Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Apesar de terem sua titularidade subjetiva internacional afirmada nos manuais de direito internacional, nenhuma análise jurídica mais aprofundada é realizada pela doutrina quando da fundamentação e da justificativa de sua inserção no rol dos sujeitos deste direito.

Importante frisar que trabalho poderia versar sobre diversas entidades cuja atribuição da titularidade jurídica internacional é defendida por uma parcela da doutrina, como é o caso das ONGs, das empresas transnacionais, da humanidade e, até mesmo, do Comitê Olímpico Internacional. No entanto, este rol poderia se alargar indefinidamente, prejudicando o andamento do estudo. Além disso, estas entidades não encontram a existência de sua personalidade jurídica sedimentada pela doutrina jusinternacionalista ou pela prática internacional, como ocorre com entidades analisadas no presente trabalho.

O estudo tem por objetivo, desta forma, buscar os critérios de identificação entre os sujeitos de direito internacional. Uma vez que as mudanças presenciadas em âmbito mundial trouxeram a necessidade da atribuição da titularidade subjetiva internacional a novas entidades que não os Estados, resta saber quais os critérios jurídicos utilizados para o reconhecimento destes novos sujeitos. A partir da análise das bases teóricas que explicam a titularidade subjetiva internacional das entidades tidas hoje como sujeito de direito internacional, pretende-se descobrir quais são os elementos de identificação existentes entre estas.

1 A TITULARIDADE SUBJETIVA NA TEORIA DO DIREITO

Os primeiros desenvolvimentos da noção do indivíduo, da sua consciência e do seu “eu” tiveram origem nas civilizações Indiana e Chinesa. Na primeira, o termo *ahamkara* designava a fabricação do eu, a consciência individual - *aham* (“eu”) tem o mesmo significado da palavra indo-européia *ego*. Na civilização chinesa, a noção de indivíduo encontra-se intimamente relacionada à ordem dos nascimentos, à hierarquia e ao jogo de classes, que fixam a forma de vida do indivíduo, sua “face”; sua identidade é seu *Ming*, ou seja, o seu nome.¹

Estas primeiras manifestações do “eu”, no entanto, ainda não configuravam o homem como um centro autônomo de pensamento e vontade. Nestas sociedades, não havia uma distinção clara entre sujeito e objeto. O homem era absorvido pelo grande todo, pelas noções de casta, de classe e de família, ficando sua vontade subordinada à vontade dos mais velhos, que emitiam seus comandos através da tradição.²

Das primeiras noções do “eu” ao sujeito de direito tal qual o conhecemos hoje, um longo caminho foi percorrido. No presente capítulo, será feito um resgate histórico a fim de demonstrar a lenta elaboração e o desenvolvimento de conceitos como homem, pessoa, personalidade, personalidade jurídica e sujeito no decorrer do tempo, o que tornará mais claro o estudo sobre o sujeito de direito e possibilitará, consequentemente, um melhor entendimento sobre as questões que cercam o sujeito de direito internacional.

1.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PERSONALIDADE

1.1.1 O homem no pensamento grego

Diferentemente do que ocorria nas civilizações orientais, no mundo grego, o homem passa a querer compreender aquilo que o cerca, buscando conhecer o objeto e não mais apenas se sujeitar a ele. Com as ideias sofistas, o indivíduo humano começa a afirmar

¹ MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. Precedido de uma Introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss; textos Georges Gurvitch, Henri Lévy-Bruhl; tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2008. São Paulo: Cosac Naify, 2008. pp.383 e 384.

² MICELI, Vincenzo. *La Personalità nella Filosofia del Diritto*. Milano: Società Editrice Libreria, 1922. p.61.

seu próprio valor, sua autonomia e liberdade frente ao objeto, passando a ser considerado o centro e a medida de todas as coisas³.

Somente com Sócrates⁴, no entanto, a questão do valor universal da personalidade do ser humano é trazida à tona. Para o filósofo, o indivíduo possui valor independente da sua característica de rico ou pobre, livre ou escravo. A razão, fundamento da virtude, é própria a todos os homens, configurando-se como a essência que os distingue dos animais; através dela, o homem pode se reconhecer e se afirmar como um ser superior.⁵

Platão, por sua vez, adiciona ao elemento humano o elemento divino, através do qual o homem pode, gradualmente, atingir certo grau de perfeição, confundindo-se, assim, com a alma do mundo, o que acaba por conferir à contemplação papel de destaque na vida humana. Em decorrência desses elementos trazidos, tem-se que o homem justo vive em harmonia tanto interna quanto externa.⁶ Assim, cada indivíduo ocupa, na sociedade, o local que foi destinado à sua alma, devendo agir de modo a promover a harmonia da Cidade. Seus direitos, assim como sua igualdade, dizem respeito exclusivamente à função que exercem na sociedade.⁷

As grandes contribuições de Aristóteles à noção de personalidade dizem respeito aos princípios da ação e da natureza social do homem. A vontade – elemento humano ativo e prático – ganha destaque, passando a ser considerada o órgão da ética. Através dela, o homem não só contempla a natureza e reproduz o já existente, mas passa também a ter um papel mais ativo, elaborando coisas novas e originais. O homem, ainda que um ser social, não deve ter seu valor sacrificado em favor do Estado. No entanto, é possível depreender que, para Aristóteles, a personalidade não é um valor humano, mas um valor político, uma vez que o indivíduo vale enquanto parte da polis, inexistindo, desta forma, igualdade entre homens, mas, somente, uma igualdade entre cidadãos.⁸

³MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.68.

⁴ Baseada no raciocínio, a doutrina de Sócrates, segundo VILLEY, funda racionalmente a autoridade das regras do direito, “em resposta à crise cética da sofística”. VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. 2ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.21.

⁵MICELI aponta que, embora imperfeita, a via utilizada pela doutrina socrática para se chegar ao valor universal da pessoa já contém em si o germe da virtude, o reconhecimento indireto do elemento racional que eleva o homem acima do animal e faz dele um sujeito ético. MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.71 a 73.

⁶ Idem, p.75.

⁷HAARSCHER, Guy. *Philosophie des Droits de L'homme*. Bruxelles: Editions de L'université de Bruxelles, 1998.p.52.

⁸ MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*,pp.81 a 83.

Essa desigualdade entre os homens, baseada no papel do indivíduo na sociedade, não é admitida pela escola estoica, que considera o homem fora de seu contato social.⁹ O elemento humano comum se encontra no interior dos indivíduos. A plena autonomia do ser humano permite afirmar o valor da pessoa enquanto sujeito moral. O sujeito racional vale por si mesmo, independente da posição social ocupada, tendo em vista que o *status* é um elemento externo ao homem e independe de sua vontade.¹⁰

1.1.2 A pessoa no direito romano

É inegável a importância do legado jurídico romano à ciência do direito quando se pensa na organização e na sistematização da disciplina realizada por este povo.¹¹ Inúmeros são os institutos por eles criados que, ainda hoje, vigem em nosso ordenamento jurídico. São as teorias romanas as bases das principais construções jurídicas admitidas em matéria de personalidade civil.

Foi na Roma Antiga que a noção de *pessoa* como a conhecemos hoje encontrou seu pleno desenvolvimento. O termo, de origem etrusca¹², tem o significado de “máscara” e, ao ser adotado pelo povo romano, passou a designar a verdadeira natureza do indivíduo.¹³ Numa busca pela origem do instituto da personalidade jurídica, no presente estudo serão analisadas as pessoas do direito romano - tanto a física quanto a jurídica - e conceitos como capacidade jurídica e *status*, para que seja possível, desta maneira, visualizar seu real significado quando de seu surgimento.

⁹ “Le cosmopolitisme stoïcien introduit donc un élément tout à fait neuf d’universalité radicale: l’homme est citoyen – idéal – de l’univers, l’universel est à proprement parler son lieu d’appartenance, et si ce lieu est idéal, purement moral, il doit permettre à l’homme d’endurer dans le monde réel les souffrances inévitables » HAARSCHER, Guy. *Op.cit.*, p.61.

¹⁰ MICELI, Vincenzo. *Op. cit.*, pp.88 e 89.

¹¹ JHERING demonstra que a importância do direito romano vai além : “L’importance du droit romain pour le monde moderne ne consiste point à avoir été un moment la source du droit, - cette importance ne fut que passagère, - son autorité reside dans la profonde révolution interne, dans la transformation complète qu’il a fait subir à notre pensée juridique toute entière. Le droit romain est devenu, aussi bien que le christianisme, un élément de la civilisation du monde moderne ». JHERING Rudolf von. *L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Traduction sur la 3a édition avec l’autorisation de l’auteur par O. De Meulenaere. Tome I. Paris: A. Mariscq, Aîné editeur, 1967. p.3.

¹² Os etruscos, que ocupavam a região central da Itália nos séculos VII a VI a.C., dominavam a técnica de produzir objetos a partir do bronze, do metal, da terracota e da cerâmica. Dentre esses objetos, destacavam-se as representações humanas através de máscaras, bustos e estátuas.

¹³ “...a palavra *persona*, personagem artificial, máscara, papel de comédia e de tragédia, representando o embuste, a hipocrisia – o estranho ao “Eu” – prosseguia seu caminho. Mas o caráter pessoal do direito estava fundado, a *persona* também havia se tornado sinônimo da verdadeira natureza do indivíduo.” MAUSS, Marcel. *Op.cit.*, p.389.

Ensina ACCARIAS que o termo “pessoa”, no linguajar jurídico romano, abrange dois significados distintos.¹⁴ O primeiro se refere ao ser - real ou fictício - capaz de ser sujeito ativo ou passivo de determinado direito, ou seja, aquele detentor de direitos e de obrigações. Num segundo sentido, a palavra “pessoa” designa o papel do indivíduo na sociedade, sua relação com o Estado. Deste modo, no direito romano, segundo o primeiro significado abordado, considera-se pessoa física qualquer indivíduo livre que possua forma humana. A pessoa, de acordo com a segunda concepção trazida, poderá ter a qualidade de pai de família ou de filho, de cidadão romano ou de não cidadão romano, por exemplo. Além das pessoas físicas, também possuem direitos e obrigações as pessoas jurídicas, que no direito romano eram representadas, dentre outras, pelas fundações e pelas corporações.¹⁵

1.1.2.1 A pessoa física no direito romano

Para ser pessoa física no direito romano, não basta ser homem. É necessário que o homem exista para a ordem jurídica e que possua personalidade jurídica.¹⁶ ALVES traz os três requisitos necessários à configuração da existência do homem no direito romano: o nascimento, a vida extra-uterina e a forma humana. Em outras palavras, para ser considerado pela ordem jurídica, o homem deve nascer com vida e não possuir deformidades graves.¹⁷ Alguns autores admitem, ainda, a vitalidade – ou viabilidade – como requisito para que o homem exista perante a ordem jurídica.¹⁸

O nascituro não era considerado pessoa pelo direito romano, sendo considerado apenas como porção da mulher ou de suas víceras. Ensina AZEVEDO que, apesar de não

¹⁴ ACCARIAS, C. *Précis de Droit Romain*. Paris: Cotillon, 1886. pp.85 e 86.

¹⁵ Vale lembrar que o termo “pessoa jurídica” era desconhecido dos romanos.

¹⁶ MICELI classifica o *jus* romano como um poder egoístico, privilégio do cidadão; é a participação em um poder de domínio e não o direito de afirmar a característica própria da personalidade. MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.98.

¹⁷ Como salienta ALVES, os romanos acreditavam na possibilidade de seres híbridos, filhos de animal e mulher. Nestes casos, era possível que a criança nascesse com configuração animal, passando a ser designada de *monstrum*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Volume I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967. p.100

¹⁸ Para CRETELLA JUNIOR: “Nascimento perfeito é o nascimento idôneo para gerar consequências jurídicas, devendo para isso reunir três requisitos: nascimento com vida, revestir forma humana e apresentar viabilidade fetal, isto é, perfeição orgânica suficiente para continuar a viver”. CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no Novo Código Civil*. 30ª ed. rev. e acrescida com casos práticos do Tribunal de Roma. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.62.

ser considerado pessoa, o nascituro foi amplamente defendido pelos juristas romanos.¹⁹ Textos de Ulpiano demonstravam a possibilidade de se abrir o ventre da mãe que estivesse morrendo para que, assim, o filho pudesse nascer com vida. Outro exemplo retirado dos textos do citado jurista diz respeito à punição do aborto.²⁰

Além de nascer com vida e sem deformidades graves, é necessário ainda que o homem possua personalidade jurídica para ser considerado pessoa física. A personalidade jurídica, nos dizeres de ALVES, é a “aptidão de adquirir direitos e de conferir obrigações”.²¹ Através da personalidade jurídica, então, o homem se transforma em sujeito.

O referido autor diferencia personalidade jurídica de capacidade jurídica, sendo a primeira um conceito absoluto (ou se tem personalidade jurídica ou não se tem) e a segunda um conceito relativo (pode-se ter mais ou menos capacidade jurídica).²² Já a capacidade de fato seria a “aptidão para praticar, por si só, atos que produzem efeitos jurídicos”.²³ Esta se encontra condicionada a fatores como idade, sexo, condição mental e prodigalidade do indivíduo. Assim, impúberes – homens com menos de 14 anos de idade mulheres com menos de 12 anos – não possuíam capacidade de fato. Aliás, até o século IV d.C. nenhuma mulher possuía capacidade de fato em Roma. Doentes mentais e aqueles que gastavam desordenadamente seus haveres também eram considerados incapazes.²⁴

Para possuir personalidade jurídica em Roma, era necessário que o homem fosse livre (cabe lembrar que o escravo é considerado coisa – “*res*” – e não possui personalidade jurídica no direito romano, não sendo, desta maneira, considerado sujeito de direito) e que fosse cidadão romano. A capacidade jurídica plena era alcançada apenas por aqueles que, além de livres e cidadãos romanos, possuíam o *pater famílias*, ou seja, eram chefes de família. Ser cidadão romano deixou, aos poucos, de ser um requisito para a personalidade jurídica, uma vez que com o passar do tempo a cidadania romana passou a ser estendida

¹⁹ AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *Ius Gentium em Francisco de Vitória: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2008.p.3.

²⁰ O tema da situação jurídica do nascituro no Direito Romano não é pacífico. Para maiores informações ver *L'inizio della Persona nel Sistema Giuridico Romanista*. Università di Roma “La Sapienza”, Roma, 1997.

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, p.105.

²² “A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade”. ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, p. 105. Vale lembrar que alguns autores tomam personalidade e capacidade jurídicas como sinônimos: “L’expression de personnalité juridique est, au terme de son évolution en droit positif, devenu un synonyme de capacité juridique ». CLEMENS, Rene. *Personalité morale et personnalité juridique*. Paris: Recueil Sirey, 1935.p.20.

²³ ALVES cita o exemplo do louco, que, apesar de ser pessoa física, não possui capacidade jurídica de fato. ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, p.106.

²⁴ Idem, pp. 135 a 138.

aos estrangeiros. Desta forma, a cidadania romana passou a influenciar somente na amplitude da capacidade jurídica.²⁵

A capacidade jurídica, em Roma, encontra-se intimamente relacionada à posição do indivíduo em relação ao Estado, ou seja, o seu *status*. Eram três os *status* existentes: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*.

O *status libertatis* diz respeito à condição de homem livre. Era o *status* mais importante em Roma, uma vez que escravo era considerado coisa, não sendo pessoa e, muito menos, sujeito de direito. De acordo com CORREIA e SCIASCIA, pode-se afirmar que o princípio da liberdade inspira totalmente o direito romano.²⁶

A escravidão, instituto conhecido por todos os povos da antiguidade, teve origem com a guerra: os inimigos capturados tornavam-se escravos dos vencedores.²⁷ Em Roma, eram causas da escravidão, decorrentes do *jus gentium*, o nascimento e a captura.²⁸ Aquele cuja mãe era escrava, nascia escravo. Aquele capturado pelo inimigo, tornava-se dele escravo. Reduzindo-se a escravo, o cidadão romano perdia sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, seus direitos e obrigações. Caso conseguisse fugir, poderia readquiri-los por meio da figura do *postliminium*, que desconsideraria a condição de escravo do indivíduo.²⁹

Como causas do *jus civile*, tem-se, num primeiro momento, a falta de declaração ao senso e de apresentação ao exército, a deserção, a entrega ao inimigo, a prisão em flagrante, a insolvência, e a venda pelo *pater familias*. Essas causas acabam caindo em desuso, surgindo outras como: a condenação à morte ou a trabalho forçado nas minas, a relação carnal – por parte da mulher livre – com escravo após três notificações do dono deste, a fraude por parte do indivíduo livre que se vendia como escravo para arrecadar para si e para seu comparsa o dinheiro da venda e a ingratidão do liberto para com seu antigo dono. Por fim, Justiniano manteve apenas as duas últimas causas apresentadas como motivo de escravidão no *jus civile*.³⁰

O *status civitatis* refere-se à cidadania romana do indivíduo. A princípio, era cidadão romano apenas o filho de pai romano, concebido em matrimônio legítimo. No fim

²⁵ Ibidem, pp.106 a 107.

²⁶ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1957.p.37.

²⁷ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Editora Franciscana, 1971.p.48

²⁸ “Os escravos nascem escravos ou se tornam escravos: nascem escravos de nossas escravas; tornam-se escravos seja mediante o direito das gentes, seja pelo cativo, seja mediante o direito civil, quando um homem maior de vinte anos, consente em ser vendido a fim de compartilhar o preço. Na condição de escravo inexistente qualquer diferença”. Livro primeiro, título III, §4º das Institutas de Justiniano.

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit*, p.107.

³⁰ Idem, pp.108 e 109.

da República (510 a.C. a 27 a.C.), passou a ser considerado cidadão romano todo aquele nascido de mãe romana.³¹ O escravo podia se tornar cidadão nos casos em que seu dono – cidadão romano – o libertasse, comunicando-se a nacionalidade do dono com a do recém libertado e nos casos em que um magistrado lhe conferisse a liberdade a título de recompensa. Os homens livres também possuíam a prerrogativa de se tornar cidadãos romanos, o que ocorria quando houvesse concessão expressa por parte do Senado ou de algum magistrado.³²

A *civitas romana* – ou *jus civitatis* – compreende a *jura publica* e a *jura privata*. A primeira abrange os direitos políticos propriamente ditos (o *jus suffragi*, direito de figurar em comício; e o *jus honorum*, direito de solicitar e exercer diversas magistraturas), os direitos públicos (referentes à proteção da liberdade individual, como o *provocatio ad populum*, direito de ingressar com ação no tribunal) e os direitos cívicos (referentes às obrigações, como, por exemplo, o *jus militae* e o *jus consendi*, obrigação de prestar informações ao senado).³³ Já a *jura privata* compreende o *jus connubium* (direito de contrair matrimônio, o que traria como consequência a atribuição do poder paterno) e o *jus commercium* (direito de mancipação, direito de ser testemunha).

O *status familiae* se relaciona com o papel da pessoa na família. O pai de família, detentor do *pater familias*, era o chefe do culto doméstico (*sacra privata*). Os filhos, que possuíam o *filii familias*, encontravam-se sob o poder do pai, não podendo possuir *sacra* própria, tampouco patrimônio próprio. Sua pessoa ficava à inteira disposição do pai, que poderia bater, empregar, prender, vender ou, até mesmo, matar aqueles que estivessem sob seu poder.³⁴ O *pater familias* era revelado, desta forma, pela total e completa sujeição dos descendentes ao pai, o que tornava sua situação, em relação a este poder, semelhante à dos escravos com relação a seus donos.³⁵ Para possuir o *pater familias* era necessário ser homem e não estar subordinado a ascendente masculino. A mulher, portanto, jamais seria detentora de *pater familias*. No entanto, se não estivesse subordinada a nenhum ascendente masculino, seria pessoa *sui iuris*, em oposição ao *alieni iuris*, qualidade daqueles que se encontram sob o *pater familias*.³⁶

³¹ Ibidem, p.116.

³² ACCARIAS, C. *Op.cit.*, p.118.

³³ Idem, p.116.

³⁴ Ibidem, p.182

³⁵ MARKY, Thomas. *Op.cit.*, pp.176 e 177.

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, pp.119 e 120.

1.1.2.2 A alteração da capacidade jurídica da pessoa física no direito romano

Como já mencionado, o *status* do indivíduo determinava sua capacidade jurídica no direito romano. Desta forma, a mudança de *status* acarretava na alteração de tal capacidade. A esta alteração dá-se o nome de *capitis diminutio*. Dependendo da alteração causada, ou seja, dependendo do *status* atingido, o indivíduo terá sua capacidade alterada em maior ou menor grau, adquirindo ou perdendo direitos e obrigações.

Quando da perda do *status libertatis*, o homem livre era reduzido à escravidão, deixando de ser cidadão romano (*status civitatis*) e de ter uma posição dentro de sua família (*status familiae*). Esta era a pior perda para um indivíduo em Roma, uma vez que, ao perder sua qualidade de homem livre, perde também sua capacidade jurídica. Não há mais a pessoa física, subsistindo apenas o escravo, ou seja, a coisa. A esta alteração da capacidade jurídica dá-se o nome de *capitis diminutio máxima*.

Ao perder o *status civitatis*, ou em outras palavras, quando o indivíduo perde sua qualidade de cidadão romano, perde-se também o *status familiae*, tendo em vista que aquele que não é cidadão não pode possuir o *pater famílias* ou o *filius famílias*. Não se perde, no entanto, a condição de homem livre. O indivíduo não perde sua capacidade jurídica, mas a vê diminuída, uma vez que não é mais um cidadão romano. Esta alteração da capacidade jurídica recebe o nome de *capitis diminutio media*.

Quanto à posição do indivíduo dentro da família, esta pode se alterar para pior ou para melhor. A mudança será para pior quando da condição de *sui iuris* passar-se à de *alieni iuris*. ALVES dá o exemplo da adrogação, quando um *pater famílias* é adotado por outro *pater famílias*, ingressando na nova família na condição de *filius famílias*.³⁷ Neste caso, há diminuição da capacidade jurídica. A mudança será para melhor quando o caminho for o inverso, quando de *alieni iuris* o indivíduo passa a *sui iuris*.³⁸ É o caso, por exemplo, da emancipação ocasionada pela saída de um indivíduo de sua família. Há, aqui, aumento da capacidade jurídica. Há casos ainda em que a capacidade jurídica não se altera, havendo apenas a mudança de um indivíduo de uma família para outra sem a alteração de seu *status*. Em todos estes casos envolvendo a mudança do *status familiae*, não há perda do *status libertatis* nem do *status civitatis*. Por este motivo, a alteração na capacidade jurídica em virtude de mudança do *status familiae* recebe o nome de *capitis diminutio mínima*.³⁹

³⁷ Idem, p.133.

³⁸ MARKY, Thomas. *Op.cit.*, p.55.

³⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, p.133.

MARKY aponta, ainda, como outras causas restritivas da capacidade no direito romano, a *intestabilitas*, a *infamia* e a *turpitude*, penalidades que importavam na falta de honorabilidade. A religião, em alguns casos, também poderia ser causa de restrições da capacidade de testar e de herdar, podendo até mesmo ser causa de impedimento matrimonial.⁴⁰

1.1.2.3 A pessoa jurídica no direito romano

Não existia, no direito romano, a pessoa jurídica tal qual a conhecemos hoje. Como salienta CRETELLA JUNIOR, “para o romano, *persona* é tão-só o homem e só a este se reconhecem direitos, estando, pois, fora do alcance daquele povo a doutrina da pessoa jurídica como sujeito de direito”.⁴¹ Para o romano, a ideia de pessoa jurídica seria de uma abstração muito elevada. Ensina ERNANI:

O conceito teórico da pessoa jurídica não podia deixar de ser estranho ao direito rudimentar das primeiras épocas de Roma. O realismo de suas fórmulas não ia além da compreensão dos fatos, segundo a expressão concreta de suas aparências. Não alcançava as generalidades, e não podia, pois, perceber o conceito jurídico filosófico da personalidade subjetiva, que veio a se aplicar aos organismos sociais, por um processo de generalização.⁴²

No entanto, apesar de a doutrina romana não ter elaborado a ideia de pessoa jurídica, é possível, a partir de textos, extrair os princípios que lá vigoraram a respeito destas entidades que hoje são classificadas como *pessoa jurídica*. A partir do estudo da realidade da vida jurídica à época e do estudo dos grupos que, por determinado motivo, foram munidos de determinadas capacidades, pode-se resgatar o surgimento, o funcionamento e os limites da noção de pessoa jurídica no direito romano.⁴³

Conforme MEIRA, a noção de pessoa jurídica teve sua origem no campo do direito público, com o conceito jurídico de povo romano (*populus romanus*).⁴⁴ Havia a necessidade de se diferenciar o povo romano do Estado romano.⁴⁵ A fim de que o Estado

⁴⁰ MARKY, Thomas. *Op.cit.*, p.57.

⁴¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Op.cit.*, p.64.

⁴² CARTAXO, Ernani Guarita. *Pessoas Jurídicas em suas Origens Romanas*. Curitiba: Gráfica Paranaense, 1943.p.29.

⁴³ ELIACHEVITCH, Basile. *La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942. p.2.

⁴⁴ MEIRA, Silvio A. B.. *Instituições de Direito Romano*. Parte Geral. São Paulo: Max Limonad, 1962.p.126.

⁴⁵ Sobre o Estado no direito romano, aponta FERRARA: “...per il Romani l’ius publicum abbraccia anche le Stato nei suoi rapporti patrimoniali, sove egli è sempre sobrano. Il concetto di soggetto di diritto, di persona há applicazione soltanto tra i privati cittadini, il diritto statuale in vece era diritto obbiettivo, complesso di norme in cui il popolo stesso o i suoi reppreabtati esercitavano la sovranità. Perciò non può parlarsi nel

não se confundisse com a coletividade de cidadãos, desenvolveu-se a ideia de pessoa jurídica, reconhecendo-se, assim, a existência de sua vontade própria, que não consiste na soma das vontades de seus membros. Ainda no Império, o erário público (*aerarium publicum*), que até então era confundido com os bens particulares do Príncipe, adquire personalidade jurídica incontestável, passando a representar o próprio Estado, no seu aspecto patrimonial, sob o nome de *fiscus*.⁴⁶

Outras comunidades de direito público, por realizarem atividade paralela à do Estado, como as *civitates* ou *municipa*, adquirem também personalidade jurídica. Segundo apontamento de ERNANI, é nos *municipa* que se encontra

senão a origem, ao menos o aperfeiçoamento do conceito de pessoa jurídica, como consequência da capacidade privada que Roma deixava às cidades itálicas conquistadas, ao retirar-lhes a existência política.⁴⁷

Eram consideradas pessoas jurídicas no direito romano o Estado, o fisco, as províncias, as cidades autônomas, as colônias, os municípios, as prefeituras, as corporações, as fundações e a herança jacente.⁴⁸

As corporações eram entidades privadas com fins profissionais, comerciais, religiosos ou recreativos. As corporações profissionais, por exemplo, reuniam indivíduos ligados pelo exercício da mesma atividade profissional e podiam admitir objetivos acessórios, como a realização de enterros e a organização de divertimento comum. Com o passar do tempo, as corporações profissionais adquiriram caráter público, passando a ser instituições oficiais e obrigatórias a serviço dos poderes públicos.⁴⁹ Para existirem juridicamente, as corporações necessitavam de, pelo menos, três componentes - para que as decisões fossem tomadas pela maioria -, lei instituidora, objeto lícito e autorização do poder público para o seu funcionamento.⁵⁰

As fundações eram os bens destacados de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, destinados a determinado objetivo. Eram um patrimônio personalizado que não possuía

diritto antico d'una peronalità dello Stato: lo Stato era investito bensì d'una subbietività pubblicista in forza della quale agiva liberamente per il perseguimento de 'suoi scopi, ma egli era unico nella sua specie, egli estava al di sopra e fuori del diritto privato". FERRARA, Francisco. *Teoria delle Persone Giuridiche*. 2ª ed. Napoli: Eugeni Marghieri, 1923. p.22.

⁴⁶ CARTAXO, Ernani Guarita. *Op.cit.*, p.12.

⁴⁷ Idem, p.13.

⁴⁸ CARTAXO lembra, ainda, da capacidade dos Colégios Sacerdotais. O culto, por estar ligado ao Estado romano, fazia com que a religião fosse regulada pelo poder público e com que os bens patrimoniais dos Colégios Sacerdotais estivessem, em última análise, sob o poder do Estado. Possuíam tais entidades capacidade para adquirir bens e ter escravos. Idem, p.68.

⁴⁹ Ibidem, p.71

⁵⁰ MEIRA, Silvio A. B..*Op.cit.*, p.131.

donos, mas administradores.⁵¹ Assim, configuravam-se como fundações, por exemplo, igrejas, estabelecimentos de caridade, mosteiros etc...

A herança jacente, por se configurar como um conjunto de bens sem titular certo, possuía personalidade jurídica própria, conservando a personalidade jurídica do morto.⁵² ERNANI lembra, no entanto, que, quando não aceita, apesar de se assemelhar à figura da corporação, a herança possuía apenas personalidade aparente, não se configurando como pessoa jurídica.⁵³

SAVIGNY aponta como relações legais da pessoa jurídica no direito romano: a propriedade e o *jura in re*, as obrigações, as sucessões como modo de aquisição, o poder sobre os escravos, o patrocínio e o colonato.⁵⁴

Vale lembrar que, no direito romano, não se utilizava o vocábulo “pessoa jurídica”, mas as expressões “*universitas*”, “*corpus*” ou “*collegium*”. Em todas essas entidades, os indivíduos se sucediam, sem que para isso a essência jurídica da unidade fosse de alguma forma afetada. A vida jurídica do organismo não se altera com a mudança de sua composição ou de seus administradores, sendo sua existência jurídica independente da existência jurídica dos indivíduos que o compõem.⁵⁵

1.1.3 As influências do cristianismo na noção de *pessoa*

A noção metafísica de *pessoa* foi desenvolvida pela teologia cristã, tendo a afirmação do ser humano atingido seu auge a baixa Idade Média, por influência do trabalho realizado por franciscanos e teólogos.⁵⁶ O pensamento cristão teve o mérito de ser

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, pp.140 e 141.

⁵² MEIRA, Silvio A. B..*Op.cit.*, p.131.

⁵³ CARTAXO, Ernani Guarita. *Op.cit.*, p.108.

⁵⁴ “Voici donc les rapports de droit que soutiennent les personnes juridiques: la propriété et les *jura in re*, les obligations, les successions comme moyen d’acquérir, le pouvoir sur les esclaves, le patronage et, dans le temps plus moderne du droit romain, le colonat. D’un autre côté, le mariage, la puissance paternelle, la parenté, la manus, la mancipii causa et la tutelle ne peuvent appartenir aux personnes juridiques. Cela nous conduit à définir avec plus de précision la personne juridique, comme un sujet de droit des biens crée artificiellement”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Tome II. Traduit de l’allemand par Ch. Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.p.233.

⁵⁵ SALEILLES, Raymond. *La Personnalité Juridique: histoires et théories.*, 2a ed. Paris: Rousseau, 1922.pp.47 e 48.

⁵⁶ “La noción de persona humana es – por así decir – máximamente metafísica, plagada de implicaciones teológicas: Fue desarrollada ante todo por la teología cristiana ante las dificultades para explicar que Dios es Uno y Trino. Salió pronto de los ámbitos teológicos, como observamos por Boecio, que definió a la persona como todo ser individual de naturaleza racional. Fue un mérito inegable de los teólogos extender la naturaleza personal a todo lo hombre, fuera cristiano o gentil, esclavo o libre, de modo que los seres humanos quedaron caracterizados ante todo por su incomunicabilidad, soledad y dignidad.” CARPINTERO, Francisco. *Las Personas como Síntese: la autonomía en derecho* In CAMPOS, Diogo Leite de;

o primeiro a eliminar, teórica e praticamente, qualquer diferença existente entre os seres humanos. A igualdade entre os homens, de acordo com o cristianismo, decorre do fato de todos, sem distinção de qualquer ordem, terem sido criados à imagem e semelhança de Deus.⁵⁷

Além disso, outra importante contribuição deste pensamento foi a noção da personalidade como algo inerente ao sujeito, independentemente do reconhecimento objetivo. Em outras palavras, a personalidade deixou de ser o simples reconhecimento de um valor objetivo para ser a própria consciência de si, o reconhecimento do valor próprio do indivíduo.

O cristianismo trouxe importantes elementos ao princípio da personalidade, dentre os quais podem ser citados o amor fraterno entre os homens, o reconhecimento de um elemento espiritual distinto em cada ser humano e o caráter íntimo e subjetivo da consciência em contraste com o mundo objetivo. Conforme ensina MACELI, o germe do princípio da personalidade jurídica já se encontrava presente nas concepções de vida e de mundo no cristianismo.⁵⁸

Apesar destes avanços, HAARSCHER aponta dois grandes retrocessos sentidos com o desenvolvimento do cristianismo. O primeiro deles diz respeito à regressão quanto ao uso da razão, uma vez que, por se tratar de uma religião revelada, o dogma adquire fundamental importância na explicação dos fenômenos; o segundo se refere à subordinação das leis naturais – objeto da razão – ao direito divino. A ideia de pecado também trouxe consequências desastrosas para a noção de personalidade. O homem perde sua autonomia na esperança de alcançar a graça divina, uma vez que a ele nada resta a não ser a obediência aos mandamentos divinos.⁵⁹

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa Humana e o Direito*, Coimbra: Almedina, 2009, p.161.

⁵⁷ SUPIOT demonstra porque a religião cristã foi a única que permitiu o desenvolvimento da ideia do sujeito: “Assim também, o alfabeto hebreu, que ignorava as vogais, deixava a Lei elegível para aquele que, por não se inserir na filiação mosaica, não podia dar vida ao Texto restituindo-lhe o sopro divino. A impossibilidade do indivíduo para se erigir em sujeito legislador é também fortemente salientada pelo ensinamento do Islã, segundo o qual o homem é nada em face da onipotência divina. Mesmo quando ele acredita ditar sua lei, é apenas um instrumento de vias que lhe permanecem impenetráveis. Das três religiões do Livro, o cristianismo em sua vertente ocidental é, portanto, a única a ter conferido plenamente aos indivíduos uma qualidade de Sujeito que, segundo a tradição muçulmana, pertence só a Deus e, segundo a tradição judaica, pertence na Terra apenas ao povo de Israel, o único a ter pensado a si como “um povo sagrado dotado de um significado universal”. SUPIOT, Alain. *Homo jurídicos: ensaios sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp.23 e 24.

⁵⁸ “Si può quindi affermare che nella concezione della vita e del mondo quale il Cristianesimo veniva elaborando, si contavano ii germi, daí quai poteva completamente svilupparsi il principio più alto e più armonico della personalità umana”. MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.117.

⁵⁹ HAARSCHER, Guy. *Op.cit.*, p.68 e 69.

1.2 A TRANSPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO ÉTICO DA PERSONALIDADE PARA O MUNDO JURÍDICO: RENASCIMENTO, REFORMA PROTESTANTE E REVOLUÇÃO FRANCESA

No fim da Idade Média, acentuou-se a reação contra a autoridade da Igreja. O homem voltou a ter valor fundamental e sua relação com Deus deixou de constituir o ponto central da vida íntima dos indivíduos, do direito, da arte, dos costumes e da filosofia.⁶⁰

Com o resgate de ideais presentes na Antiguidade Clássica, a visão antropocêntrica desenvolvida pelos pensadores do Renascimento surtiu efeitos sem precedentes no que se refere à concepção da personalidade. Esta passou a ter sua força no valor do próprio eu, e não mais em elementos externos a ele. A filosofia, outrora baseada no mundo subjetivo, é agora fundada na consciência individual, na consciência do próprio ser pensante. O homem se reconhece no outro e alcança seus objetivos com seu próprio esforço, através de sua vontade autônoma.

Grande contribuição também foi dada pela Reforma Protestante iniciada no século XVI, por Martinho LUTERO, que colocou em xeque muitos dos ideais estabelecidos pelo catolicismo. Diferentemente do que prega este, o protestantismo defende a salvação pela fé. A liberdade religiosa buscada com a Reforma tem impactos diretos no desenvolvimento da concepção de personalidade, uma vez que, com as lutas protestante, o valor ético da personalidade se liberta completamente da forma religiosa. O sujeito se torna o centro autônomo da vida espiritual e, através da vontade, cria vínculos éticos com os demais.⁶¹

BAYLE identifica o sujeito protestante como aquele que está sempre em contato com o outro, não se definindo pela sua verdade, mas por seus erros. Não é um sujeito que ilumina todos os objetos que encontra, mas um sujeito que se encontra à margem do reino solar, exilado, que demanda apenas o direito ao exílio, ao erro, a ser um outro.⁶² Vale ressaltar que o sujeito não é o mesmo nas diferentes manifestações do protestantismo. Desta forma, por exemplo, o sujeito de direito não é o mesmo no luteranismo escandinavo

⁶⁰ Numerosas e complexas foram as causas que determinaram a nova orientação cultural que ganhava espaço nas mais diversas áreas do conhecimento. Dentre as causas intrínsecas, aponta MORENO: “a) como movimiento intrínseco primordial debe situarse la ya examinada reacción contra los principios que sustentaban la autoridad de la Iglesia, puramente políticos a principio, pero que muy luego llegaron a la entraña misma del dogma. b) El poder creciente de los soberanos permitió, por otra parte, la concentración, lenta en sus comienzos, de fuerzas políticas y armadas que permitieron la formación de los grandes Estados europeos modernos, que marcan el fin del feudalismo político medievoal”. MORENO, Martin T. Ruiz. *Filosofía del derecho (teoría general e historia de doctrinas)*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1944.p.246.

⁶¹ MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.147 a 150.

⁶² BAYLE, Pierre. Hétérodoxie et Rigorisme, p.129 Apud ABEL, Olivier. Les racines protestantes de la notion de sujet de droit In *Archives de Philosophie du Droit, Tome 34*. Publié avec le concours du C.N.R.S..Paris: Sirey, 1989.p.33.

e no luteranismo prussiano, ou no puritanismo anglo-saxão e no puritanismo do Piemonte.⁶³

A transposição do princípio ético da personalidade para o mundo jurídico foi possível graças ao resgate do direito natural. O direito natural, considerado, na Antiguidade Clássica, uma ordem objetiva de origem externa em conexão com a natureza social do homem, passa, na Idade Média, a se confundir com a doutrina teológica, representando, assim, uma ordem de origem divina. Com as ideias difundidas a partir do século XV, no entanto, o conceito de ordem natural passa por uma profunda transformação.

Com o novo espírito cristão trazido pelas lutas do protestantismo, este conceito é reelaborado com base nas características da nova filosofia: o racionalismo e o subjetivismo. O homem, enquanto ser racional, é independente dos comandos divino e humano. Sua atividade é guiada apenas pela razão, que nele se afirma a qualquer tempo e em qualquer lugar, frente, até mesmo, a qualquer ordenamento político. A força deste direito natural está no fato de ele não se mostrar apenas como uma mera afirmação teórica ou como um simples valor ideal, mas de aspirar a se transformar num princípio positivo. Segundo ensina MICELI, este novo direito natural pode ser considerado um “direito positivo de ordem superior, e como tal, capaz não só de inspirar as disposições deste, mas de complementá-lo e reformá-lo”.⁶⁴

Conforme SUPIOT, a secularização do sujeito, no entanto, não significou o fim de sua ambivalência. Desta forma, o sujeito, embora soberano – com capacidade de governar a si mesmo e de submeter a si o mundo dos objetos – somente atingirá sua liberdade “na medida em que permanece um sujeito no sentido etimológico e primeiro da palavra, ou seja, um ser *submetido* ao respeito das leis”⁶⁵, sendo estas as leis do direito ou as leis da ciência.

Com esta nova concepção sobre o direito natural, estabelecem-se, então, as condições que permitem a transformação do princípio ético da personalidade em princípio jurídico. Esta passagem do princípio da personalidade da moral ao direito não se dá em decorrência da vontade humana ou da vontade estatal, mas em virtude de sua própria natureza. Ainda nas palavras de MICELI:

⁶³ ABEL, Olivier. *Op.Cit.*, p.34.

⁶⁴ « Perciò, sotto un certo aspetto, questo diritto possiede un grado di positività ben più elevato dello stesso diritto positivo: è come un diritto positivo di ordine superiore, e come tale, capace non solo d’inspirare le disposizioni di questo, ma anche di complementarlo, di reformarlo e anche di sostuirlo. » MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.150.

⁶⁵ SUPIOT, Alain. *Op.cit.*, p.25.

O ideal se torna real, um comando interno se traduz em comando externo, não por uma necessidade ética, tampouco pela intromissão de elementos heterogêneos ou de qualquer aparato regulatório externo, mas por força própria. Desta forma, o direito confunde-se, funde-se com a moral e a exigência ética pode, ao fim de seu nascimento, revelar-se como ensinamento jurídico e revestir todas as garantias do direito.⁶⁶

Estabelecidas as bases teóricas sobre o surgimento ideal da personalidade jurídica, faz-se necessária a sua transposição para o mundo fático. No direito, esta passagem se dá por meio da positivação dos princípios jurídicos em normas jurídicas. O momento propício para este avanço foi a Revolução Francesa de 1879, que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pode-se dizer que, por obra da Revolução Francesa, o princípio da personalidade assumiu o caráter de crença político-jurídica.⁶⁷ Na Revolução de 1879, encontram-se, conforme afirma ASSIS DE ALMEIDA, as raízes históricas profundas do individualismo como ideologia.⁶⁸

Não se pode deixar de mencionar, também, a importância das revoluções americana e inglesa na positivação, através de documentos solenes, de direitos que consagram a personalidade jurídica do ser humano.

Em interessante estudo sobre o sujeito de direito, GRZEGORCZYK⁶⁹ traça as transformações pelas quais passou o termo *sujeito* desde o seu desenvolvimento pela filosofia até a sua utilização pelos juristas. Explica o autor que a ideia desenvolvida por DESCARTES no tocante a sujeito e objeto encontrou opositores na seara jurídica, que passaram a abordar a questão a partir de outras premissas, dando-se origem, desta forma, à noção de sujeito de direito que conhecemos nos dias de hoje.

Para Descartes, o ato de conhecimento é constituído por dois polos: de um lado tem-se o sujeito e, de outro, o objeto. O primeiro deles é dotado de consciência (*res cogitans*), enquanto o segundo apresenta apenas propriedades físicas (*res*

⁶⁶ Tradução livre. No original: “L’ideale diventa reale, un comando interno se traduce in comando esterno, non soltanto per una necessita etica; non più per l’intromissione di elementi eterogenei, di un qualunque apparato regolatore dei rapporti esterni, ma per forza propria. Per cui il diritto se confonde, anzi si fonde con la morale e l’esigenza etica puo, fin dal suo nascere, rivelarsi anche quale esigenza giuridica e rivestire tutte le garanzie accordate al diritto”. MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.154.

⁶⁷ “Per la opera de la Rivoluzione francese adunque il principio della personalita assumeva il carattere di un credo politico-giuridico; e non meno di una credenza occorreva allora (come occorre sempre) perchè un nuovo principio potesse acquitare tutta la sua efficienza pratica e agire efficacemente sugli ordinamenti positivi dei vari paesi”. MICELI, Vincenzo. *Op.cit.*, p.173.

⁶⁸ ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. *Conflitos interpessoais, constituição do sujeito de direito e promoção dos direitos humanos*, p. 13. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/134766144/Assis-de-Almeida-Guilherme-constituicaodosujeito>

⁶⁹ GRZEGORCZYK, Christophe. Le sujet de droit: trois hypostases In *Archives de philosophie du droit : le sujet de droit, Tome 34*. Publié avec le concours du C.N.R.S..Paris: Sirey, 1989. pp.10-13.

extensa), constituindo-se parte da realidade objetiva, mas tornando-se real apenas quando conhecido pelo sujeito.

Conforme mencionado, esta ideia cartesiana de oposição entre sujeito e objeto encontrou forte resistência por parte dos juristas. De acordo com estes últimos, a ideia de oposição entre sujeito e objeto não mais correspondia à realidade, uma vez que o homem passou a ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de seu próprio conhecimento. Com tal concepção, tornou-se impossível definir o sujeito humano em oposição ao objeto do conhecimento. Assim, numa tentativa de se encontrar uma abordagem satisfatória à questão, os teóricos, ao tratar do conceito de sujeito de direito, seja ele individual ou coletivo, passaram a levar em consideração o papel da ação humana.⁷⁰

Em sua obra *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, PUFENDORF elucida a importância da ação e da vontade humanas para a ciência do direito. A ação humana, para o referido autor, é todo o movimento que procede das faculdades humanas, ou seja, todos os movimentos empreendidos pelo homem através de seu entendimento e de sua vontade, elementos que o diferenciam dos animais irracionais.⁷¹ É justamente o elemento vontade que impele o ser humano à ação. Esta vontade, no entanto, deve ser livre, ou seja, não pode ser determinada por nenhuma necessidade. Quando a necessidade se impuser ao homem, a ação não será espontânea, uma vez que este teve retirada de sua alçada a liberdade de escolha. Neste caso, não será o homem o autor da ação, mas aquele que impôs a necessidade que levou à ação.⁷² As ações humanas espontâneas, realizadas com base no entendimento e na vontade, justamente por terem sido realizadas desta forma, podem ser imputadas ao agente, podendo o autor ser “obrigado a prestar *Contas* de seu Feito”.⁷³

⁷⁰ SUPLOT aponta para o fato de essas duas ideias – a jurídica, que considera o homem um sujeito dotado de razão e titular de direitos inalienáveis, e a científica, segundo a qual o homem é um objeto do conhecimento – não são indissociáveis. Explica o autor: “Essas duas vertentes, subjetiva e objetiva, do ser humano são duas faces de uma mesma medalha. Pois cumpre primeiro ter pensado o espírito para considerar o corpo uma coisa. As noções de sujeito e de objeto, de pessoa e de coisa, de espírito e de matéria se definem por oposição mútua. Uma não é concebível sem a outra e jamais a ciência positiva poderia ter nascido sem elas. Cumpre realmente postular que o homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E essa definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto da história do Direito e não da história das ciências.” SUPLOT, Alain. *Op.cit*, p.13.

⁷¹ Nas palavras do autor: “Por uma *Ação Humana* não nos referimos a *todo Movimento* que procede das Faculdades de um Homem; mas somente aqueles que têm sua Origem e Direção a partir dessas Faculdades com que Deus Onipotente dotou a Humanidade, diferenciando-a dos Irracionais; isto é, aquelas que são empreendidas pela Luz do Entendimento e por *Escolha da Vontade*”. PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.p.57.

⁷² Idem, pp.63 e 64.

⁷³ Ibidem, p.69. Verifica-se, assim, a noção de responsabilidade do indivíduo por suas ações.

PUFENDORF ensina que, em decorrência da diferença entre as vontades e ações humanas no seio de uma sociedade, é necessário, para a preservação da “Decência e Ordem”, que existam normas que disciplinem o comportamento humano, posto que se o homem fizesse tudo que fosse da sua vontade, a consequência lógica seria a existência de “vastas *Confusões* entre a Humanidade”.⁷⁴ Para que a prescrição de uma norma seja eficaz, é necessário que haja obrigação em segui-la. Isto, no entanto, somente será alcançado com a existência de um *Superior*, ou seja, alguém que, por possuir justos motivos, seja capaz de restringir a liberdade humana; um poder que, de direito, possa impor alguma necessidade ao homem.⁷⁵ A liberdade de ação dos homens, pelos motivos anteriormente expostos, levou, então, os “Chefes de Família a abandonar sua própria Liberdade natural e se formar em Comunidades” para que estas pudessem lhes proporcionar “Segurança e Defesa contra os Males e Malefeitos que são incidentes nos Homens de uns aos outros”.⁷⁶

A partir do exemplo das ideias de Pufendorf é possível visualizar a mudança a que Grzegorzcyk se refere ao afirmar que a ideia de *pessoa* na seara jurídica passou a corresponder a todo aquele que é autor de sua própria ação.

A transformação do sujeito em um sujeito de direito é explicada, no plano filosófico, por RICOEUR. O autor, ao abordar a questão do sujeito, recorre às noções de estima e de respeito.⁷⁷ Para o autor, a auto-estima e o auto-respeito definem a dimensão ética e moral do si mesmo, caracterizando o homem como um sujeito de imputação ético-jurídica. O homem somente será digno de respeito quando for capaz de estimar as ações alheias e as suas próprias como boas ou más, permitidas ou proibidas. Será, então, um sujeito capaz. Nas palavras do autor:

É aqui que a noção de sujeito capaz atinge seu mais alto significado. Nós mesmos somos dignos de estima ou respeito desde que capazes de considerar boas ou más, declarar permitidas ou proibidas as ações alheias ou nossas. Um sujeito de imputação resulta da aplicação reflexiva dos predicados “bom” e “obrigatório” aos próprios agentes.⁷⁸

Para ser sujeito de direito, segundo o raciocínio do autor, faltam a este sujeito capaz as condições de atualização de suas próprias aptidões, ou seja, faltam a ele as formas interpessoais de alteridade e as formas institucionais de associação. Isto significa dizer que

⁷⁴ Idibem, p.77.

⁷⁵ Ibidem pp.78 e 79.

⁷⁶ Ibidem, p.284.

⁷⁷ O autor utiliza a noção de estima no significado dado por Aristóteles e a noção de respeito utilizada por Kant.

⁷⁸ RICOEUR, Paul. *O Justo 1 – A justiça como regra moral e instituição*. São Paulo: Marins Fontes, 2005. p.24.

não basta ao sujeito capaz interagir com outro igual a si. Não basta ao “eu” reconhecer no “tu” um igual em termos de direitos e deveres. É necessária ainda a figura do terceiro, que, situado no plano de fundo, conferirá base à mediação institucional.⁷⁹ Sem isso não será constituído um sujeito real de direitos, ao qual o autor nomeia de cidadão.⁸⁰

1.3 A SUBJETIVIDADE NO DIREITO: PRINCIPAIS TEORIAS

1.3.1 A teoria da vontade, a teoria do interesse e as teorias mistas

Duas são as principais vertentes teóricas que buscam explicar o fenômeno da subjetividade no direito: a teoria da vontade – ou escola psicológica - e a teoria do interesse.

A primeira delas, influenciada pelas ideias kantianas do homem como fim em si mesmo, encontra na vontade o fundamento da noção de sujeito de direito. Ao diferenciar a pessoa da coisa, KANT aponta que esta serve de meio, enquanto aquela será sempre um fim em si mesma. Nas palavras do autor:

Os seres cuja existência depende, não em virtude da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meio e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limite nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).⁸¹

Vale ressaltar que Kant não aborda a questão do sujeito de direito. No entanto, o sujeito moral em Kant, conforme explica KASHIURA JR., “identifica-se com o ser racional que é fim em si mesmo, que possui vontade autônoma e que, assim, é livre”.⁸² A vontade deste sujeito se determina por si própria, sendo o sujeito, por isso, livre. Este sujeito é, portanto, universal, posto que “todos os seres racionais, precisamente porque racionais, são livres, ou seja, o sujeito livre é universal na exata medida da racionalidade universal”.⁸³

⁷⁹ Quanto à mediação institucional, afirma ASSIS DE ALMEIDA: “A mediação institucional para a configuração do sujeito de direito é uma tarefa fundamental para o incremento da democracia em todos os países da comunidade internacional. Essa tarefa cabe ao Estado e pode e deve ser complementada por agentes da sociedade civil e das universidades, bem como de todas as escolas e espaços pedagógicos em geral.” ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. *Op.cit.*, p.30

⁸⁰ RICOEUR, Paul. *Op.cit.*, p.26.

⁸¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 72.

⁸² KASHIURA JR., Celso Naoto. *Sujeito de Direito e Capitalismo*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012. p.22.

⁸³ Idem.

Desenvolvida e difundida, respectivamente, por WINDSHEID e SAVIGNY, a teoria da vontade busca sua inspiração no Direito Romano e afirma ser o direito subjetivo expressão da vontade do homem, ente racional e volitivo, fundador do direito e titular de direitos naturais inerentes à sua personalidade. Em outras palavras, de acordo com esta teoria, a ação humana obedece ao impulso da vontade.

Para SAVIGNY, toda relação jurídica se dá de pessoa à pessoa, estando a questão da subjetividade jurídica relacionada à possibilidade de se possuir direitos – ou à capacidade de direito – e não à sua possível aquisição – ou capacidade de agir.⁸⁴

A segunda corrente, a teoria do interesse, afirma que a base da noção de sujeito não é a vontade, mas o interesse. GOROVTSSEFF explica que esta teoria corresponde à aplicação das ideias fenomenologistas de Hegel⁸⁵, segundo as quais “o sujeito de direito não passa de um “modus” do grande espírito, o Estado”⁸⁶. Para Hegel, o indivíduo – isolado – é sujeito de direito, torna-se proprietário e contrata. Como sujeito de direito, perseguirá seus interesses e fins, defrontando-se consigo mesmo na propriedade e com outros sujeitos no contrato. No entanto, o *direito abstrato* não permite deduzir quais seriam estes interesses e estes fins, ou seja, como se tornariam efetivas as formas jurídicas decorrentes da personalidade⁸⁷.

Desenvolvida por JHERING, a teoria do interesse se contrapõe à teoria da vontade como uma teoria objetiva frente a uma teoria subjetiva⁸⁸. Segundo o doutrinador, o imperativo categórico de Kant não é suficiente para mover a vontade do homem. Esta não se move por pura dedução lógica, mas apenas por influxo de uma pressão real: o interesse. Não existe ação sem interesse. Em suas palavras:

O interesse – “interessar-se por um fim” – é a condição indispensável de toda a ação humana. Dizer agir sem interesse, é o mesmo que dizer agir sem um fim: o que é uma impossibilidade psicológica. Por mínimo e remoto que o interesse

⁸⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op. Cit.*, p.1.

⁸⁵ Sobre a relação do “eu” com o interesse, afirma HEGEL: “Tampouco no querer sou por mim mesmo: tenho diante de mim determinados interesses. Estes são sem dúvida meus objetivos, entretanto estes objetivos contêm sempre algo oposto a mim, algo que é para mim um outro, pelo qual estou determinado de uma maneira natural. Em todos estes casos não sou perfeito em mim. Somente o pensar é a espera onde se elimina toda a alienação onde o espírito é absolutamente livre, é em si mesmo. Alcançar esta finalidade é o interesse da ideia, do pensar, da filosofia”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Introdução à história da filosofia*. Tradução: Euclidy Carneiro da Silva. São Paulo: Hemus, 1976. pp.42 e 43.

⁸⁶ GOROVTSSEFF, Alexandre. *Études de Principiologie du Droit: theorie du sujet du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1928.p.30.

⁸⁷ KASHIURA JR., Celso Naito. *Op.cit.*,p.102.

⁸⁸ REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27ª ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p.254.

possa ser, há-de por fôrça existir para que o fim possa exercer a sua ação sobre a vontade.⁸⁹

Deste modo, a teoria do interesse explicaria, por exemplo, o fato de o menor, apesar de não possuir vontade, ainda assim ser detentor de direitos. O direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido. Isto porque, segundo Jhering, a função do direito é proteger os interesses do indivíduo: o patrimônio e a própria vida do ser humano.⁹⁰

Diversos autores buscaram conciliar as ideias desenvolvidas pelas duas doutrinas acima elencadas.⁹¹ Dentre eles, encontra-se JELLINEK, para quem o direito subjetivo, por ser o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir, seria capaz de conjugar os elementos vontade e interesse.⁹²

Para MICHOU, o legislador, ao reconhecer a personalidade jurídica humana, deve ter por interesse primordial o exercício livre das faculdades humanas que permitam seu próprio desenvolvimento. A vontade do homem deve ser protegida pelo direito, o que não significa, no entanto, que tal vontade deva ser reconhecida simples e meramente por si mesma, mas como meio e não como fim, pois o fim é o próprio homem.⁹³ O homem, nas palavras do autor:

É um sujeito de direito não porque ele quer, mas porque ele vive, e porque o legislador, no momento civilizacional em que nos encontramos, possui a consciência de que o homem somente atingirá seu completo desenvolvimento por meio de uma extensa proteção concedida à sua vontade. Esta proteção não cobrirá, sem distinção, todas as manifestações desta vontade que não colidam com a vontade alheia. Ela cobrirá apenas aquelas vontades que possuam por fim um interesse humano considerado pelo legislador como digno de ser protegido.⁹⁴

⁸⁹ JHERING, Rudolf Von. *A Evolução do Direito*. Tradução de O. De Meulenaere. Lisboa: José Bastos. S.I. : S.N., 19- ?p.61.

⁹⁰ “A pessoa, isto é, o fim de sua conservação, deu origem ao *patrimônio*. Êste assegura a realização do fim de conservação, e ambos juntos dão por sua vez origem ao direito, isto é, a garantia dos seus respectivos fins por parte do Estado. Sem o direito esta garantia dependeria exclusivamente da fôrça física do sujeito. A noção de direito comporta, por isso, dois elementos: um conjunto de *fins*, e um sistema de *realização* desses fins. Assim como a pessoa e o patrimônio chamam o direito, assim o direito chama o Estado; e é a impulsão prática do fim e não a lógica da noção que impõe a transição”. Idem, p.77.

⁹¹ Como exemplos, podem ser citados Jellinek, Michoud, Ferrara, Saleilles e Ruggiero.

⁹² REALE, Miguel. *Op.cit.*, p.255.

⁹³ MICHOU, Léon. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 2a ed. Paris: Librairie Générale de droit & de jurisprudence, 1924. p. 109.

⁹⁴ Tradução livre. No original: “Il est un sujet de droit, non parce qu’il veut, mais parce qu’il vit, et parce que le législateur, dans la période de civilisation où nous nous trouvons, a conscience qu’il ne peut arriver au complet développement de son être que par une large protection accordée à sa volonté. Cette protection ne va pas jusqu’à couvrir sans distinction toutes les manifestations de cette volonté, à cette seule condition qu’elle ne heurte pas la volonté d’autrui. Elle couvre seulement celles qui ont pour but un intérêt humain que le législateur considère comme digne d’être protégé » Idem, pp 110 e 111.

Para os defensores das doutrinas mistas, o direito subjetivo é a “expressão de uma vontade, traduz um poder de querer, que não se realiza no vazio, senão para perseguir um resultado ou visando à realização de um interesse”.⁹⁵

1.3.2 A pessoa jurídica

São sujeitos de direito as pessoas físicas e as pessoas jurídicas.⁹⁶ As primeiras se referem ao indivíduo, já as segundas dizem respeito a seres coletivos, resultado da evolução das complexidades das relações civis. Como já demonstrado, as primeiras noções sobre pessoa jurídica foram desenvolvidas na Roma Antiga, com o surgimento dos municípios. Somente no direito civil, no entanto, a ideia de pessoa jurídica se viu plenamente desenvolvida.

Diversas são as teorias que tentam explicar os fundamentos da pessoa jurídica.⁹⁷ REALE identifica, entre as principais delas, a teoria da ficção, a teoria real ou organicista e o institucionalismo.⁹⁸

A teoria da ficção enxerga na pessoa jurídica uma simples *factio juris*. A pessoa jurídica é concebida como uma criação artificial, uma vez que, originalmente, somente o homem poderia ser o sujeito de uma relação jurídica. Expressão da teoria individualista do direito, a teoria da ficção acredita que as pessoas jurídicas são pessoas sem substrato

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 23.

⁹⁶ A concepção de *pessoa* pode ser, ainda, abordada a partir de outras áreas do conhecimento, como a filosofia e a psicologia. SICHES elucida: “En filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser captada dentro del mero campo de la ontología, antes bien, es coseguible tan solo en la intersección de este campo con el de la ética....En psicología, se habla de la persona concreta en cada individuo humano, la cual constituye el resultado de la íntima combinación de muy varios tipos de ingredientes, por ejemplo: factores biológicos constitucionales y factores biológicos adquiridos; factores psíquicos constitucionales y factores psíquicos adquiridos; componentes y factores sociales y culturales...sucede que la sociología se ocupa también de la persona humana. Lo hace en un sentido y en un plano similares a los de la psicología, pero subrayando los determinantes sociales y colectivos de la personalidad de cada individuo”. SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959. pp.244 e 245.

⁹⁷ A classificação das teorias desenvolvidas pelos juristas varia de acordo com cada autor que as analisa. PEREIRA agrupa as teorias existentes em quatro categorias: as teorias da ficção, as da propriedade coletiva, as da realidade e a institucional. LOPES, por sua vez, distingue as teorias entre as que consideram somente o indivíduo como sujeito de direito (teoria da ficção, teoria do patrimônio por objeto, teoria da ficção doutrinária de Jhering, teoria da ficção doutrinária de Duguit e a teoria de Kelsen), as teorias organicistas ou realísticas que colocam o organismo social no mesmo nível dos homens, para o efeito de se tornarem sujeitos de direito (teoria da realidade, teoria realística ligada ao conceito de sujeito de direito e a teoria da realidade jurídica) e a teoria da instituição, desenvolvida por Hauriou. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op.cit.*, pp.189-209; LOPES, Miguel Maria da Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1971. pp.294-302.

⁹⁸ REALE traz como as principais correntes a teoria da ficção em contraposição à teoria organicista, e a teoria do institucionalismo como uma tentativa em se conciliar as duas anteriores. REALE, Miguel. *Op.cit.*, pp.233-238.

específico, sendo tratadas como sujeitos de fins, apesar de não o serem – uma vez que só ao homem cabe este papel. RADBRUCH aponta que, neste caso, a personalidade jurídica seria apenas “uma contabilidade jurídica separada sobre determinados fins individuais, uma medida técnico-legislativa, à qual não corresponderia um substrato pré-jurídico específico”.⁹⁹

O principal expoente desta corrente foi o jurista francês SAVIGNY¹⁰⁰. De acordo com o jurista, a ideia de pessoa ou sujeito de direito, a princípio, confunde-se com a ideia de homem, identificando-se este, desta forma, como o único ente capaz de direito. O direito positivo tem o poder, no entanto, de modificar esta ideia de pessoa, restringindo-a ou estendendo-a, podendo, inclusive, recusar a capacidade de direito a determinados indivíduos. Assim, o direito positivo transporta a capacidade de direito para além do indivíduo, criando, artificialmente, uma pessoa jurídica.¹⁰¹ Nas palavras do autor, as pessoas jurídicas “existem apenas para fins jurídicos e são, ao lado dos indivíduos, sujeitos de relações jurídicas”.¹⁰²

PEREIRA classifica, ainda, como teoria da ficção o pensamento desenvolvido por Jhering, segundo o qual, pelo fato de a personalidade jurídica da pessoa jurídica repousar no indivíduo – e não nela mesma -, esta corresponde simplesmente a uma forma especial de apresentação das relações jurídicas.¹⁰³ Por meio da pessoa jurídica, seus membros componentes “manifestam suas relações jurídicas com o mundo exterior”.¹⁰⁴

Fazendo frente à ideia da pessoa jurídica como uma ficção do direito, surge, liderada por GIERKE, a teoria real ou organicista¹⁰⁵, de acordo com a qual, quando os

⁹⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. pp 193 e 194.

¹⁰⁰ SALEILLES alerta para o fato de a ideia de uma criação artificial já existir em Roma. A expressão *persona repraesentata* ou *ficta*, de origem romana, foi precisada por Savigny, que construiu a teoria e deduziu suas consequências. SALEILLES, Raymond. *Op. Cit.*, p. 310.

¹⁰¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op. Cit.*, p.2.

¹⁰² “J’ai traité de la capacité du droit, comme répondant à l’idée de l’individu ; je l’envisage ici comme étendue artificiellement à des êtres fictifs. On les appelle personnes juridiques, c’est-à-dire personnes qui n’existent que pour de fins juridiques, et ces personnes nous apparaissent à côté de l’individu, comme sujets des rapports de droit ». Idem, p.230.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op.cit.*, pp.190 e 191.

¹⁰⁴ LOPES, Miguel Maria da Serpa. *Op.cit.*, p.297.

¹⁰⁵ VILLENEUVE aponta para as dificuldades encontradas por esta teoria na tentativa de se explicar a personalidade jurídica: “Il est tout d’abord facile de ranger dans une catégorie à part les auteurs qui voient dans la Personnalité morale une pure fiction, dans une autre ceux qui la considèrent comme une réalité, et dans une troisième ceux qui la nient formellement. Mais notre seconde catégorie est d’une complexité presque décourageant car la notion de réalité n’est pas acceptée dans le même sens par tout ceux qui l’admettent, et il en est certainement quelques-uns qui n’ont pas essayé d’en préciser la véritable signification, ni pour eux-mêmes, ni pour les autres». VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. *Traité Général de Droit de l’État*, Tomo I. Essai d’une théorie réaliste de droit politique. Preface par Louis le Fur. Paris: Recueil Sirey, 1929, p.549.

homens se reúnem na consecução de qualquer objetivo, vê-se surgir de fato uma nova entidade, cuja existência não se confunde com a de seus membros.¹⁰⁶ Existiriam, desta forma, certos fins coletivos supraindividuais.¹⁰⁷

Para GIERKE, a sociedade caracteriza-se como algo ativo e eficaz, não podendo seus efeitos serem atribuídos apenas à soma de forças individuais.¹⁰⁸ Ou seja, a comunidade ativa não coincide com a soma dos indivíduos que a integram, configurando-se, desta forma, como uma unidade de vida supraindividual. Nas palavras do autor, “...parece suficientemente justificado o reconhecimento de uma unidade corporal-espiritual nas sociedades humanas”.¹⁰⁹

FERRARA, por sua vez, também considera a pessoa jurídica como uma realidade e não como uma ficção. No entanto, esta realidade é abstrata, ideal, como toda a realidade dos institutos de direito: uma realidade jurídica, e não uma realidade corporal sensível. A pessoa jurídica se configura como uma forma jurídica de unificação e concentração de direitos, obrigações e poder na persecução potencial de um interesse humano.¹¹⁰

Na tentativa de se conciliar estes dois polos representados pela teoria da ficção e pela teoria real, HAURIU, com a posterior contribuição de SANTI ROMANO na difusão de sua ideia, elabora a teoria do institucionalismo, segundo a qual as pessoas jurídicas configuram-se como instituições.¹¹¹ Para HAURIU, as instituições “representam, tanto no direito, como na história, a categoria da duração e da continuidade do real; a operação de sua fundação constitui o fundamento jurídico da sociedade e do Estado”.¹¹²

Além dessas correntes, PEREIRA cita a teoria da propriedade coletiva, adotada por PLANIOL e BERTHÉLÉMY. Para estes juristas, a massa de bens possuída por um grupo de pessoas distingue-se do patrimônio de cada um dos aderentes. A ideia de pessoa jurídica explicaria, desta maneira, esta separação.¹¹³

¹⁰⁶ REALE, Miguel. *Op.cit.*, p.234.

¹⁰⁷ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit.*, p.194.

¹⁰⁸ GIERKE, Otton. *La función social del derecho provado: la naturaleza de las asociaciones humana*. Traducida directamente del alemán por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.pp.81 e 82.

¹⁰⁹ Tradução livre. No original: “Por eso me parece suficientemente justificado el reconocimiento de una unidad corporal- espiritual en las sociedades humanas”. Idem, p.84.

¹¹⁰ FERRARA, Francesco. *Op.Cit.*, p.39.

¹¹¹ Idem, p.235.

¹¹² Tradução livre. No original: “Las instituciones representan en el derecho, como en la historia, la categoria de la duración, de la continuidad y de lo real; la operación de su fundación constituye el fundamento jurídico de la sociedad y del Estado”. HAURIU, Maurice. *La teoria de la institución y de la fundación*. Traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.p. 31.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op.cit.*, p.192.

Por fim, a teoria do patrimônio vinculado a um fim, desenvolvida por BRINZ, admite a forma transpessoal da pessoa jurídica. A ela são atribuídos fins específicos que diferem dos fins pessoais individuais ou dos fins de pessoa coletiva. São fins transpessoais e objetivos, que RADBRUCH denomina de culturais. A pessoa jurídica segundo a teoria do patrimônio vinculado a um fim seria, então, a “subordinação de determinados homens e bens a determinadas tarefas objetivas, ou seja, culturais”.¹¹⁴

Tanto a teoria da propriedade coletiva quanto a teoria do patrimônio vinculado a um fim constituem o que se denomina de *teorias negativistas*, uma vez que não consideram a pessoa jurídica como pessoas reais nem como pessoas fictícias. O que existe é apenas a reunião de indivíduos, através de um contrato, em uma coletividade.¹¹⁵

1.3.3 A personalidade jurídica segundo os principais doutrinadores da ciência do direito

Importante mencionar o posicionamento dos principais juristas que abordam a questão da personalidade jurídica.

KELSEN, em sua *Teoria Pura do Direito*, supera a dicotomia – por ele chamada de contraditória – entre direito subjetivo e direito objetivo. Esta superação se opera ao se entender a pessoa como a personificação de um complexo de normas; ao se reduzir o dever e o direito subjetivo a normas jurídicas que ligam sanção à determinada conduta do indivíduo; e ao tornar a sanção dependente de uma ação judicial. Ou seja, ao se reduzir o direito subjetivo ao direito objetivo.¹¹⁶

Ao tratar do sujeito de direito, KELSEN diferencia o sujeito do poder jurídico do sujeito de um dever jurídico. Dizer que um indivíduo é sujeito do poder jurídico significa dizer que seus atos criam ou cooperam na criação e aplicação de normas jurídicas; neste sentido, seu significado coincide com o de órgão jurídico. Por sua vez, ser sujeito de um dever jurídico é ter, na sua conduta, um dever estatuído pela ordem jurídica.¹¹⁷ Pelo fato

¹¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit.*, p.194.

¹¹⁵ SALEILLES, Raymond. *Op. Cit.*, p. 387.

¹¹⁶ Nas palavras do jurista: “A contraposição entre Direito em sentido objetivo e Direito em sentido subjetivo, entre uma objetividade jurídica e uma subjetividade jurídica, é uma contradição lógica da teoria na medida em que afirma ambas como simultaneamente existentes. A contradição ganha a sua expressão mais aparente no fato de o sentido do Direito objetivo ser definido como uma norma heterônoma que é vinculação, coação mesmo, enquanto que se declara como essência da subjetividade jurídica precisamente a negação de todo vínculo, a saber, a liberdade no sentido de autodeterminação ou autonomia”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2011.

¹¹⁷ Idem, p.189.

de, na ordem jurídica, considerarem-se não os indivíduos como tais, mas apenas as suas ações e omissões, conceitos como “sujeito jurídico” e “órgão jurídico” são, de acordo com o autor, apenas conceitos auxiliares do direito.

São sujeitos de direito tanto indivíduos (pessoa física), como entidades coletivas (pessoas jurídicas).¹¹⁸ A pessoa no direito, segundo o teórico, confunde-se com os deveres jurídicos e direitos subjetivos dos quais é portadora, da mesma forma como uma árvore que possui troncos e folhagens é, ao mesmo tempo, esses troncos e folhagens. A pessoa se apresenta, então, como a personificação do complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos.¹¹⁹

A figura da pessoa jurídica é um conceito auxiliar da ciência do direito criado na tentativa de se explicar, tendo em vista que o direito regula apenas a conduta humana, a existência dos atos, direitos e deveres de entidades coletivas. Dizer que uma corporação possui personalidade jurídica significa dizer que a ordem jurídica lhe atribui “deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da corporação constituída através de um estatuto”. Esta personificação auxilia, deste modo, na descrição do direito, não sendo, conforme alerta o autor, um produto deste.

A noção tradicional de sujeito de direito designa aquele que pode ser titular de direitos subjetivos. O dilema de saber quais as condições necessárias para que um ente possa ser titular deste direito não existe na teoria de DUGUIT¹²⁰, uma vez que o autor, assim como Kelsen, nega a existência de direitos subjetivos, afirmando ser, por isso, a discussão sobre o sujeito de direito inútil e sem objeto. No entanto, o assunto é abordado em seu *Traité du Droit Constitutionnel* sob a justificativa de ser o desenvolvimento da ideia de sujeito de direito a melhor prova da inexistência da concepção de direitos subjetivos.

Para o teórico, pelo fato de somente existir o direito objetivo, sujeito de direito é aquele que está submetido às regras do direito objetivo. Somente o homem individual,

¹¹⁸ No que diz respeito à classificação dos sujeitos em naturais ou artificiais, o autor lembra que não só a ideia de pessoa jurídica, mas também a de pessoa física constitui-se numa construção artificial do direito. Nas palavras do autor: “A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (Juristische Person).” Ibidem, p.194.

¹¹⁹ “Assim como o direito subjetivo não é um interesse - protegido pelo Direito - mas a proteção jurídica de um interesse, assim também a pessoa física não é o indivíduo que tem direitos e deveres mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo. Esta unidade é também expressa no conceito de sujeito jurídico que a teoria tradicional identifica com o de pessoa jurídica (pessoa em sentido jurídico - Rechtsperson)”. Ibidem, p. 193.

¹²⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2a ed. Tome I. La règle de droit. Le problème de l'état. Paris : Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921. pp.118 e 119.

possuidor de uma vontade consciente, é o destinatário deste direito. Aqueles que não possuem vontade consciente, como os menores de idade e os deficientes mentais, não fazem parte deste grupo, ou seja, não são considerados sujeitos de direito.¹²¹ Tampouco os agrupamentos humanos são considerados pelo autor como sujeitos de direito. Apesar de existirem regras que lhes digam respeito, somente a terceiros é permitido realizar atos concernentes ao interesse dos menores, aos deficientes mentais e às coletividades. Ou seja, apesar de se referirem a essas pessoas, as regras são destinadas a terceiros, estes sim sujeitos de direito.¹²²

Para DUGUIT, o escravo era sujeito de direito objetivo, ao contrário do afirmado pela quase totalidade da doutrina. Isto porque, até mesmo o escravo se submete ao direito, tendo em vista que algumas coisas lhe são por ele proibidas e outras permitidas. Ademais, o escravo é um homem individual com vontade consciente.

A afirmação de que o homem individual consciente de seus atos é o único sujeito de direito, segundo o autor, mostra-se verdadeira em todas as teorias que buscam explicar a titularidade subjetiva. Assim, se na teoria do interesse é sujeito de direito aquele que possui interesses protegidos, somente o homem com interesses protegidos é considerado sujeito de direito. Partindo-se da teoria da vontade, de acordo com a qual o direito protege a vontade humana, o sujeito de direito é o homem com vontade consciente. Combinando-se os elementos vontade e interesse, será sujeito de direito o homem consciente e senhor de seus atos. Deste modo, conclui-se que, em qualquer das teorias, o homem é o sujeito por excelência.¹²³ O teórico critica a atribuição de inteligência e de vontade a entidades que não o homem individual, alegando que este processo permite a construção de belas frases e metáforas sonoras, mas apenas isto.¹²⁴

Para SCILLE, somente o indivíduo humano dotado de inteligência e de vontade pode ser o destinatário das normas jurídicas. O direito, através de suas normas, é o responsável por habilitar pessoas físicas a atuar no campo jurídico. Por intermédio destes *agentes jurídicos* as regras de direito são aplicadas aos indivíduos que não possuem

¹²¹ O autor lembra que as regras de direito são regras de fins que contêm imperativos positivos ou negativos direcionadas às vontades. Um imperativo somente pode se direcionar a uma vontade consciente. Ademais, quando um sujeito viola uma regra de direito, uma reação social espontânea se produz contra ele. O mesmo não ocorre quanto à violação parte de menores ou de insanos. Segundo o teórico, esta seria a maior prova de que estes não são sujeitos de direito. Ibidem, pp. 336 e 337.

¹²² Idem, pp. 319 a 322. Nas palavras do autor: “la règle de droit qui protege les intérêts individuels d’une personne dénuée de raison ou d’un groupement s’adresse uniquement à des individus conscients, soit aux tiers, soit aux représentants de l’incapable ou du groupement ». DUGUIT, *León. Op.cit.*, p.322.

¹²³ Ibidem, pp.324 e 325.

¹²⁴ “Attribuer une intelligence et une volonté à d’autres êtres que l’homme individuel, cela permet des belles phrases et des métaphores sonores et pas autre choses ». Ibidem, p.326.

capacidade – como as empresas, por exemplo -, gerindo-se, desta forma, os interesses destes últimos.¹²⁵

No que se refere às pessoas jurídicas, estas são desprovidas de personalidade física e intelectual, quedando sua personalidade jurídica, muitas vezes, indemonstrável. No entanto, estas entidades, comportando ou não elementos humanos, são assimiladas a pessoas dotadas de poder jurídico, tornando-se capazes de criar situações jurídicas ativas ou passivas, de administrar bens, de estar em justiça, entre outros. SCELLE considera que a atribuição de *órgãos* a estas entidades – como inteligência, membros, aparelho digestivo e vontade própria – não passa de pura imaginação por parte de alguns juristas e sociólogos. Apesar de o direito considerar lícitos seus fins, a origem destas entidades é confiada aos verdadeiros sujeitos de direito: os governantes, administradores, conselheiros, secretários e funcionários. Sua personificação, que somente se dá com vistas a facilitar o exercício de seus benefícios, é de uma simplificação técnica muito ampla.¹²⁶ Apesar dos entraves apontados pelo doutrinador, este afirma ser difícil renunciar à utilização da ficção da pessoa jurídica. Torna-se necessário, desta maneira, ter em mente que se trata apenas de uma ficção e que seus inconvenientes devem ser evitados sempre que possível.¹²⁷

Para MIRAGLIA, a pessoa, em sentido jurídico, é o sujeito de direitos e deveres. Este sujeito se identifica com o homem enquanto organismo que sente a si mesmo e às coisas, e que possui consciência e vontade livre. A transformação do homem em um sujeito jurídico individual se dá através de um ato de reconhecimento por parte do direito. Este ato, é importante frisar, não cria a personalidade, mas se configura como uma investidura da consagração civil desta.¹²⁸ A pessoa jurídica e o “eu” são o mesmo, sendo a primeira a manifestação deste último na vida social e em suas relações externas. A qualidade de pessoa jurídica pressupõe, na visão do autor, duas condições essenciais: o querer e o reconhecimento social. Contatada a existência desses dois elementos, encontra-se configurada a personalidade jurídica.¹²⁹ A pessoa individual será um sujeito de direito

¹²⁵ “L’individu humain doué d’intelligence et de volonté peut donc seul être le destinataire des normes ou, selon la terminologie juridique, être sujet de droit ». SCELLE, Georges ; ESMEIN, Paul ; DE LA MORANDIÈRE, Leon Julliot ; LEVI-BRUHL, Henri. *Introduction à l’étude du droit*. Tome I. Paris: Édition Rousseau, 1951. p.29.

¹²⁶ Idem, p.30.

¹²⁷ Nas palavras do autor: “Toutes les activités juridiques des soit-disant personnes morales se ramènent en bonne technique, à des actes de volonté des agents dotés de compétences spécialisées pour gérer leur biens et poursuivre leur finalités. Mais il paraît difficile de renoncer, en technique juridique positive, à l’utilisation de la fiction de la personnalité morale l’important est de se souvenir qu’il ne s’agit là que d’une fiction et d’envisager les moyens d’éviter les inconvénients ». Ibidem, p.31.

¹²⁸ MIRAGLIA, Luis. *Filosofia del Derecho*. Tomo I. Madrid: La España Moderna. pp.359 e 360.

¹²⁹ Idem, p.361.

quando considerada em si mesma como fim. Quando considerada meio do todo ou do organismo ético será um sujeito de deveres. Vale ressaltar que o autor, ao identificar o indivíduo como meio, não se refere a sua coisificação, mas sim à subordinação do homem consciente e livre ao todo ético.¹³⁰

MIRAGLIA aponta contradições na teoria desenvolvida por Savigny que identifica na pessoa jurídica uma ficção. Para ele, a ficção e a personificação não resolvem o problema que a teoria se propõe a solucionar. Ao conceber um elemento fictício, a própria teoria nega a existência deste sujeito. Sabe-se que ali deveria existir um sujeito, mas este não passa de uma ficção. Além disso, a teoria admite que direitos podem pertencer naturalmente a um ser não humano, mesmo tendo afirmado, anteriormente, que somente o homem se configura como um sujeito de direitos.¹³¹

Também o posicionamento de Jhering é criticado pelo autor, que afirma que este, em sua teoria, confunde o critério do feito com o critério de direito. Para Miraglia, saber quem é o destinatário do direito, ou seja, quem goza deste direito, não é o mesmo que identificar o sujeito deste direito.¹³² Ademais, para o autor, a teoria desenvolvida por Jhering apesar de ser concebida e considerada como concreta e realista, possui suas próprias bases na abstração.

Partindo da ideia de ROUSSEAU¹³³, segundo a qual o indivíduo possui uma dupla característica (a de cidadão – membro ativo do Estado, participante da formação da vontade geral – e a de sujeito submetido a esta vontade geral), JELLINEK¹³⁴ identifica o povo, elemento do Estado, enquanto objeto deste e enquanto sujeito de direito.

O povo é considerado sujeito de direito a partir do momento em que se leva em conta a natureza corporativa do Estado. Assim, a corporação Estado é composta por indivíduos ligados uns aos outros; estes são os seus membros, os seus associados. Se um agrupamento de homens que se encontram sob um mesmo domínio não possuir a natureza subjetiva de um verdadeiro povo, não se pode falar na existência de um Estado. O povo é considerado objeto do *imperium* quando se tem em mente o poder de comando do Estado,

¹³⁰ Ibidem, p.362.

¹³¹ Ibidem., pp.408 e 409.

¹³² O teórico esclarece através dos seguintes exemplos : “Los ciudadanos del municipio y los enfermos no son los propietarios del patrimonio del municipio y del hospital, aun quando disfruten de los beneficios de dicha corporación y fundación”. Ibidem, p. 411.

¹³³ “À l’égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s’appellent en particulier citoyens, comme participant à l’autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l’État ». ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, Livro I, VI. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

¹³⁴ JELLINEK, Georg. *L’État moderne et son droit*, vol.II. Deuxième partie, Théorie Juridique de l’État. Paris : V. Giard & E. Brière, 1913. p.34.

compondo-se, nesta situação, de elementos puramente subordinados. No entanto, por se encontrarem na situação de membros do Estado, os indivíduos – considerados como sujeito, o povo – compõem-se de elementos coordenados. A partir dessas premissas, o autor conclui, que “os indivíduos considerados como objeto do poder do Estado são sujeitos de obrigações passivas, como membros do Estado, ao contrário, são sujeitos de obrigações ativas”.¹³⁵

A qualidade de sujeito de direito do indivíduo se exprime pelo reconhecimento, por parte do Estado, de sua qualidade de membro na comunidade. Ao compor o que se denomina “povo”, o indivíduo vê reconhecidos pelo Estado os seus direitos públicos. O caráter corporativo do Estado, de acordo com os ensinamentos do autor, funda-se justamente no direito público subjetivo do indivíduo – na qualidade de povo, coletividade de co-associados que formam o Estado – de fazer valer juridicamente determinadas pretensões.¹³⁶

O Estado, por sua vez, também se submete ao direito, sendo deste guardião e príncipe. O direito parte de fatos concretos e tem por finalidade a sua aplicação. As ideias jurídicas, no entanto, são abstratas e tem por objetivo classificar a diversidade de regras jurídicas. Assim, por exemplo, a propriedade e a posse não são objetos que se pode ver ou tocar, no entanto, são definições utilizadas pela ciência jurídica na explicação dos fenômenos que ocorrem entre objetos reais. Os conceitos jurídicos, desta forma, conclui o autor, não são ficções, mas “repousam no terreno sólido do mundo real, do mundo das normas jurídicas”.¹³⁷

Adepto da teoria da ficção, o teórico afirma que o papel do reconhecimento jurídico do Estado é estabelecer um conceito abrangente de todas as suas qualidades jurídicas. Cabe à ideia jurídica considerar os fatos jurídicos que ela pretende classificar como uma unidade, tais quais, por exemplo, as ideias de propriedade e obrigação. Desta forma, faz-se necessário que se estabeleça uma unidade de Estado. Do ponto de vista jurídico, segundo JELLINEK, é possível encontrar três concepções do Estado: o Estado objeto de direito, o Estado enquanto relação jurídica e o Estado como sujeito de direito.¹³⁸

¹³⁵ Tradução livre. No original: “Les Individus considérés comme objet du pouvoir de l’État sont des sujets d’obligations passives ; comme membres de l’État, au contraire, ce sont des sujets d’obligations actives ». Idem, p.37.

¹³⁶ Ibidem, p.38.

¹³⁷ Tradução livre. No original: “Ces concepts juridiques ne sont pas de fiction, mais reposent sur le terrain solide du monde réel, du monde des normes juridiques ». JELLINEK, Georg. *L’État moderne et son droit*. Premier partie, Théorie générale de l’État. Paris : V. Giard & E. Brière, 1911. p.269.

¹³⁸ Idem, p.271.

A análise desta última concepção de Estado se faz extremamente relevante para o presente estudo.¹³⁹

O sujeito jurídico não se configura como uma entidade, mas antes como uma capacidade criada pela vontade da ordem jurídica. Esta capacidade, assim como todo conceito jurídico, diz respeito a uma relação, o que pressupõe, desta forma, o homem (tendo em vista que todo o direito é uma relação entre os homens). Isto não implica, no entanto, que a qualidade de sujeito seja restrita ao ser humano individual. Todas as unidades consideradas pelo direito como sujeito existem da mesma maneira. Para justificar este posicionamento, o autor aponta para o fato de o indivíduo ser ele mesmo uma coletividade de células que não param de se modificar. Assim, da mesma forma que o indivíduo é a forma da síntese da totalidade dos fenômenos vitais do corpo humano, o Estado é uma forma de síntese necessária à consciência humana para o entendimento das instituições. A concepção do Estado como sujeito jurídico se mostra tão razoável cientificamente quanto a concepção do indivíduo como sujeito jurídico.¹⁴⁰

DEL VECCHIO, ao tratar da personalidade jurídica do Estado, aponta para o ponto fraco comum de todas as teorias que negam a existência desta: a falsa concepção de pessoa. Estas teorias entendem como pessoa apenas as estruturas que possuam determinada forma física. Se assim fosse, também ao indivíduo deveria ser negada a personalidade jurídica.¹⁴¹ Assim como Jellinek, o autor lembra que até mesmo o ser humano passa por mutações ao longo de sua vida. Apesar dessas transformações, o sujeito jurídico permanece o mesmo.

BEVILÁQUA define a personalidade jurídica como “a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”.¹⁴² O autor lembra que, a personalidade jurídica

na ordem política, toma, ordinariamente, a feição de cidadania, que é a aptidão para exercer direitos políticos, e é soberania, quando atribuída ao Estado, que, aliás, tem igualmente personalidade civil e outra internacional, ou antes, a sua personalidade é uma figura de três faces: a política (interna), a civil e a internacional.¹⁴³

¹³⁹ De acordo com o jurista, somente esta última “nous permettra de concevoir juridiquement l’unité de l’État, l’unité de son organisation et de la volonté qu’elle engendre ». Idem, p.280.

¹⁴⁰ Idem, pp.,276 a 280.

¹⁴¹ DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do Estado*. Tradução portuguesa de António Pinto de Carvalho. Prefácio de Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1957. pp.38 e 39.

¹⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda Editora, 2007.p.91.

¹⁴³ Idem, p.92.

RADBRUCH identifica o conceito de pessoa com o conceito de igualdade. O ser humano é fim e não meio e, segundo o autor, “fins em si excluem toda ordenação hierárquica”.¹⁴⁴ Se não houvesse essa igualdade entre o poderoso e o impotente, entre o patrão e o funcionário, por exemplo, não seria possível qualquer consideração de justiça, qualquer direito privado ou, até mesmo, qualquer direito. Constata-se, desta forma, a artificialidade do sujeito de direito frente ao sujeito real, visto que a personalidade jurídica não é inerente às pessoas, mas lhes é atribuída pelo ordenamento jurídico.¹⁴⁵ Seguindo este raciocínio – de que toda pessoa é criação do ordenamento jurídico –, é possível afirmar que, em sentido restrito, até mesmo as pessoas físicas são “pessoas jurídicas”.¹⁴⁶ As pessoas jurídicas – em contraposição às pessoas físicas e tal qual a elas – possuem fins em si mesmo, o que bastaria, segundo o autor, para demonstrar a expectativa de personalidade jurídica nas pessoas coletivas. É a partir do ponto de vista de seu fim unitário que se encontra a unidade de substrato da pessoa jurídica.¹⁴⁷

Para GOROVTSSEFF, a noção de sujeito de direito não se relaciona com o fato de se saber se um sujeito é individual ou coletivo, mas sim com a questão de ser o sujeito natural ou artificial. Natural e artificial são conceitos que se relacionam com a origem deste sujeito: quando criado pelo direito objetivo não-coletivo, o sujeito é classificado como natural; quando criado pelo direito objetivo coletivo, é classificado como artificial. De acordo com teórico, esta diferenciação se mostra mais satisfatória do que a classificação dos sujeitos em individuais ou coletivos. A doutrina tradicional, segundo o autor, por ser muito geral, não poderia ser aplicada em todos os ramos do direito, como, por exemplo, no direito público e no direito internacional. O direito internacional, por exemplo, tem seu sujeito natural no Estado; este, no entanto, é considerado pela doutrina tradicional como um sujeito coletivo, em contraposição ao sujeito individual, representado pelo ser humano.¹⁴⁸

GRZEGORCZYK identifica, no cenário atual, três hipóteses de homem jurídico: o sujeito proprietário, o sujeito autor de atos jurídicos e o sujeito responsável. Desta maneira,

¹⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit.*, p.190.

¹⁴⁵ Para PICAZO e GULLÓN, o reconhecimento da personalidade jurídica por parte do ordenamento jurídico é uma exigência da natureza e da dignidade humanas: “Desde el punto de vista jurídico há de sostenerse que todo hombre es persona. La personalidad no es mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer”. PICAZO, Luis Díez y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil.*. Volume I. Madrid: Technos, 2000. p.125

¹⁴⁶ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit.*, p.191.

¹⁴⁷ Idem, p.192.

¹⁴⁸ GOROVTSSEFF, Alexandre. *Op.cit.*, p. 7 a 10.

conforme a dimensão de propriedade, é sujeito de direito aquele que tem capacidade de possuir. De acordo com a concepção de sujeito autor de atos jurídicos, somente é sujeito de direito aquele que possui capacidade de agir no cenário jurídico. E, por fim, segundo a concepção de sujeito responsável, é sujeito de direito aquele que pode ter a responsabilidade por determinado fato a ele atribuída.¹⁴⁹

Nenhuma dessas concepções, na opinião do teórico, mostra-se satisfatória. Isso porque, em todos os casos, o termo “sujeito de direito” fica à mercê de raciocínios circulares que acabam por impossibilitar a conclusão sobre o significado dos termos envolvidos na discussão. Assim, por exemplo, na primeira hipótese, será sujeito de direito aquele que puder se apropriar de um determinado bem; no entanto, é considerado bem aquilo que pode ser apropriado por um sujeito. Cria-se uma dependência, um jogo de linguagem que não permite se chegar a conclusão alguma. O mesmo ocorre com as demais hipóteses. Deste modo, o autor afirma não existir um conceito exato de *sujeito de direito*, mas apenas uma compreensão sobre o que tal conceito englobaria. Determinada entidade não é sujeito de direito em razão de determinadas propriedades intrínsecas, mas se torna sujeito de direito em virtude da interpretação jurídica.¹⁵⁰

Apesar de todos os embates doutrinários que a questão da titularidade subjetiva pode, em vários aspectos, suscitar, é possível concluir que o sujeito é tido, de forma unânime entre os autores, como aquele a quem a própria ordem jurídica atribui direitos e deveres. Verifica-se, assim, que cada ordem jurídica é responsável pela identificação de seus sujeitos. Deste modo, ao tratar da titularidade subjetiva no direito internacional, faz-se necessário um estudo sobre os critérios utilizados pela ordem jurídica internacional na determinação de seus sujeitos. Este será o tema abordado no capítulo que se segue.

¹⁴⁹ GRZEGORCZYK, Christophe. *Op.Cit.*, pp.14-19.

¹⁵⁰ Idem, p.21.

2 A TITULARIDADE SUBJETIVA NO DIREITO INTERNACIONAL

Com suas bases firmadas nas doutrinas anteriormente expostas, a titularidade subjetiva no direito internacional carrega consigo as peculiaridades de seu ordenamento jurídico. São muitas as incertezas que cercam a temática, sendo vários os doutrinadores que buscaram, ao longo do tempo, trazer luz à matéria. Partindo-se do panorama exposto até então, será realizado, no presente capítulo, um estudo sobre os fundamentos teóricos da titularidade subjetiva internacional, com suas principais correntes e autores, além de uma análise das principais críticas feitas ao modo com o qual a disciplina tem sido abordada pela doutrina jusinternacionalista.

FELDMAN indica como o principal problema da “personalidade internacional” a diversidade de pontos de partida. Para alguns doutrinadores, a temática estaria relacionada à questão da responsabilidade; para outros, no entanto, um importante elemento para a discussão em pauta seria o reconhecimento. Essa ausência de um método comum de análise, segundo o autor, contribuiria para a inexistência uma estrutura fundamental definitiva para a abordagem da temática, o que acabaria por travar o desenvolvimento da teoria sobre a personalidade internacional.¹⁵¹

Não há norma positivada no direito das gentes determinando quais seriam os sujeitos deste direito.¹⁵² Ao abordar a questão, BARBERIS lembra que a categoria de sujeito de direito é uma sistematização da ciência do direito. Assim, a ciência do direito efetua uma análise do direito positivo, determinando, em cada caso, quais entidades gozam de direito internacional. O direito positivo não estabelece normas indicando quais entidades possuem personalidade internacional. O direito confere personalidade jurídica a

¹⁵¹O autor defende, ainda, o reconhecimento da personalidade internacional como um ramo do direito internacional, com sub-ramos e institutos, como forma de fortalecer a discussão acerca da matéria. “In other words, up to present time, there is no definite fundamental structure for the analysis of this problem. The situation would be different if international personality were recognized to be an independent branch of international law uniting correspondent sub-branches and institutes. It goes without saying that the “legal position of States as international persons” could be the component of “the law of international personality” as well as of such an independent branch as “the law of international organizations”. As a branch of international law, international personality must embrace other international persons as independent institutes, and recognition and legal succession as well. As for responsibility it should be mentioned that the latter has already been transformed into an independent branch of international law with the problem of its codification to be the focus of attention at the International Law Commission”. FELDMANN, David. *International Personality*. RCADI, Volume 191 (1985-II), pp.343-414. p352e353

¹⁵² ALBUQUERQUE MELLO aponta para a disputa doutrinária no tocante à existência ou não de normas atributivas da personalidade internacional, existindo, assim, uma corrente – liderada por Ballardore Pallieri – que admite a existência de normas gerais que atribuem a personalidade internacional àqueles que preencherem os requisitos por elas fixados, e uma corrente – liderada por Arangio-Ruiz – que nega a existência de tais normas, afirmando que será sujeito o destinatário da norma. Para o autor, a primeira corrente responde melhor à questão. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p.233.

uma entidade, atribuindo-lhes direitos e obrigações, mas não indica que tal entidade é um sujeito.¹⁵³ O problema, segundo o autor, advém da confusão que a doutrina do direito internacional faz entre direito positivo e ciência do direito. O primeiro diz respeito às normas válidas que constituem uma ordem jurídica, enquanto a segunda se refere à descrição e à sistematização destas normas. A categoria de sujeito de direito é uma construção de juristas que descrevem o direito, e não uma construção do próprio direito¹⁵⁴. Assim, para o autor, sujeito de direito é a denominação dada pelos juristas aos destinatários de direitos e obrigações, não cabendo ao direito prescrever, numa norma jurídica, se determinada entidade é ou não um sujeito. A norma apenas lhe atribui direitos e obrigações¹⁵⁵.

A inexistência de um rol indicativo sobre quais seriam os sujeitos de direito internacional contribui para uma concepção evolutiva da temática. Para BEREZOWSKI é isso que garante à teoria sobre a subjetividade internacional um valor biológico, que limita o rol dos sujeitos deste ordenamento jurídico às condições históricas e ao desenvolvimento das relações internacionais de determinada época.¹⁵⁶ Desta forma, um doutrinador do direito internacional apenas poderia elencar os sujeitos deste direito a partir da expressão: “Nos dias de hoje ...”. Este caráter evolutivo também permitiria afirmar, segundo SIOTTO-PINTOR, que a determinação dos sujeitos de direito das gentes nasce do costume e prática internacionais.¹⁵⁷ Além da dimensão histórica ALBUQUERQUE MELO ressalta ainda as dimensões sociológica e lógico-jurídica da noção de sujeito de direito internacional. De acordo com a primeira, a personalidade jurídica internacional “repousa no substrato material que o oferece a existência de uma das forças realmente influentes e atuantes”,

¹⁵³ BARBERIS, Julio A. *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*. Recueil des Cours de la Academie de la Hague, Volume 179 (1983-I), pp. 145-304. p.168.

¹⁵⁴ Para um maior esclarecimento sobre os papéis da ciência do direito e do direito positivo, o autor se utiliza da diferenciação entre reino animal e zoologia: “Le royaume animal est une chose, et la zoologie qui décrit et classifie les animaux est une autre. La nature ne décide pas, par exemple, que les chiroptères, les cétacés et les ongulés appartiennent à la catégorie des mammifères. Cela c’est l’homme de science que l’elabore en prenant pour point de départ la réalité de la nature. Il en va de même dans le domaine juridique. La catégorie de sujet de droit est une construction des juristes qui décrivent le droit et non une construction du droit lui-même”. Idem, p.169.

¹⁵⁵ Nas palavras do autor: “Sujet de droit est la dénomination que les juristes donnent aux destinataires des droits ou des obligations dans les conditions indiquées. Le droit ne peut pas prescrire dans une norme juridique que “X est sujet de droit”, parce que cela serait dépourvu de sens. Même si une ordre juridique contenait une norme énonçant que “X est sujet de droit”, X ne serait pas sujet si cet ordre juridique ne lui attribuait pas au moins um droit ou une obligation. Les normes juridiques ne peuvent pas imposer au juriste de considérer comme sujet de droit une personne qui n’est titulaire d’acun droit ni d’acune obligation” Idem.

¹⁵⁶ BEREZOWSKI, Cezary. *Les sujets non souverains du droit international*. RCADI, Volume 65 (1938-III), pp.1-85. p11.

¹⁵⁷ SIOTTO-PINTOR, Manfredi. *Les sujets du droit international autres que les états*. RCADI, Volume 41 (1932-III), pp.245-361. p.235.

devendo-se considerar a comprovação histórica da subjetividade. No que diz respeito à dimensão lógico-jurídica, o autor lembra que não existe ordem jurídica sem destinatário.¹⁵⁸

Segundo SPIROPOULOS, apenas a existência e o conteúdo de direitos e obrigações podem ser estabelecidos pela experiência, mas a qualidade de sujeito somente será decidida através de uma definição do conceito de “sujeito de direito” formulada *a priori*. O autor faz uma forte crítica à doutrina jusinternacionalista que, por indução, a partir da prática dos Estados, chega a uma definição empírica do que seria um sujeito de direito internacional. A ausência de conceitos definidos *a priori* e de unidade no método de análise da questão permite aos doutrinadores chegar às mais diversas conclusões acerca do tema, o que impossibilita a existência de respostas gerais, válidas para todos os fenômenos internacionais, tornando as soluções variáveis de acordo com a ideia de cada autor sobre a personalidade internacional.¹⁵⁹ SIOTTO-PINTOR rebate o posicionamento de Spiropoulos, afirmando que se a constatação da possibilidade de as concepções nascerem de forma arbitrária tiver o poder de nos parar, resta-nos apenas “cruzar os braços e rejeitar todas as elaborações científicas por serem vãs ilusões”.¹⁶⁰

Para COSNARD, o caminho jurídico normal na constatação da existência ou não de um sujeito de direito internacional consiste em verificar a reunião de elementos fáticos para confrontá-los com a regra existente, podendo-se, desta maneira, atribuir – ou não – à determinada entidade a personalidade jurídica internacional. No entanto, o que se verifica na prática internacional é a constatação da existência das consequências tradicionais da personalidade, o que levaria à suposição de que sua causa reside na personalidade jurídica da entidade analisada. Ou seja, através das consequências chega-se a uma suposta causa jurídica.¹⁶¹

COSNARD aponta para a dificuldade em se encontrar critérios suficientes para a atribuição da titularidade subjetiva no plano internacional. A primeira dificuldade surge com a tentativa de se elaborar teorias “na medida” para atender o resultado desejado.

¹⁵⁸ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* p.232.

¹⁵⁹ SPIROPOULOS, J. *L'individu et le droit international*. RCADI, Volume 30 (1929- V), pp.191-270.p.221.

¹⁶⁰ « Mais se cette réflexion avait le pouvoir de nous arrêter, nous n'aurions plus qu'à nous croiser les bras et a rejeter toute élaboration scientifique comme une vaine illusion! » SIOTTO- PINTOR, *Op.cit.* p.20

¹⁶¹ Este método, nos dizeres do autor, revela-se dificultoso principalmente no que diz respeito à personalidade jurídica do Estado, uma vez que a existência fática deste não basta para lhe conferir automaticamente uma existência jurídica. “Cette méthode soulève déjà des difficultés bien connues en ce qui concerne les États, sujets pourtant incontestés du droit international : l'existence factuelle de l'État ne suffit pas à lui conférer automatiquement une existence juridique, et c'est parce que le régime légal propre aux États s'applique à une collectivité que celle-ci est un État » COSNARD, Michel *Rapport Introductif* In Société Française pour le Droit International. Colloque du Mans. *Le Sujet en Droit International*. Paris: Pedone, 2005.p.14.

Normalmente, utiliza-se o pretexto das particularidades do sistema jurídico internacional. É desta forma, por exemplo, que se atribui uma posição primordial ao Estado no cenário internacional. Outra dificuldade apontada pelo teórico se relaciona à tentativa de se constatar *a posteriori* critérios que se encaixem nas consequências da personalidade jurídica internacional.¹⁶²

No plano jurídico internacional, a discussão sobre a atribuição da titularidade subjetiva se fez fortemente presente no início do século XX, quase se extinguindo no período pós-guerra, para somente ser retomada na década de 80. Faz-se necessário, desta forma, um resgate histórico sobre as teorias abordadas no decorrer do século passado a respeito do tema aqui estudado. Somente a partir deste estudo será possível visualizar a evolução doutrinária a respeito do assunto.¹⁶³

2.1 O ESTADO COMO ÚNICO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL

“O Direito Internacional rege as relações entre os Estados independentes”.¹⁶⁴ Ao definir o direito internacional como sendo aquele direito que regula as relações entre os Estados, as teorias existentes até o início do século XX acabavam por condicionar a definição de sujeito de direito internacional à definição deste próprio direito.¹⁶⁵ O Estado era considerado o único sujeito do direito internacional porque o direito internacional regulava as relações entre os Estados.

Para se iniciar a discussão sobre o Estado como único sujeito do direito das gentes, faz-se necessário um breve resgate das primeiras teorias que buscaram fundamentar este direito, o que tornará possível, assim, a visualização do exato momento em que o Estado assume papel de destaque no direito internacional.

¹⁶² Idem, p.30.

¹⁶³ Será adotada, no presente estudo, a classificação das teorias relativas à personalidade jurídica internacional tal qual a trabalhada por PORTMANN em sua obra *Legal Personality in International Law*. Ao abordar as teorias sobre a personalidade jurídica internacional, a autora identifica cinco diferentes vertentes sobre a temática: as que concebem apenas o Estado como sujeito de direito internacional; as que, por meio do reconhecimento, enxergam a possibilidade da ampliação deste rol; as que somente consideram os indivíduos como detentores de personalidade jurídica internacional; as teorias formais, como a de Kelsen; e as vertentes voltadas às relações internacionais, que utilizam a expressão “ator” para se referir aos participantes da vida internacional. Cada uma dessas concepções identifica diferentes sujeitos no cenário jurídico internacional, atribuindo variados mecanismos de atribuição da titularidade subjetiva e diferentes consequências para cada um desses sujeitos. PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2010.p.2

¹⁶⁴ No original : « Le droit international régit les rapport entre États indépendants ». C.P.J.I, Caso Lótus. Sentença de 7 de setembro de 1927, p.18.

¹⁶⁵ Spiropoulos aponta para o fato de que, com tal definição, os sujeitos passam a ser integrantes da definição de direito das gentes. A definição de direito das gentes torna-se função da determinação do sujeito de direito das gentes. SPIROPOULOS, *Op.cit.*, p.219.

A primeira tentativa de se fundamentar a validade do direito internacional se deu com a corrente jusnaturalista clássica. As ideias desenvolvidas por SÃO TOMÁS DE AQUINO no século XIII culminaram, no século XVI, com a Escola Espanhola¹⁶⁶, para a qual o direito natural deriva diretamente de Deus e o seu principal problema consiste em adequar o direito positivo à lei divina. O direito positivo, para esta corrente de pensamento, não deriva da decisão humana deliberada, mas nos princípios revelados ou descobertos pela razão.

O principal expoente desta escola foi Francisco de VITÓRIA, para quem o direito das gentes emana do direito natural e é estabelecido entre os homens pela razão natural, constituindo a soma dos preceitos morais que se impõem à razão e extraíndo seu caráter obrigatório da natureza divina. A humanidade, no pensamento do teórico, é uma sociedade universal regida pelo direito das gentes, cujo objetivo é o bem do mundo inteiro.¹⁶⁷ Esta sociedade universal incluiria não só os Estados cristãos, mas todas as sociedades organizadas de seres humanos.¹⁶⁸ Desta forma, também fazem parte desta sociedade as comunidades indígenas da América. Vitória se utiliza da concepção de pessoa humana desenvolvida por São Tomás de AQUINO e por SANTO AGOSTINHO, segundo a qual corpo e alma constituem a unidade humana. A concepção de ser humano utilizada por Vitória e a constatação de que, para o autor, também as comunidades indígenas fazem parte da sociedade universal, levam AZEVEDO a afirmar que “em Francisco de Vitória a

¹⁶⁶ “The modern law of nations of which Victoria was the expounder, Suárez the philosopher, and Grotius the systematizer, is the contribution of what we may call, and indeed must call, the Spanish School of International Law. For if Grotius was not a Spaniard by blood, he was a Spaniard in his conception of international law, and so far as the basic principles of his system are concerned, he was indubitably a member of the Spanish School”. SCOTT, James Brown. *The Spanish conception of international law and of sanctions*. Cornegie Endowment for International Peace: Washington, 1934. p.51.

¹⁶⁷ MECHOULAN, Henry. Victoria, père du droit international? In *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*. Travaux de la Journée d’études organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles de Visscher pour le droit international. Bruylant: Bruxelles, 1988. pp.12 e 13. Para FERRALLOJI, “Vitória chega a conceber não só a *universalis respublica* (a república universal) das gentes, mas também a humanidade como um novo sujeito de direito...humanidade como pessoa moral representativa de todo o gênero humano” FERRAJOLI. Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho; revisão da tradução por Karina Jannini. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p.9. Neste mesmo sentido, CANÇADO TRINDADE aponta a humanidade como um sujeito do direito internacional contemporâneo: “Ao longo do Direito Internacional contemporâneo, a personalidade jurídica internacional deixou de ser monopólio dos Estados...Só os arautos tardios de um positivismo jurídico degenerado não conseguem enxergar esta realidade de nossos tempos. E vou mais além: a própria humanidade, como um todo, gradualmente, passa a afirmar-se também como sujeito do direitointernacional contemporâneo, do no *jus gentium* do século XXI. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p.1102.

¹⁶⁸ SCOTT, James Brown, *Op.cit.* p. 127. Cabe lembrar que não existe unanimidade no tocante ao assunto. Para alguns autores, como Mechoulan, a *communitas orbis* de Vitória não era universal (uma vez que excluía os judeus e os sarracenos), servindo apenas como pretexto para as pretensões colonialistas espanholas. MECHOULAN, Henry. *Op.cit.*, pp 13-15.

pessoa é vista como *sui iuris*, isto é, como sujeito de direito, e tal concepção é aplicada aos índios”.¹⁶⁹

Francisco SUÁREZ, por sua vez, completa teoricamente o que Vitória havia iniciado na prática, ou seja, estabelece os elementos abstratos do direito que permitem com que este seja aplicado não em um determinado caso, mas em todos eles.¹⁷⁰ O teórico separa o direito internacional do direito natural e reforça a unidade do gênero humano e o pertencimento de todos os indivíduos a este grupo, além de apontar para a interdependência das comunidades do gênero humano.¹⁷¹

GROTIUS, considerado por muitos como o pai do direito das gentes, sem abandonar os preceitos da Escola Espanhola, seculariza o Direito Internacional Público, separando-o da filosofia e da teologia. Para ele, o *jus gentium* deriva da razão reta e não depende da vontade humana.¹⁷² Ensina GROTIUS:

Assim como as leis de cada Estado dizem respeito à sua utilização própria, assim também certas leis podem ter surgido entre todos os Estados ou entre parte deles, em virtude de seu consenso. Parece mesmo que regras semelhantes surgiram tendendo à utilização não de cada associação de homens em particular, mas do vasto conjunto de todas essas associações. Esse é o direito chamado direito das gentes, porquanto distinguimos este termo do direito natural.¹⁷³

A obra de VATTEL¹⁷⁴, datada de meados do século XVIII, foi de extrema importância para a configuração de uma definição do direito internacional na qual o Estado seja o centro da ordem jurídica. Em suas palavras, o direito das gentes é “a ciência do Direito que tem lugar entre as nações ou Estados e das obrigações que respondem a esse Direito”¹⁷⁵, é o direito natural aplicado às nações. Para o jurista, o Estado é um corpo político ou uma sociedade de homens que, unidos, buscam benefícios e segurança.¹⁷⁶ É

¹⁶⁹ AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *Op.Cit.*,p.131.

¹⁷⁰ “...he found a law of nations already in existence, not wholly lacking in philosophy – for none can deny that Victoria was a philosopher as well as a jurist – but nevertheless lacking a complete philosophical development....With Victoria, the philosophy of law was subordinated to its application; with Suárez, the desideratum was the creation of a philosophy which would therefore apply not merely one form of law but all law, and would therefore apply not to a single, but to every concrete situation”. SCOTT, James Brown, *Op.cit.*p.53.

¹⁷¹ MECHOULAN, Henry. *Op.cit.*p.114.

¹⁷² Idem, p.115.

¹⁷³ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. Vol.I. pp.43 e 44.

¹⁷⁴ Vattel pertence à escola de jurisconsultos de tradição grociana e que, na virada do século XVII, veio a reagir contra a teoria do direito natural ensinada por Pufendorf. MALALARMÉ, A. *Emer de Vattel In Les fondateurs du droit international: leur oeuvre, leur doctrine*. Avec une introduction de A.Pillet. Paris : V. Giard & E. Brière, 1904. p.31.

¹⁷⁵ VATTEL, Emmerich de. *O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.p.139.

¹⁷⁶ Idem, p.157.

uma pessoa moral na medida em que possui vontade própria, sendo capaz de direitos e obrigações.¹⁷⁷ A finalidade da sociedade das nações seria a assistência mútua para aperfeiçoar-se a elas mesmas e aos Estados, devendo cada nação contribuir para a felicidade e perfeição das demais. No entanto, as nações são livres e independentes umas das outras, cabendo a cada uma delas julgar o que pode ou não fazer a partir de sua própria consciência.¹⁷⁸ Nota-se, assim, o florescer de uma concepção voluntarista do direito internacional, que prima pelo papel do Estado, deixando em segundo plano o ser humano.¹⁷⁹

COSNARD, em relevante e recente estudo sobre a titularidade subjetiva no direito internacional realizado na cidade de Mans, em 2005, identifica o problema da tautologia na definição dos sujeitos a partir da própria definição deste direito.¹⁸⁰ A dependência das definições que traz um obstáculo ao estudo dos conceitos. A concepção clássica de que o direito internacional regula as relações entre os Estados independentes leva ao dogma de que as únicas pessoas deste direito são os Estados. Para o autor, este problema somente será superado não com a discussão sobre a natureza ou definição do direito internacional, mas com a possibilidade de modificação desta definição.¹⁸¹

Interessante abordagem sobre a temática da dependência entre os termos “direito internacional” e “sujeito de direito internacional” é feita por SIOTTO-PINTOR. Segundo o raciocínio do autor, quando se define o Direito Internacional a partir do ponto de vista subjetivo – “o Direito Internacional rege as relações entre os Estados” -, chega-se uma definição e rol de sujeitos limitados. Partindo-se desta abordagem, apenas o Estado poderia ser considerado sujeito desta ordem. No entanto, ao se definir o Direito Internacional do ponto de vista objetivo – “um conjunto de regras que se fundam não numa autoridade central, mas no princípio da boa-fé, ou *pacta sunt servanda*” -, este rol é ampliado. Os destinatários do direito seriam, então, as entidades que, não subordinadas umas às outras nem a uma autoridade superior comum, regem suas condutas baseando-se no entendimento de que o consentimento mútuo é uma fonte de direitos e obrigações. Não haveria, desta

¹⁷⁷ Ibidem, p.139

¹⁷⁸ Ibidem, p.146 e 147. Para uma maior compreensão sobre os autores clássicos do direito internacional, ver: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

¹⁷⁹ A concepção voluntarista do Direito Internacional e a soberania estatal, no entanto, somente encontraram sua expressão máxima em JELLINEK, para quem, por ser o poder soberano do Estado aquele que não reconhece nenhum outro superior a si, não estaria o Estado submetido juridicamente ao direito internacional, a não ser por meio de sua própria vontade. JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1954.pp.356-359.

¹⁸⁰ COSNARD, Michel. *Op.cit.*, pp. 13-53.

¹⁸¹ Idem. , p.16.

forma, um ciclo vicioso e intransponível. No entanto, com a Paz de Westphalia, o Direito Internacional viu triunfar a concepção subjetivista, que consolidou o Estado como o único sujeito da ordem internacional.¹⁸²

O papel primordial dado ao Estado no cenário internacional leva à tentativa de se encontrar, nas demais entidades, as características do Estado na configuração dos critérios para a atribuição da titularidade subjetiva internacional. COSNARD avalia tal tentativa da doutrina como uma forma não de determinar quais seriam os sujeitos do direito internacional, mas de desqualificar aqueles que não o podem ser. Características estatais poderiam ser encontradas na Cidade do Vaticano, ou até mesmo na Cidade Livre de Dantzig; no entanto, não poderiam ser encontradas nos indivíduos, por exemplo.¹⁸³

Outro ponto levantado pelo autor diz respeito ao reconhecimento dos novos sujeitos de direito internacional por parte dos Estados já existentes.¹⁸⁴ Tal reconhecimento traria três falhas de ordem teórica. A primeira delas concerne à pressuposição da existência de um sujeito – o Estado. O reconhecimento dos primeiros Estados adviria da própria definição do direito internacional, bastando, assim, a qualidade de soberano da entidade para que esta fosse detentora de personalidade jurídica internacional. Esta abordagem cairia, novamente, na já abordada circularidade de raciocínio envolvendo os conceitos de direito internacional e de seus sujeitos.

A segunda falha identificada pelo teórico se relaciona ao caráter discricionário do reconhecimento de novos sujeitos por parte do Estado, em prejuízo do caráter jurídico. COSNARD lembra, no entanto, que o papel da vontade dos Estados no reconhecimento de novos sujeitos não difere muito do raciocínio utilizado pela Corte Internacional de Justiça na atribuição de personalidade jurídica internacional à ONU.¹⁸⁵ No parecer em tela, a Corte, em última análise, reconheceu a vontade dos Estados quando da criação da organização.¹⁸⁶

A última falha apontada refere-se ao fato de a personalidade jurídica, no caso do reconhecimento pelo Estado, ser atribuída por um sujeito desta ordem, quando deveria ser atribuída pelo ordenamento jurídico em si. Grande dificuldade surgiria, por exemplo, na

¹⁸² SIOTTO-PINTOR, Manfredi. *Op.cit.*, pp.268ss.

¹⁸³ COSNARD, Michel. *Op.cit.*, p.33.

¹⁸⁴ A continuidade desta prática, para o autor, dar-se-ia por uma persistência histórica, vez que a cidade do Vaticano e os beligerantes, por exemplo, receberam a qualidade de sujeito por meio do reconhecimento dos Estados. *Idem* p.34.

¹⁸⁵ “La personnalité objective de l’O.N.U. résulte donc d’un processus de reconnaissance voulu par les États membre et « imposé » aux États non-membres ». *Ibidem* p.36

¹⁸⁶ CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Reparation of injuries suffered in the service of the United Nations*, de 11 de abril de 1949. pp177-185.

tentativa de identificação das consequências jurídicas deste reconhecimento. Para SIOTTO-PINTOR¹⁸⁷, por exemplo, um Estado não reconhecido não se configura como uma pessoa do direito das gentes, o que não o impede, no entanto, de ser classificado como “simples sujeito”.¹⁸⁸ Para KARL STRUPP, ao ser reconhecida como sujeito por parte de um Estado, a entidade somente será sujeito frente a este mesmo Estado, uma vez que o reconhecimento foi realizado *inter partes*, o que traria diversos problemas tanto de ordem teórica quanto de ordem prática.¹⁸⁹

A partir desses exemplos, é possível verificar a diferença existente entre o reconhecimento por parte do Estado e o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico internacional. A admissão do reconhecimento por parte do Estado resultaria, segundo COSNARD, num relativismo absoluto e na atomização do direito internacional, uma vez que cada Estado teria sua própria ordem jurídica, que envolveria os sujeitos por ele reconhecidos.¹⁹⁰ Para o autor:

O reconhecimento não pode fazer surgir um sujeito na ordem jurídica internacional, na medida em que seus efeitos podem apenas ser limitados ao estabelecimento de relações jurídicas, em que a validade será, eventualmente, apreciada nos casos em que será feito o reconhecimento de uma entidade que não pode ser sujeito, como é o caso de um Estado constituído a partir de uma violação do Direito Internacional.¹⁹¹

Outra crítica feita ao reconhecimento diz respeito ao fato de ele não estabelecer critérios gerais para a atribuição da titularidade subjetiva. Além disso, para se admitir o reconhecimento é necessário que se admita também a existência de sujeitos primários (ou

¹⁸⁷ De acordo com o pensamento do autor, a qualidade de sujeito de direito das gentes somente poderia ser atribuída através do reconhecimento: “...que la qualité de sujet du droit des gens ne peut être acquise que par la reconnaissance et que celle-ci n’est jamais obligatoire”. SIOTTO-PINTOR, Manfredi. *Op.cit.*, p.258.

¹⁸⁸ “Je professe l’opinion bien arrêtée que la subjectivité, quelle qu’en soit l’étendu, est inconcevable, surtout en droit international, sans la reconnaissance. Il n’y a pas de doute, pour moi, que l’État non reconnu n’est pas une personne du droit des gens, et je justifierai plus loin cette opinion. Mais, ceci étant provisoirement admis, la question reste ouverte de savoir si l’État non reconnu ne peut pas être parfois simple sujet, destinataire de quelques normes déterminées du droit international ». Idem, p.281.

¹⁸⁹ “Ce qui est décisif c’est, d’une part, que la volonté d’un État suffit pour créer une personne internationale, d’autre part que chaque action présentant un intérêt au point de vue du droit des gens, de la part du nouveau sujet, est déjà une conséquence de l’attribution. Et cela est vrai aussi bien au cas exceptionnel d’une personne internationale autre qu’un État que dans celui d’un État qui vient d’être reconnu » STRUPP, Karl. *Les règles générales du droit de la paix*. RCADI, Volume 47 (1934-I) , pp. 259-595. p.468.

¹⁹⁰ COSNARD, Michel. *Op. cit.*, p.37.

¹⁹¹ Tradução Livre. No original: “La reconnaissance ne peut participer à l’apparition d’un sujet dans l’ordre juridique international; dans la mesure où ses effets ne peuvent être limités qu’à l’établissement de relations juridiques, dont la validité sera le cas échéant appréciée au cas où la reconnaissance portait sur une entité qui ne peut être sujet, comme un État constitué en violation du droit international ». Mais pra frente, assinala o autor: « En d’autres termes, la reconnaissance peut être créatrice de droits, mais une seule reconnaissance ne peut être créatrices du droit, ce qu’est fondamentalement l’érection à la qualité de sujet ».Idem, p.38.

originários) e de sujeitos secundários (ou derivados). Os primeiros seriam os Estados que, atuando não como sujeitos, mas como criadores do direito internacional, atribuem personalidade jurídica aos sujeitos secundários. Para COSNARD, caberia à ordem jurídica internacional determinar os critérios para a atribuição da titularidade subjetiva, e não aos Estados, sujeitos desta ordem. É o mesmo raciocínio utilizado no âmbito interno dos Estados: sujeitos ou pessoas físicas podem criar uma organização, no entanto, é o ordenamento jurídico interno que atribuirá a esta organização sua personalidade jurídica.¹⁹²

As alternativas encontradas pela doutrina à comparação das entidades com o Estado para que possa ser atribuída a qualidade de sujeito no plano internacional são normalmente soluções retiradas do direito interno. Desta forma, podem ser apontados como critérios para a configuração de um sujeito o fato de este ser destinatário de direitos e obrigações, possuir capacidade de exercício destes direitos e participar na criação do Direito Internacional.¹⁹³

Atento às mudanças ocorridas no plano jurídico internacional¹⁹⁴, SIOTTO-PINTOR, em 1932, alertava para a necessidade da extensão do conceito clássico de direito internacional para que fosse possível compreender neste direito as normas oriundas da criação das organizações internacionais.¹⁹⁵ Além das modificações trazidas pela criação das organizações internacionais, também o papel do indivíduo passou a ganhar força em meados do século XX. O pós-guerra revelou-se uma época propícia a novas concepções sobre o direito das gentes que contestavam a exclusividade do Estado no cenário

¹⁹² Ibidem, p.39.

¹⁹³ A utilização do critério da participação na criação do direito internacional como determinante para a atribuição da personalidade jurídica revela, segundo Cosnard, uma confusão entre capacidade de engajamento – um dos atributos da personalidade jurídica - e a função legislativa – que consiste em estabelecer normas gerais. A concepção clássica de direito internacional reforçou o entendimento errôneo sobre o tema, ao trazer uma visão contratualista na qual o Estado apenas se obriga aos tratados aos quais aderiu voluntariamente. Neste plano, o direito se confunde com o engajamento, enquanto a qualidade de autor do direito se confunde com a capacidade de se engajar. Contestando tal critério para atribuição da titularidade subjetiva, o referido autor lembra que, também no plano interno, o indivíduo não participa diretamente da criação do direito. Ibidem, p.50.

¹⁹⁴ Sobre as mudanças na configuração da sociedade internacional, ensina TRUYOL Y SERRA: “C’est ladeuxième guerre mondiale qui verra la mutation de la société internationale, mûrement préparée, se manifester brusquement. L’émancipation ou “*décolonisation*” du monde afro-asiatique est, depuis l’émancipation du Nouveau Monde, la fait majeur de la vie internationale. Elle consacre la “*mondialisation*” de la société internationale en tant que telle – non en tant que simplement incorporée d’une manière passive, comme elle l’était auparavant, au cycle des échanges mondiaux sous une hégémonie ou une domination. Elle a donné à l’Organisation des Nations Unies une physionomie particulière, radicalement distincte de celle de la Société des Nations.” TRUYOL Y SERRA, Antonio. *L’expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles*. RCADI, Volume 116 (1965-III), pp. 89-179. p.156.

¹⁹⁵ SIOTTO-PINTOR, Manfredi. *Op. cit.*, p.264.

internacional¹⁹⁶. Surgiram, então, análises fortemente ideológicas que acabaram por colocar Estado e indivíduos em polos opostos da discussão.¹⁹⁷ No próximo tópico serão analisadas as correntes teóricas que sustentavam ser o indivíduo o único sujeito do direito internacional.

2.2 O INDIVÍDUO COMO ÚNICO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL

Já em 1922, em sua obra *A ideia moderna de Estado*, KRABBE defendia a ideia do indivíduo como o único sujeito do direito internacional. Para o autor, será sujeito deste direito aquele cujos interesses forem regulados pela norma internacional. Se os interesses forem dos cidadãos, o que ocorre normalmente no direito privado, os sujeitos serão os indivíduos. Se o direito internacional tutelar direitos públicos, serão seus sujeitos os encarregados, pelo direito constitucional, de zelas por tais interesses.¹⁹⁸ No entanto, o teórico considera que o Estado não seja capaz de possuir interesses próprios¹⁹⁹, não podendo, desta forma, ser sujeito do direito internacional.²⁰⁰ Dizer que um Estado é obrigado por um tratado significa dizer, segundo o raciocínio do autor, que os governantes, os juízes, os legisladores e mesmo a pessoa privada são obrigadas por esse tratado. A determinação do sujeito para o qual o comando do direito internacional foi estabelecido depende dos interesses atingidos e das pessoas designadas a zelar por tais interesses. KRABBE lembra, no entanto, que quando se considerar a concepção absolutista de Estado, este, e não o indivíduo, será o sujeito do direito internacional.²⁰¹

¹⁹⁶ Para COSNARD, as análises de Le Fur, Lauterpacht e Georges Scelles não dizem respeito tanto a descrever a realidade, mas a forçá-la, sustentando um discurso contra o Estado. COSNARD, Michel. *Op. cit.*, p.23.

¹⁹⁷ Spiropoulos aponta para o fato de que a liberdade de método permite que a existência dessas teorias, mesmo que antagônicas entre si, posto que, se de forma fundamentada, cada uma delas possuirá sua dose de verdade. SPIROPOULOS, J. *Op. cit.*, p.237.

¹⁹⁸ KRABBE, Hugo. *The modern idea of state*. New York: Dr. Appleton and Company, 1922.p.241.

¹⁹⁹ “New interests appear within the field of law; old interests, such as religious ones, are removed from it. There are no interests which must be recognized invariably as state interests; and therefore the distinguishing characteristic of the state, in contrast to other communities, cannot be found in its care for any sort of interests.” Idem, p.242.

²⁰⁰ “It is meaningless, therefore, to call the state, conceived as a community of interests, the subject of international law, for in this sense the word “state” signifies merely a complex of interests which diminishes or increases according as fewer or more interests are endowed with a legal value. Those individuals are subjects of international law to whom powers and obligations attach as defenders of the interests with which the law is concerned”. Ibidem, pp.342-344.

²⁰¹ “This question may be answered by referring to the conception of the state which has repeatedly been shown to be inaccurate in the preceding pages. The essence of this conception is the subjection of a part of humanity to a sovereign, or according to German terminology to a person endowed with an ultimate right to rule. Hence it recognizes a natural authority over men existing outside the law. So long as this view is maintained, international law can affect individuals only by the interposition of this sovereign, or the state,

Influenciada pelas ideias de cunho solidarista de Émile DURKHEIM²⁰² e de Leon BOURGEOIS²⁰³, surge, na França, a “Escola Sociológica do Direito Internacional”.

DUGUIT, em seu *Traité du Droit Constitutionnel*, fundamenta a norma internacional na consciência que os indivíduos de diferentes grupos possuem de que a solidariedade é o laço que os une. Essas normas, que o autor denomina como morais e econômicas, não se aplicam ao Estado, uma vez que este não se configura como uma realidade pessoal, mas aos indivíduos, sujeitos dos Estados.²⁰⁴ Em outras palavras, estas normas se direcionam aos membros do grupo tomados individualmente, e não ao grupo social personificado.

Outro relevante expoente deste movimento foi o teórico francês Georges SCELLE. A personalidade e a vontade coletivas, para o autor, são apenas como ficções, realidades fenomenais.²⁰⁵ A coletividade em si não possui vontade própria, existindo somente a vontade de cada indivíduo. A existência de interesses comuns ou mesmo idênticos não permite afirmar a existência de uma entidade distinta de cada um dos membros do grupo.²⁰⁶ A coletividade não se configura como uma realidade jurídica, não podendo ser, desta forma, considerada um sujeito de direito. Sujeito de direito é o indivíduo investido de competência.²⁰⁷ Esta competência é conferida, repartida e delimitada pelo direito e pode ser definida como o “poder conferido aos indivíduos membros da sociedade de emitir seus

conceived as a ruling subject. Individuals come into consideration only as subject of rulership and protection. The commands of international law must be directed to the sovereign, or to the state, and therefore only states are to be regarded as its subjects”. Ibidem, p.344.

²⁰² A base de sua teoria consistia na visão orgânica da sociedade na qual cada indivíduo contribuiria com o todo através da divisão do trabalho, o que ensinaria na solidariedade orgânica. DURKHEIM, Émile. *Fato Social e Divisão do Trabalho*. Apresentação e comentários de Ricardo Musse; tradução de Cilaine Alves Cunha e Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 2007. pp.44-45.

²⁰³ Elaborou o conceito de solidarismo político. Os direitos do indivíduo e seu dever com seus semelhantes é limitado pela solidariedade, vínculo que une os seres humanos. BOURGEOIS, Leon. *La solidarité*, Paris: A.Colin, 1902. p.12.

²⁰⁴ “Des liens de solidarité incontestables réunissent entre eux, non seulement les ressortissants d’un même État, mais encore ceux d’États différents, et sur le fondement de cette solidarité se sont établies forcément des règles morales et économiques, s’appliquent aux relations entre les membres de ces différents États. Ces règles s’appliquent non pas aux États pris en eux même comme formant des personnes, parce qu’ils ne sont pas plus des réalités personnelles que ne le sont les groupements sociaux qui leur servent de support. Ces règles économiques et morales d’ordre international s’appliquent aux individus sujet des États et, à vrai dire, cela n’a jamais été contesté. Ces règles morales et économiques ont pour fondement la conscience chez les individus ressortissant de ces différents États considérés que il’s ne s’y soumettaient pas il se produirait une réaction internationale que les y contraindrait indirectement. Ces règles morales et économiques s’appliquent à tous les membre du groupements étatiques considérés; mais elles s’appliquent d’une manière toute particulière aux gouvernants, c’est-à-dire aux individus détenant le monopole de la force dans chacun des groupes » DUGUIT, Leon. *Op.Cit.*, pp.103-104.

²⁰⁵ SCELLE, Georges. *Précis du droit des gens*: principes et systématique. Dalloz : Paris, 2005. p.10.

²⁰⁶ “Num Estado de 20 milhões de indivíduos, não existem 20 milhões e 1 pessoa”. Idem, p.11.

²⁰⁷ Ibidem, p.8.

atos de vontade, que se realizarão no meio social”.²⁰⁸ Desta forma, tanto na esfera interna quanto na internacional, o indivíduo se configura como único sujeito de direito:

...nas diferentes sociedades internacionais o sujeito de direito é *sempre e somente* pode ser o indivíduo, seja no domínio do direito público, seja no domínio do direito privado, e ao menos no domínio do direito privado, os indivíduos que são sujeitos de direito no direito interno também o são no Direito internacional.²⁰⁹

O jurista lembra ainda que uma declaração unilateral de vontade, um tratado ou um ato ilícito cometido pelo Estado são sempre atos emanados de indivíduos, sejam eles agentes ou governantes investidos de competência representativa.²¹⁰ Deste modo, todas as sociedades internacionais são compostas unicamente por indivíduos: alguns são particulares com interesses privados, outros são governantes e agentes públicos, encarregados de proteger os interesses das coletividades nacionais e internacionais.²¹¹

2.3 AS TEORIAS DO RECONHECIMENTO E O FORMALISMO DE Kelsen

Além das duas linhas de pensamento acima abordadas – a que exclui o indivíduo do rol de sujeitos do Direito Internacional em oposição à que exclui o Estado deste rol – a doutrina jusinternacionalista viu florescer, no decorrer do século XX, abordagens teóricas que consideravam não somente o indivíduo nem apenas o Estado titulares de subjetividade no plano internacional.

Vale lembrar que uma das primeiras tentativas de conciliação neste sentido foi desenvolvida por VERDROSS. Para tanto, o autor diferencia os membros da comunidade internacional dos simples sujeitos do direito internacional. Membros da comunidade internacional são as pessoas capazes de criar, de comum acordo, as regras do direito internacional e de obrigar a outra parte a essas mesmas regras. Já os simples sujeitos são as pessoas que, apesar de submetidas diretamente a essas normas, não participam de sua criação.²¹²

²⁰⁸ Ibidem, pp.7-8.

²⁰⁹ Tradução livre. No original: “...dans les différents sociétés internationales le sujet de droit est toujours et ne peut être que l’individu, soit dans le domaine du droit public, soit dans le domaine du droit privé, et qu’au moins dans le domaine du droit privé, les individus qui sont sujet de droit en droit interne le sont aussi en Droit international ». Ibidem, p. 42.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem, p.44.

²¹² VERDROSS, A. *Règles Générales du Droit International de la Paix*. RCADI, Volume 30 (1929-V), pp. 271-517. pp.347 a 349.

Além disso, VERDROSS classifica os sujeitos do direito internacional em ativos e passivos. Os primeiros seriam aqueles que se encontram subordinados às regras que criaram, enquanto os segundos referem-se aos que se encontram submetidos a regras criadas por terceiros.

Partindo dessas classificações, o autor chega à conclusão de que os indivíduos não são membros da comunidade internacional, posto que não contribuem para a criação deste direito. Os únicos membros da comunidade internacional são as comunidades soberanas. Isso não significa dizer, no entanto, que não existam direitos e deveres na ordem jurídica internacional destinados aos indivíduos. Esses direitos e deveres somente atingirão os indivíduos por intermédio dos Estados que se encontram obrigados pelo direito internacional. O doutrinador aponta para a existência de exceções raras à regra, como o Tratado de Versalhes, que atribui direitos diretamente aos indivíduos. No entanto, ressalta que, por serem direitos emanados de tratados, poderão ser suprimidos a qualquer momento por parte dos Estados, sem qualquer consentimento por parte dos seus destinatários. A segunda conclusão a qual o jurista chega é a de que o indivíduo, apesar de não ser membro da comunidade internacional, configura-se como sujeito passivo da ordem jurídica internacional.

Com a evolução da realidade fática, o direito das gentes se viu diante da necessidade de adaptação. A seguir, serão abordadas algumas das análises mais relevantes no tocante à possibilidade de ampliação do rol dos sujeitos de direito internacional.

2.3.1 A personalidade jurídica internacional em Anzilotti

ANZILOTTI entendia que não apenas os Estados possuíam personalidade jurídica internacional. Para o autor, é considerado sujeito de direito internacional aquela entidade a qual as normas jurídicas atribuem direitos e obrigações. São os destinatários das normas do ordenamento jurídico. A personalidade expressaria, deste modo, a relação entre uma entidade e determinada ordem jurídica. Compondo-se a ordem jurídica internacional de todas as normas estabelecidas por meio de acordos cujo valor obrigatório decorre exclusivamente da norma base *pacta sunt servanda*, são sujeitos desta ordem todos os grupos sociais que pactuarem entre si desta forma. Se tais grupos forem denominados de Estados, os Estados serão sujeitos de direito internacional.²¹³

²¹³ ANZILOTTI, Dionísio. *Curso de Derecho Internacional*. Traducción de la tercera edición italiana por Julio Lopez Olivan. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1935.p.112.

No entanto, como ensina o teórico, considerar os Estados como os únicos sujeitos do direito das gentes não significa dizer que somente os Estados possam ser sujeitos do ordenamento jurídico internacional. Além disto, o conceito utilizado pelas doutrinas que vêem no Estado o único sujeito do direito internacional não é um conceito jurídico, mas sim um conceito retirado de outras disciplinas, o que, segundo o autor, predeterminaria os resultados da investigação sobre a personalidade jurídica internacional.²¹⁴ O Estado para o direito internacional não é o mesmo que se encontra na sociologia, na história ou mesmo no direito público interno. O Estado para o direito internacional “tem seu valor enquanto destinatário das normas e enquanto sujeito da ordem jurídica, coincidindo ou não tal teoria com a das demais disciplinas”.²¹⁵

Além dos Estados, o autor considera como detentores de personalidade jurídica internacional os povos nômades ou selvagens (embora apenas em determinadas situações), a Igreja Católica e as Uniões de Estados.

Os povos nômades ou selvagens possuiriam personalidade jurídica internacional quando da celebração de pactos de proteção com o Estado colonizador. ANZILOTTI aponta que, por terem por base o princípio do *pacta sunt servanda*, esses acordos não diferem formalmente de um tratado internacional, devendo a eles ser reconhecido valor jurídico. Como, segundo concepção já exposta, seriam sujeitos da ordem internacional aqueles que pactuassem de acordo com a norma base *pacta sunt servanda*, seriam os povos nômades ou selvagens – quando da celebração destes pactos de proteção – considerados sujeitos do direito das gentes.²¹⁶

Na mesma esteira das motivações acima expostas, a Igreja Católica, segundo o jurista, possui sua personalidade jurídica internacional decorrente da possibilidade de esta estabelecer acordos com os Estados – as chamadas concordatas – baseados também no princípio do *pacta sunt servanda*. Análogas aos tratados, as concordatas fazem parte do direito internacional²¹⁷, tendo seu valor jurídico reconhecido tanto do ponto de vista da Igreja, através do direito canônico, quanto do ponto de vista do Estado, através de seu próprio direito público interno.²¹⁸ Além de se enquadrar no conceito de sujeito de direito

²¹⁴ Idem, p.113.

²¹⁵ No original: “...el Estado, para el Derecho internacional, tiene valor en cuanto es destinatário de las normas y en cuanto es sujeto del orden jurídico, aun cuando esta teoria coincida o no con la que es propia a las demás disciplinas”. Ibidem, p.115.

²¹⁶ Ibidem, p.118 e 119.

²¹⁷ Ibidem, p.129.

²¹⁸ “La Iglesia, afirmando su competencia abstracta para regular todas las materias que se relacionan con la fe, aun en el mundo externo, considera los concordatos como concesiones que hace al Estado, mientras que éste, afirmando su propia competencia sobre todos los actos que, aun encaminados a hacia un fin espiritual, surten

internacional estabelecido pelo autor, este ainda lembra o fato de o Estado não se relacionar com um sujeito de direito interno ao celebrar uma concordata.

De grande importância é a contribuição do teórico ao admitir a existência da personalidade jurídica das Uniões de Estados. Estas possuem seu caráter unitário atribuído pela própria ordem jurídica criada pelo pacto social que as estabelecem. Este caráter unitário, para o autor, é o responsável por permitir que a união de Estados seja distinta de seus membros e dos demais sujeitos que venham a coexistir com o grupo. Se a consideração unitária das relações de um grupo social juridicamente ordenado for qualificada como sendo a personificação do grupo, pode-se falar na existência de um sujeito de direito internacional. Para ilustrar, é citada como exemplo a União Telegráfica, que, ao receber atribuições específicas por parte da Convenção radiotelegráfica de Berlim, de 1906, passa a ter o reconhecimento de que personifica o grupo dos Estados que concluíram a Convenção de São Petersburgo. Dada a existência de um grupo juridicamente ordenado de Estados é possível que a ordem internacional faça de tal grupo uma unidade de atribuição jurídica, ou seja, é possível que normas do Direito Internacional sejam dirigidas às uniões de Estados.

ANZILOTTI, no entanto, apesar de identificar a personalidade jurídica internacional em outras entidades além do Estado, não considera o indivíduo um sujeito de direito internacional.²¹⁹ Tendo por base a visão dualista sobre as ordens jurídicas interna e internacional, os indivíduos não poderiam ser classificados como tal uma vez que a ordem jurídica internacional não lhes atribui direitos e deveres. Estes, quando referentes aos indivíduos, somente chegarão ao seu destino através do Estado. O Estado, este sim, possui direitos e deveres atribuídos pelo direito internacional, tais como proibir determinados atos individuais ou autorizá-los quando determinado pela ordem jurídica internacional. Deste modo, o indivíduo obtém seus direitos não da ordem internacional, mas por meio do direito

efectos civiles, considera los concordatos como concesiones que hace a la Iglesia , o tal vez como modalidades, sugeridas por razones políticas, de una reglamentación cuya competencia le pertenece a él solo". Ibidem, pp.129-130.

²¹⁹ O indivíduo, segundo o autor, somente poderia ser sujeito de um direito da humanidade, direito este que, caso existisse, não se confundiria com a ordem jurídica internacional: "Aparte la confusión evidente que se crea de este modo entre el orden jurídico internacional y un supuesto derecho de la Humanidad, que sería otra cosa en absoluto diferente, no es necesario insistir demasiado para demostrar que esta opinión, al admitir derechos individuales anteriores a toda fijación concreta de las reglas, se mueve exclusivamente dentro del círculo del derecho natural y de este modo expresa la afirmación de una exigência de la que deberían conformarse los órdenes jurídicos particulares de los Estados. Admitiendo que estos se conformen, esta exigência se concretaría en normas jurídicas propias a cada orden jurídico, es decir, a um derecho interno uniforme; cada hombre sería sujeto de ciertos derechos y deberes en cada orden jurídico particular y no en el orden jurídico, que no existe, de la Humanidad. Pero, en realidad, todos estos supuestos derechos se hallan muy lejos de ser reconocidos universalmente" Ibidem, p.122.

interno. No tocante aos tratados que garantem ao indivíduo o acesso direito a determinados tribunais internacionais, o autor afirma que tal direito também é garantido ao indivíduo apenas por meio do Estado, que ratifica tal acordo internacional, regulando a publicação do tratado de acordo com o estabelecido pela sua Constituição.²²⁰

2.3.2 A teoria pura do direito de Kelsen

KELSEN, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, afirma que o direito internacional impõe deveres e confere direitos aos Estados. Isso não significa dizer que tal ordenamento não confira direitos e deveres aos indivíduos singulares, mas apenas que isto se dará de forma indireta, por intermédio da ordem jurídica estatal.²²¹

Seu raciocínio parte da ideia de que o direito regula a conduta humana²²². O direito internacional, por também ser direito, regulamenta igualmente a conduta humana, conferindo direitos ou impondo obrigações e responsabilidades apenas aos indivíduos. Nas palavras do autor, “se obrigação, responsabilidade e direito não se referirem à conduta de pessoas, obrigação, responsabilidade e direito são apenas fórmulas vazias, palavras sem sentido.”²²³

Para KELSEN, a teoria que considera o Estado como o único sujeito do direito internacional é insustentável. Afirmar a titularidade subjetiva do Estado não significa negar a titularidade subjetiva do indivíduo. O autor atribui ao indivíduo uma forma específica desta titularidade, diferente da ordinária concedida ao Estado.²²⁴

Dizer que a pessoa jurídica, instrumento da teoria jurídica, possui direitos e obrigações significa dizer que os indivíduos que compõem tal pessoa jurídica possuem direitos e obrigações, uma vez que direitos e obrigações apenas regulam a conduta humana.²²⁵ Ou seja, as obrigações e os direitos de uma sociedade são as obrigações e os direitos dos indivíduos que são membros ou órgãos da sociedade.²²⁶ Desta forma, no direito internacional, os indivíduos também são sujeitos por serem membros ou órgãos dos Estados. Ensina o autor:

²²⁰ Ibidem, p.121-124.

²²¹ KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2011. p.360 e 361.

²²² KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin; revisão da tradução por Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Ed. Unijui, 2010.p.139.

²²³ Idem, p.140.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem, p.141.

²²⁶ KELSEN, Hans. *Théorie du droit international public*. RCADI, Volume 84 (1953-III), pp.1-203. p.67.

Os sujeitos do Direito Internacional são – tal qual os sujeitos do direito nacional – pessoas individuais. Estados como pessoas jurídicas são sujeitos de Direito Internacional da mesma forma que corporações, como pessoas jurídicas, são sujeitos do direito nacional.²²⁷

O jurista lembra ainda que os direitos e as obrigações que um indivíduo possui devido à sua condição de membro de uma comunidade (pessoa jurídica) não são os mesmos que ele possui independentemente de seu vínculo com tal comunidade. No primeiro caso, os direitos e obrigações são determinados apenas indiretamente pela ordem sob a qual se encontra a pessoa jurídica. Já no segundo caso, seus direitos e obrigações são determinados diretamente por tal ordem. Esclarece o teórico:

...pessoas individualmente são direita ou indiretamente, em sua condição de órgãos ou membros do Estado, sujeitos das obrigações, responsabilidades e direitos do Estado. Além do mais, seres humanos são direita e indiretamente sujeitos das obrigações, responsabilidades e direitos estabelecidos pelo Direito Internacional.²²⁸

Os atos dos Estados são atos praticados por indivíduos. Quando estes atuam como órgãos representantes daqueles, os atos serão imputados ao Estado. Nos casos em que tais atos violarem o direito internacional, poderá ser imputada a responsabilidade ao Estado.²²⁹ Algumas condutas, no entanto, podem ensejar na responsabilidade individual no plano internacional, como nos casos de pirataria, em que o direito das gentes autoriza o Estado a executar sanções contra os indivíduos infratores. Há ainda casos em que o indivíduo poderá ser responsabilizado por atos cometidos na qualidade de representante do Estado, como nos crimes de guerra, por exemplo.²³⁰ Vê-se, assim, a relação que o autor estabelece entre direito interno e direito internacional e as consequências dela decorrentes no tocante à titularidade subjetiva.

²²⁷ KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin; revisão da tradução por Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Ed. Unijui, 2010.p.161.

²²⁸ Idem, p.162.

²²⁹ KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.p.67.

²³⁰ Idem, pp 74 ss.

2.3.3 A titularidade subjetiva atrelada à noção de responsabilidade

Em seu curso da Haia, de 1953, EUSTATHIADES traça as linhas gerais do que seria uma teoria moderna da responsabilidade internacional, estatal e individual, através do exame de seus sujeitos passivos e ativos.²³¹

A atribuição da titularidade subjetiva, na visão do autor, parte de dados concretos do direito positivo e não de dados puramente doutrinários.²³² Ao contrário do que afirmava SPIROPOULOS, para EUSTATHIADES as transformações na prática internacional apresentam uma importância maior do que as construções doutrinárias.²³³ A qualificação através de constatações concretas baseadas em dados do direito positivo é, para o doutrinador, um método mais seguro do que a dedução da qualidade de sujeito a partir de apontamentos meramente teóricos. Isso porque, as concepções teóricas, a despeito de poderem ser exatas, pecam ao poderem se multiplicar, permitindo que se adote qualquer construção dentre as possíveis, caindo-se, assim, num relativismo que autorizaria a existência dos mais diversos entendimentos sobre o conceito de sujeito de direito internacional.²³⁴

O autor estabelece, então, a capacidade de cometer um delito internacional como sendo o elemento que determina a atribuição da titularidade subjetiva no direito internacional. Desta forma, seguindo seu raciocínio, ao se constatar que uma entidade jurídica é capaz de cometer um ilícito internacional, ou seja, quando o direito positivo atribui a tal entidade a responsabilidade internacional, é reconhecida a ela a qualidade de sujeito de direito internacional.

Aplicando-se a teoria desenvolvida por EUSTATHIADES à doutrina tradicional do direito internacional, apenas o Estado seria sujeito desta ordem, uma vez que apenas a ele era reconhecida a capacidade de cometer um ilícito internacional que culminasse com sua consequente responsabilização. As mudanças verificadas no cenário internacional no tocante à proteção internacional dos direitos humanos e à punição dos culpáveis por crimes

²³¹ EUSTATHIADES, Constantin Th. *Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances*. RCADI, Volume 84 (1953-III), pp.397-633.

²³² Idem, p.410.

²³³ Ibidem, p.402.

²³⁴ “Afin d’éviter le danger de tomber dans le relativisme et d’aboutir ainsi à des conceptions théoriques bien diverses sur les sujets du d.i., toutes peut-être théoriquement exactes, mais péchant pratiquement par le fait qu’elles multiplieraient les constructions possibles entre lesquelles le théoricien aurait librement à choisir, et par le fait d’autre part qu’elles pourraient méconnaître les données positives, il serait d’une méthode plus sûre de déduire la qualité du sujet du d.i. de certaines constatations concrètes, basées sur les données du droit positif ». Ibidem, p.416.

de guerra autorizam a responsabilização do indivíduo na esfera internacional, o que permitiria, assim, a atribuição da qualidade de sujeito de direito internacional também este²³⁵. Este método teria contribuído para a apreciação das transformações na vida internacional, não permitindo, por exemplo, a afirmação *a priori* de que somente o Estado é sujeito de direito internacional ou de que somente ao indivíduo caberia tal titularidade.²³⁶

Para ilustrar seu ponto de vista, o autor cita o exemplo do reconhecimento da personalidade jurídica da ONU pela Corte Internacional de Justiça, em 1949. No caso conhecido como “Conde Bernadotte”²³⁷, o método utilizado pela Corte para a atribuição da personalidade jurídica à citada organização internacional foi a constatação de fatos, ou seja, a referência e a interpretação das disposições concretas da Carta da ONU e de sua aplicação na prática. Vê-se, assim, que o método defendido comporta as transformações no cenário internacional, como o surgimento e a crescente atuação das organizações internacionais, por exemplo, que passaram a ser vistas como sujeito de direito internacional.

A ideia de personalidade jurídica, para EUSTATHIADES, está ligada à capacidade de agir no plano internacional, o que, por sua vez, remete à ideia de reclamação de direitos nos foros competentes e consequente responsabilização da entidade descumpridora de seus deveres, seja ela o Estado, seja ela o indivíduo. Assim, personalidade jurídica e titularidade subjetiva são conceitos similares, baseados na responsabilidade internacional.

Seriam sujeitos do direito internacional, desta forma: a. o ser individual ou coletivo com capacidade de ser titular de direitos *e* com capacidade de fazer valer tais direitos por meio de uma reclamação internacional, o que corresponde à capacidade de trazer à cena a responsabilidade internacional; b. ser individual ou coletivo que, em virtude do direito internacional, possui deveres *e* a capacidade de cometer um delito internacional, ou seja, assume uma responsabilidade internacional pela violação de seus deveres.²³⁸

Assim, tem-se que ambas as possibilidades gravitam em torno da responsabilidade estatal ou individual. No entanto, a primeira refere-se ao sujeito de direitos e a segunda ao

²³⁵ No tocante à titularidade subjetiva do indivíduo, completa o autor : “Pour que l’individu puisse être considéré comme sujet immédiat du d.i., il ne suffit pas que des règles du d.i. simplement intéressent l’individu et lui soient applicable. Il faut, s’il s’agit des droits individuels, que l’individu puisse les faire valoir par lui seul devant une juridiction ou devant un autre organe international, et, s’il s’agit de devoirs, que leurs violations puissent entraîner la responsabilité individuelle sur le plain international » Ibidem, p.412.

²³⁶ Ibidem, p.411.

²³⁷ CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Reparation of injuries suffered in the service of the United Nations*, de 11 de abril de 1949.

²³⁸ EUSTATHIADES, Constantin Th. *Op.cit.*, p.414 e 415.

sujeito de deveres, não existindo a necessidade de coincidência entre essas pessoas.²³⁹ A ONU, por exemplo, seria um sujeito de direitos, mas não um sujeito de deveres, uma vez que, segundo o autor, não possui capacidade de delito internacional.²⁴⁰

No tocante as teorias sobre a personalidade jurídica internacional, é importante fazer menção, ainda, à corrente que enxerga em toda e qualquer entidade que exerça um poder efetivo nos processos de tomada de decisão internacionais como sendo uma pessoa internacional. Esta vertente, fortemente influenciada pelas relações internacionais, utiliza o termo “participante” ou “ator” para se referir a essas entidades, uma vez que o termo “sujeito de direito internacional” traria problemas de ordem teórica no que diz respeito a se definir o que seria o sujeito e o que seria o objeto do direito. Desta forma, não se fala em personalidade jurídica internacional. O direito das internacional é visto não como um conjunto de regras e princípios, mas como um processo de tomada de decisão. A participação neste processo não se dá com base no direito, mas sim com base no poder. A interação entre os participantes resulta numa decisão cuja autoridade não deriva da compulsoriedade das normas internacionais, mas da aceitação da decisão por parte destes mesmos participantes que pretendem, ao cumprir o decidido, manter a estabilidade de suas relações internacionais.²⁴¹ Pelo fato de esta corrente não tratar do aspecto jurídico da personalidade internacional, seu estudo não será aprofundado no presente trabalho.

2.4 O CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL NA TEORIA CONTEMPORÂNEA

Feito este apanhado histórico sobre os posicionamentos teóricos acerca da configuração da titularidade subjetiva no cenário internacional, cabe ainda uma breve análise sobre a questão à luz da doutrina atual.

Em todas as definições trazidas em nossos dias, é possível sentir o afastamento da noção de exclusividade do Estado no cenário internacional e a utilização de termos que não condicionem o conceito a determinadas entidades. A ampliação do conceito permite,

²³⁹ Para o autor, a não coincidência, numa mesma pessoa, de sujeito de direito e sujeito de deveres não é uma particularidade do direito internacional, já tendo sido verificada, inclusive, em ordens jurídicas primitivas, como o direito romano, no qual os escravos eram privados de direitos, sendo, no entanto, sujeitos de obrigações. *Idem*, pp.426 e 427.

²⁴⁰ Em nota, EUSTATHIADES explica que a Organização das Nações Unidas não se configura como um sujeito de deveres apenas pelo fato de, à época, a oportunidade para tal não ter se apresentado, já que nada impede que a ONU seja responsabilizada internacionalmente. A ONU como sujeito de deveres era vista apenas como uma hipótese. *Ibidem*, p.428.

²⁴¹ PORTMANN, Roland. *Op.Cit.*, pp.208-213. Dentre os principais autores desta corrente encontram-se: Rosalyn Higgins, Meyers S. McDougal, Harold D. Lasswell, John Dugard, Anne-Marie Slaughter, Robert McCorquodale.

assim, considerar organizações internacionais²⁴² e indivíduos²⁴³ como sujeitos do direito internacional, por exemplo.

Em célebre parecer consultivo relativo aos danos sofridos em serviço das Nações Unidas – o Caso *Conde Bernadotte*, já mencionado - a Corte Internacional de Justiça, ao reconhecer a personalidade jurídica da Organização das Nações Unidas, declarou que tal entidade se configura como um sujeito de direito das gentes, ou seja, “possui capacidade de ser titular de direitos e deveres internacionais e que ela possui a capacidade de fazer valer seus direitos por meio de reclamações internacionais”.²⁴⁴

Esta concepção de sujeito de direito internacional trazida pela Corte Internacional de Justiça ecoa até hoje nos estudos sobre o tema, configurando-se como o conceito mais aceito pela doutrina.

Em seu curso ministrado na Academia da Haya, em 1983, BARBERIS identificou como sujeito do direito internacional “aquele cuja conduta é prevista direta e efetivamente pelo direito das gentes enquanto que contendo um direito ou uma obrigação”.²⁴⁵ A definição de sujeito do direito das gentes não permite, nas palavras do autor, determinar a quais direitos e obrigações específicos tal sujeito está submetido. O teórico lembra, ainda, que os sujeitos de direito internacional são bastante diferentes entre si, variando a quantidade de direitos e obrigações a cada um deles direcionados.²⁴⁶ Vale notar que não há menção, em sua abordagem, à capacidade do sujeito de exercer os direitos a ele atribuídos pelo ordenamento jurídico internacional.

²⁴²No parecer consultivo relativo ao caso *Conde Bernadotte*, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a personalidade internacional da ONU, demonstrando que a própria Carta, ao instituir órgãos e estabelecer uma missão própria à Organização, outorgando à instituição capacidade jurídica, privilégios e imunidades no território dos Estados membros e prevendo a conclusão de acordos entre a ONU e seus membros, concede à Organização essa personalidade internacional. CIJ. Opinião Consultiva. *Reparation of injuries suffered in the service of the United Nations*, de 11 de abril de 1949.

²⁴³O indivíduo, que, desde o surgimento do Estado moderno, era visto apenas como um objeto do direito internacional, passa a ser considerado sujeito deste direito. A primeira manifestação nesse sentido se deu com parecer consultivo da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Danzig Railway Officials*, de 1928. Para a Corte, nada se opõe, pelo menos teoricamente, à ideia de que o indivíduo seja sujeito de direito internacional. “But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts”. Corte Permanente de Justiça Internacional. Parecer consultivo relativo ao caso *Jurisdiction of the Courts of Danzig*. 1928, Serie B, N.15.p. 18.

²⁴⁴No original: « Cela signifie que l'organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale ». Caso *Réparation des Dommages...*, p.179.

²⁴⁵“En consequence de ce que nous avons indiqué, l'on peut définir le sujet du droit international comme étant celui dont la conduite est prévue directement et effectivement par le droit des gens en tant que contenu d'un droit ou d'une obligation ». BARBERIS, Julio A. *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*. RCADI, Volume 179 (1983-I), pp.145-304. p.168.

²⁴⁶Idem, p.170

DUPUY, diferentemente de Barberis, utiliza em sua definição todos os elementos presentes no conceito de pessoa jurídica internacional trazida pela Corte Internacional de Justiça. Para ele, “uma entidade se constitui num sujeito de direito quando ela é dotada, por determinada ordem jurídica, de um conjunto de direitos e de obrigações, assim como da capacidade necessária para exercê-los”.²⁴⁷ O papel privilegiado que o Estado ocupa, até hoje, no rol dos sujeitos de direito internacional deve-se, segundo o autor, à sua plenitude de competência, o que o torna uma entidade independente, ou seja, uma entidade soberana.²⁴⁸

CARREAU segue a mesma linha de raciocínio na elaboração do conceito, afirmando que “possuir personalidade jurídica significa, para um indivíduo ou uma instituição, a possibilidade de exercer seus direitos e de se submeter a obrigações”, ou seja, identificar a personalidade jurídica é “determinar quais são os sujeitos de direito e quais são suas competências em um dado sistema”.²⁴⁹ A partir daí, o autor identifica três categorias de sujeitos, tendo por base o grau de competência identificado em cada sujeito. Desta forma, existem os sujeitos de competência plena – os Estados -, os sujeitos de competência especializada – as organizações internacionais – e os sujeitos de competência limitada ou marginal – os indivíduos.²⁵⁰

BROWNLIE define o sujeito de direito como “a entidade capaz de possuir direitos e obrigações internacionais e capaz de manter tais direitos por meio de reclamações internacionais”.²⁵¹ O teórico aponta para a ainda existente circularidade presente na definição, uma vez que, para se preencherem os requisitos necessários, faz-se imperioso que a entidade já possua personalidade jurídica. Além desta observação, o autor aponta para o fato de que, na ausência da capacidade de reclamar seus direitos, a entidade em questão passa a ter uma personalidade jurídica bastante restrita, dependendo de acordos ou da aquiescência das demais pessoas do direito internacional para que tenha capacidade de exercício de seus direitos.²⁵²

²⁴⁷ DUPUY, Pierre Marie. *Droit International Public*. 8a ed. Paris: Dalloz, 2006. p.27.

²⁴⁸ DUPUY, Pierre Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. RCADI, Volume 297 (2002), pp. 9-489. p.95.

²⁴⁹ No original: “Avoir la personnalité juridique signifie, pour un individu ou une institution, la possibilité d'exercer des droits et d'être soumis à des obligations. Autrement dit, identifier « la personnalité juridique » c'est déterminer quels sont les sujets de droit et quelles sont leur compétences dans un système donné ». CARREAU, Dominique. *Droit International Public*. 4ª ed. Pedone: Paris, 1994. p. 310.

²⁵⁰ Idem, p.131.

²⁵¹ No original: “A subject of the law is an entity capable of possessing international rights and duties and having the capacity to maintain its rights by bringing international claims”. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, 4a ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. p.58.

²⁵² Idem.

SHAWN também identifica os elementos direitos, obrigações e capacidade em sua concepção sobre personalidade jurídica internacional.²⁵³ O estudo sobre a personalidade, de acordo com o autor, deve levar em consideração conceitos como *status*, capacidade e competência, assim como a natureza e a extensão dos direitos e deveres. O *status* de uma entidade poderá determinar seus poderes e obrigações, enquanto sua capacidade será responsável por relacionar tal entidade a determinados direitos e deveres. A descrição sobre a personalidade jurídica internacional, sua natureza e sua definição serão realizados pelo próprio sistema jurídico internacional.²⁵⁴

QUOC DINH, DAILLER e PELLET consideram que é sujeito de direito internacional a entidade destinatária direta de normas internacionais, ou seja, a entidade que faz parte da comunidade internacional.²⁵⁵ Os autores identificam o reconhecimento progressivo, ainda que lento e prudente, da personalidade jurídica da comunidade internacional.²⁵⁶ A questão, contudo, não é pacífica na doutrina.²⁵⁷

Para ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, sujeito de direito internacional é “a entidade jurídica que goza de direitos e deveres no plano internacional, com capacidade para exercê-los”.²⁵⁸ Quanto à adequação da realidade à teoria, alertam:

É preciso resistir à tentação de tentar manipular e engessar a realidade, para poder melhor enquadrá-las nas categorias teóricas desejadas. A realidade se intromete continuamente, e não pode ser negligenciada. Por isso se exprime sempre a inserção do direito internacional pós-moderno no tempo histórico e no contexto cultural.²⁵⁹

²⁵³ “Personality in international law necessitates the consideration of the interrelationship between rights and duties afforded under the international system and capacity to enforce claims”. SHAW, M. N., *International Law*. 6a ed. Cambridge: University Press, 2008. p.196.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ “En droit, ne peuvent être considérés comme membres de la communauté internationale que les entités qui sont les destinataires directs des normes internationales. Un membre de la communauté internationale est un sujet du droit international et inversement ». QUOC DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick et PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8a ed. Paris: L.G.D.J, 2009. p.445.

²⁵⁶ Idem. p. 444.

²⁵⁷ Barberis lembra que a comunidade jurídica internacional não constitui um sujeito de direito das gentes: “Al igual que los ordenes jurídicos internos, el derecho internacional determina quiénes son sus sujetos, a través del otorgamiento de derechos y obligaciones. Pero, el derecho de gentes es un orden jurídico descentralizado y no existe en él ninguna norma que atribuya determinados actos al orden internacional. No hay ningún ente que actúe como órgano del ordenamiento internacional, no se atribuyen a él derechos ni obligaciones. O sea, el orden jurídico internacional no es un sujeto, la comunidad internacional no posee personalidad en el plano del derecho de gentes...Ante la ausencia de personalidad en la comunidad internacional, algunos autores han pretendido hallar que la “humanidad” es un sujeto de derecho de gentes...Sin embargo, el análisis de estos textos no permite llegar a la conclusión que la “humanidad” sea destinatária directa y efectiva de derechos o obligaciones internacionales” BARBERIS, Julio A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos, 1984.p.32.

²⁵⁸ ACCIOLY Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 19ª ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo. São Paulo: Saraiva, 2010.p.249.

²⁵⁹ Idem, p.254.

Muitos são, atualmente, os autores que criticam o conceito tradicional de sujeito do direito das gentes, tendo em vista a falta de clareza e precisão que este nos traz. Entre esses críticos encontra-se KLABBERS, que combate esta relação comumente feita entre personalidade e direitos, competências e obrigações. Para ele, a relação entre esses elementos não possibilita a elaboração de uma teorização sistemática e coerente, uma vez que nos leva sempre a um raciocínio circular.²⁶⁰ O teórico ainda rechaça a resposta dada pela CIJ no Caso *Conde Bernadotte*, de 1949, no tocante à personalidade jurídica da ONU. A Corte, ao ser indagada sobre a possibilidade de a organização levar ao crivo de um tribunal internacional uma reclamação contra um Estado, sem motivo aparente decide por analisar a existência ou não da personalidade jurídica internacional da organização, não explicitando em momento algum de onde viria a relação entre a personalidade jurídica da organização e a possibilidade de se levar adiante uma reclamação internacional.²⁶¹ Além disso, com este posicionamento, a Corte, ao sugerir que a personalidade jurídica internacional deve se deduzir da Carta das Nações Unidas, não se preocupa com a relação entre a organização internacional e os Estados que dela não fazem parte. A CIJ, ao transformar a titularidade subjetiva internacional em *conditio sine qua non* para a interposição de uma reclamação internacional, acaba por utilizar a personalidade jurídica apenas como uma forma abreviada dos direitos e deveres da organização internacional.²⁶²

Apesar de toda a crítica tecida a respeito do conceito de personalidade jurídica internacional trazido pela CIJ em 1949 e utilizado pelo direito internacional até os dias de hoje, KLABBERS não constrói nenhum conceito jurídico novo sobre a temática. Isso se deve ao fato de, na visão do autor, a personalidade jurídica possuir somente um caráter político, tendo, juridicamente, apenas um valor simbólico, relacionado ao reconhecimento do grupo e à proteção deste. A relevância jurídica da personalidade seria, em última análise, política.²⁶³

NIJMAN, por sua vez, contesta o conceito posto e propõe uma nova concepção sobre a personalidade jurídica internacional. Combatendo a ideia de “morte do sujeito”

²⁶⁰ KLABBERS, Jan. The Concept of Legal Personality. In Johns Fluor, *International Legal Personality*. Pp.35-66. P.15.

²⁶¹ Idem, p.18. Nas palavras do autor: “...for reasons unknown, the Court found it necessary to approach the case by analysing whether or not the UN had international legal personality; thereby strongly suggesting that, without such personality, it would have been impossible to bring a claim.”

²⁶² Ibidem, pp.19 e 20. Uma análise mais detalhada sobre o Parecer em tela e a atribuição da personalidade jurídica das organizações internacionais será oportunamente realizada.

²⁶³ “Thus, it may be that legal personality is not “legal” in any ordinary sense of the term, but, instead, is fundamentally political. By allowing groups to band together for whatever purpose and under whatever banner they choose, the law facilitates not merely commerce, but the conduct of politics in a stylized form”. Ibidem, p.34.

trazida por FOUCAULT no decorrer do século XX, a autora utiliza a dimensão ético-moral da hermenêutica do *self* de RICOEUR como base filosófica para sua nova teoria sobre a personalidade jurídica internacional.²⁶⁴

O desafio que se coloca, em âmbito mundial, diz respeito a se encontrar uma maneira ética e jurídica de lidar com a pluralidade. Verifica-se, no cenário internacional, a demanda pelo respeito da dignidade e da identidade tanto do ser humano individual quanto de coletividades culturais. A resposta a esta demanda, segundo a autora, virá do reconhecimento da responsabilidade e das diferenças, sejam elas individuais e coletivas, em escalas doméstica e global.²⁶⁵

A personalidade jurídica internacional trazida por NIJMAN é concebida, então, como a identidade ético-moral do *self* em escala global, o que leva ao estabelecimento de uma ligação entre a ética e o direito internacional, permitindo, assim, o reconhecimento da pluralidade humana.²⁶⁶ Desta forma, tendo por base o direito como justiça, a teoria proposta constrói a ideia do direito como uma ordem de reconhecimento. O estado de natureza não é determinado apenas pelo medo da morte, mas também pelo desejo de ser reconhecido. NIJMAN afirma ser tal teoria possível por força da vontade dos Estados de viver bem em conjunto.

Percebe-se, por meio da análise realizada, que as transformações visualizadas no cenário internacional tiveram influência direta na concepção sobre o direito internacional e, consequentemente, sobre o conceito de sujeito de direito internacional. O direito internacional clássico, centrado na figura do Estado²⁶⁷, não mais respondia às necessidades

²⁶⁴ A ideia do fim do sujeito criou uma “deadlock” para o direito internacional que deve ser superada. Sobre o posicionamento de Foucault e o fim do sujeito, critica a autora: “However if the subject is merely a function of relational structures of power/knowledge, as a general consequence it must be that all agency is determined by its context, and no autonomous subject and agency can exist. For those concerned with ethical and legal questions, this is unconceivable. But how can we retain human subject as an agent capable of evaluation and of ethical and legitimate choices, notwithstanding this influential theoretical context? Who or what should bear responsibility in the postmodern world where man has ceased to exist – power relations or linguistic structures? Or, out differently, if we live in an age without a human subject, what implications does it have for individual and collective responsibility? It is with the questions of capacity and responsibility that we turn to Ricoeur’s alternative.” NIJMAN, Janne E.. “Paul Ricoeur and International Law: Beyond ‘The End of the Subject’. Towards a “Reconceptualization of International Legal Personality”. In JOHNS, Fleur. Ashgate Publishing Company, 2010. *International Legal Personality*. p. 493.

²⁶⁵ Idem. P. 487.

²⁶⁶ No original: “International Legal Personality is conceived as the ethical-moral identity of the Self, with at its core the relation of the Self and the Otherness, on a global scale which thus links ethics to (international) law and incorporates the recognition of human plurality”. Ibidem.

²⁶⁷ “The domain of the subjects of International Law, which in the past was largely devoted — sometimes exclusively — to States, has lately been much enriched with the acknowledgment of international organizations and individuals as also subjects of the law of nations”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind : towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. RCADI, Volume 316 (2005), pp. 9-439. p. 203.

da sociedade internacional. Como lembra MENEZES, desenvolve-se, a partir de meados do século XX, uma nova ordem internacional, com novas premissas e novos paradigmas.²⁶⁸ O desenvolvimento das primeiras organizações internacionais e o resgate do indivíduo no cenário internacional passaram a demandar do sistema jurídico internacional novas concepções sobre a personalidade jurídica internacional.²⁶⁹ Levando-se em consideração este novo panorama, será realizada no capítulo a seguir uma abordagem acerca da personalidade jurídica internacional do Estado, das organizações internacionais e dos indivíduos, com vistas a entender o processo de atribuição de sua titularidade subjetiva por parte do ordenamento jurídico internacional.

²⁶⁸ “Cabe observar que o marco inicial para o estabelecimento desses novos paradigmas que se propõe para debate foi o final da Segunda Guerra Mundial. A partir daí, tem-se o desenho e a construção de uma nova ordem internacional, fundamentadas em premissas diferentes daquelas que gerenciavam a sociedade internacional até então, criando e construindo novos paradigmas não só para a sociedade, mas para todo o Direito em seus mais variados ramos e expressões”. MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p.40.

²⁶⁹ “Essas transformações vão além do Direito Internacional Clássico, altamente estático, bem como do pensamento filosófico a seu respeito, pois aquele Direito é derivado de concepções ultrapassadas, não só sobre premissas daquela sociedade internacional em que foi concebido, mas também de fontes, *sujeitos*, configuração política internacional, mecanismos e formas de aplicação do Direito Internacional, bem como nas relações jurídicas tuteladas pelo mesmo” (grifo nosso). Idem, p. 39.

3 OS SUJEITOS TÍPICOS DO DIREITO INTERNACIONAL

No presente capítulo, será feita uma análise sobre atribuição da titularidade subjetiva internacional aos Estados, às organizações internacionais e aos indivíduos. Busca-se, com este estudo, um melhor entendimento sobre a existência de critérios que permitam atribuir a determinada entidade a qualidade de sujeito de direito internacional. Serão abordadas, ainda, as capacidades jurídicas de cada um destes sujeitos na seara internacional.

3.1 O ESTADO

Como visto anteriormente, o direito internacional, ao ser tratado como o direito que rege as relações entre os Estados, por muito tempo contemplou estes como o seu único sujeito. Os indivíduos e demais entidades eram vistos por este direito como sendo apenas nacionais de determinado Estado, não se verificando, desta forma, sua relevância direta para o direito das gentes.²⁷⁰ Percebe-se, deste modo, que esta corrente vê-se fortemente baseada na teoria dualista que enxerga direito interno e direito internacional como duas esferas distintas e, conforme já mencionado, tem seu grande marco jurisprudencial no Caso *Lótus*, de 1927, no qual a CPJI afirmou que “o direito internacional rege as relações entre os Estados independentes”.²⁷¹

GIDEL, em 1925, relacionava a personalidade jurídica internacional do Estado com seus direitos fundamentais.²⁷² Segundo seu raciocínio, os direitos fundamentais do Estado se constituem como sua característica distintiva na esfera internacional, definindo sua personalidade jurídica internacional.²⁷³

²⁷⁰ PORTMANN explica que tal concepção teve origem no direito público alemão das últimas décadas do século XIX: “It was in the specific German sócio-political and legal context that the reduction of international law to relations among states originally arose and that particularly relevant ideas about the position of individuals within a State were advocated”. PORTMANN, Roland. *Op.cit.*, p.42.

²⁷¹ Tradução livre. No original: “le droit international régit les rapports entre des États indépendentes” CPJI, *Case of The S.S. “Lotus”*, 1927, Série A – N.10. Sentença de 07 de setembro de 1927, p.18.

²⁷² “...par là les droits fondamentaux servent à définir la “personnalité internationale” qui, dans la doctrine classique, n’est que la capacité de jouir des droits fondamentaux”. GIDEL, Gilbert. *Droits et devoirs des nations: la théorie classique des droits fondamentaux des états*. RCADI, Volume 10 (1925-V), pp. 537-597. p.542.

²⁷³ Há grande dificuldade, por parte da doutrina, em se elencar os direitos fundamentais do Estado de forma homogênea. Os mais comumente citados são: o direito à liberdade, o direito à igualdade, o direito à conservação (defesa), o respeito mútuo, o direito de jurisdição e a não intervenção. Sobre os direitos e deveres do Estado, ver: PHILLIMORE, W.G.F.. *Droits et devoirs fondamentaux des Etats*. RCADI, Volume 1 (1923-I), pp. 29-71.

TRIEPEL, para quem direito interno e direito internacional se configuram como ordens jurídicas distintas com fontes distintas, afirma ser somente o Estado independente sujeito do direito internacional. Segundo o autor, não cabe ao direito das gentes se envolver nas relações entre Estados federados e seus Estados membros ou nas relações entre indivíduos e Estado estrangeiro, uma vez que estes não se configuram como sujeitos do direito internacional.²⁷⁴

BASDEVANT, em 1936, apontava para o fato de as regras do direito da paz serem diretamente aplicadas apenas aos Estados.²⁷⁵ Aos indivíduos, com a exceção de alguns casos excepcionais em que o direito das gentes a eles se aplica, resta a busca por procedimentos internos do Estado.²⁷⁶ O teórico observa que algumas formações políticas territoriais cujo caráter de Estado ainda era duvidoso – como por exemplo os domínios britânicos, a Índia, a cidade de Dantzig e a cidade do Vaticano – tinham suas atividades reguladas pelo direito internacional.²⁷⁷

HEILBORN, por sua vez, atentava para o fato de a proteção e persecução dos direitos dos indivíduos serem realizadas, no plano internacional, pelo próprio Estado, através da proteção diplomática. Esta intervenção, no entanto, ficaria à mercê da vontade estatal, podendo, por vezes, ser regulada pelo direito interno do Estado. Desta forma, resta claro, na visão do autor, que o indivíduo se configura como um sujeito do direito interno, enquanto o Estado como um sujeito do direito internacional.²⁷⁸

A defesa da exclusividade do Estado no rol dos sujeitos de direito internacional não se restringe aos autores da primeira metade do século XX. QUADRI, em seu *Curso Geral de Direito Internacional Público*, de 1964, afirma que o Estado governo – entidade soberana e independente na esfera jurídica internacional – configura-se como a única

²⁷⁴ “Le droit international public règle des rapports entre des États et seulement entre des États parfaitement égaux. Les relations entre un État fédéral et ses États membres ne sont point du domaine du droit international parce que les États-membres sont soumis à l’État fédéral et les relations entre les individus et les États étrangers, ainsi que les relations entre des individus appartenant à différentes États, ne sont point du régime du droit international public, parce que les individus ne sont pas, comme on aime dire, “sujets” du droit international”. TRIEPEL, H. *Les rapports entre le droit interne et le droit international* RCADI, vol.1 (1923-I), pp.77-121. p.81.

²⁷⁵ BASDEVANT Jules. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, Volume 58 (1936-IV), pp. 471-692. p.524.

²⁷⁶ Idem, pp.525 e 529.

²⁷⁷ Idem, P.525.

²⁷⁸ Sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional, afirma o autor: “...tandis que le droit interne est un ensemble de règles prescrites par un État seul et obligatoires pour ses représentants et pour ses sujets, le droit des gens régit les relations entre divers États. Or, comme nul État n’est supérieur à un autre, il ne peut lui octroyer des règles. Les relations internationales ne sont donc pas réglées par un État seul. N’étant pas seul l’auteur de ces règles, il ne peut non plus s’en désister seul. Il peut révoquer les devoirs de ses représentants et de ses sujets, mais non les siens propres.” HEILBORN, Paul. *Les sources du droit international*. RCADI, (1926-I), vol.11, 1-63.pp.10 e 11.

entidade que realmente importa ao direito das gentes.²⁷⁹ Para o jurista, é necessário que se combata criticamente o posicionamento doutrinário que reconhece a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais²⁸⁰ e a crença de que a capacidade processual do indivíduo na esfera internacional seja sinônimo de sua titularidade subjetiva internacional.²⁸¹

O Tribunal Arbitral Misto Germano-Polonês, por ocasião do julgamento do caso *Deutsche Continental Gas-Gelellschaft*, de 1º de agosto de 1929, afirmou que “um Estado somente existirá se possuir um território, uma população que habite tal território e um poder político exercido sobre a população e sobre seu território”.²⁸²

A Convenção Panamericana de Montevideu sobre os direitos e deveres dos Estados, de 22 de dezembro de 1933, em seu artigo 1º estabelece que: “O Estado como pessoa de direito internacional deve reunir os seguintes requisitos. I. População permanente. II. Território determinado. III. Governo. IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados.”²⁸³

Não é necessário, segundo DEGAN²⁸⁴, que a população inteira fale o mesmo idioma, seja da mesma etnia ou deseje viver em conjunto.²⁸⁵ A existência deste último fator, no entanto, pode gerar instabilidade política no cenário nacional, como o verificado em Kosovo na década de noventa, por exemplo. Tampouco se faz necessária uma determinada

²⁷⁹ QUADRI, R. *Cours général de droit international public*. RCADI, Volume 113 (1964-III), pp. 237-483. p.433.

²⁸⁰ “... le problème est de loin d’être résolu et il mérite d’être reexaminé critiquement car, à notre avis, l’accord de la doctrine est plutôt apparent que réel et la plupart des opinions exprimées à ce sujet ne sont que des manifestations de conformisme”. Idem, p.424.

²⁸¹ “A notre avis les efforts déployés pour déduire la personnalité internationale de l’individu de son éventuelle capacité processuelle internationale n’ont abouti à aucun résultat. En effet il est absurde d’admettre une personnalité internationale coïncidant avec la capacité processuelle, car fonctionnellement le process n’a aucune autonomie”. Ibidem, p.404.

²⁸² Tradução livre. No original: “Un État n’existe pas qu’à condition de posséder un territoire, une population habitant ce territoire et un Puissance public que s’exerce sur la population et sur le territoire”. Recueil des décisions des T.A.M., IX, p.336 In ROUSSEAU, Charles. *L’indépendance de l’Etat dans l’ordre*. RCADI, Volume 73 (1948-II), pp. 167-253.p.177.

²⁸³ Vale notar, no entanto, que o rol não é exaustivo. O Conselho de Segurança, em resolução sobre a Rodésia, adicionou aos critérios, o seguinte: “But to the traditional criteria for the recognition of a regime as new state must now be added the requirement that it shall not be based upon a systematic denial in its territory of certain civil and political rights, including in particular the right of every citizen to participate in the government of its country, directly or through representatives elected by regular, equal and secret suffrage. This principle was affirmed in the case of Rhodesia by the virtually unanimous condemnation of the unilateral declaration of independence by the world community, and by universal withholding of recognition of the new regime which was a consequence.”

²⁸⁴ DEGAN, Vladimir-Djuro. *Création et disparition de l’Etat (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)*. RCADI, Volume 279 (1999), pp. 195-375. pp. 233 e 234.

²⁸⁵ No caso Sahara Ocidental, a CIJ afirmou que mesmo as tribos nômades podem constituir uma população.CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Western Sahara*, de 16 de outubro de 1975. Pp. 63-64.

estrutura interna para que se reconheça o Estado no direito internacional.²⁸⁶ Quanto ao território, a CPJI, em parecer consultivo de 1924²⁸⁷, afirmou inexistir regra que exija a delimitação e definição completas das fronteiras nacionais na configuração do Estado.²⁸⁸

ROUSSEAU aponta para a insuficiência destes elementos na caracterização do Estado, uma vez que seria possível identificar entidades que, apesar de possuírem tais características, não se configuram como tal – é o caso, por exemplo, das comunas no direito administrativo francês. Deste modo, o autor observa a necessidade de um critério jurídico capaz de sanar a problemática, chegando à conclusão de que o único elemento que poderia, de fato, diferenciar os Estados das demais entidades que com eles compartilham as características anteriormente citadas é a independência.²⁸⁹

Também CANSACCHI DI AMÉLIA leva em consideração a independência organizacional política na configuração do Estado. A limitação da independência da entidade, no entanto, não acarretaria na perda de sua personalidade jurídica internacional. Esta apenas seria limitada.²⁹⁰ Como exemplo de Estado com personalidade limitada, o autor aponta os casos da Tunísia, do Marrocos e da República “boers”. Já os Estados semi-soberanos, como os Estados protegidos, os Estados vassalos e os domínios britânico, somente poderiam possuir a personalidade jurídica internacional quando da sua total independência.²⁹¹

Ao se falar do reconhecimento de um novo Estado, a questão da independência gera, até os dias de hoje, dúvidas que afetam a prática internacional. Exemplo disso é a situação de Kosovo, que, no ano de 2008, através de ato unilateral, declarou sua independência. Ainda que a CIJ tenha considerado estar a declaração de independência de

²⁸⁶ “De l’avis de la Cour, aucune règle de droit international n’exige que l’État ait une structure déterminée, comme l’on voit la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde”. Idem, para.94.

²⁸⁷ CPJI. Parecer Consultivo relativo ao caso *Monastère de Saint-Naoum*, Série B, nº9, p.10

²⁸⁸ No caso envolvendo a Alemanha e a Dinamarca, a CIJ afirmou que: “there is for instance no rule that the land frontiers of a State must be fully limited and defined, and often in various places and for long periods they are not, as is shown by the case of the entry of Albania into the League of Nations”. CIJ, *The North Sea Continental Shelf Cases*, 1969, para. 33.

²⁸⁹ O autor lembra o Caso *Lótus*, de 1927, no qual a CPJI afirma ser a responsabilidade internacional a contrapartida da independência do Estado. Afirma o autor: “Si le principe fondamental qui caractérise et résume la condition juridique de l’Etat dans l’ordre international est le principe d’indépendance, c’est avec ce correctif immédiat: *sous réserve de la mise en jeu de la responsabilité internationale de l’Etat*, si l’exercice de ses compétences est préjudiciable aux Etats tiers”. ROUSSEAU, Charles. *L’indépendance de l’Etat dans l’ordre*. RCADI, Volume 73 (1948-II), pp. 167-253. p.350.

²⁹⁰ “À l’égard des Etats, la continuité des sujets internationaux est déterminée par la permanence de son peuple, dans son indépendance étatique e dans son individualité ethnique-historique; c’est le peuple qui constitue, sous l’enveloppe de l’ordre juridique toujours changeant et sous les gouvernements qui se succèdent, la “personne réelle” de l’Etat”. CANSACCHI DI AMÉLIA, Giorgio *Identité et continuité des sujets internationaux*. RCADI, Volume 130 (1970-II), pp. 1-94. p.88.

²⁹¹ Vale lembrar que o texto do autor data de 1970. Hoje, grande parte destas formações não mais existem.

Kosovo de acordo com o direito internacional, a corte não se pronunciou sobre a qualidade de Estado da unidade ou sobre as consequências jurídicas da declaração de independência, uma vez que, segundo seus argumentos, estas não foram questões a ela propostas.²⁹²

A Resolução 1514 (XV)²⁹³ da Assembleia Geral das Nações Unidas, referente à Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais, aponta para a necessidade da criação de condições de estabilidade e bem-estar e de relações amistosas entre os povos baseadas nos princípios do direito à igualdade e do direito à autodeterminação, em respeito à observação dos direitos humanos. A negação ou impedimento da liberdade a determinado povo mostra-se uma grave ameaça à paz mundial, como pode ser verificado através do grande número de conflitos já vivenciados em decorrência de todas as formas de colonialismo e subjugação.²⁹⁴ A Assembleia chama os Estados, então, a por fim às ações armadas e às medidas repressivas que visem a privação da independência dos povos, com vistas a possibilitar a estes que exerçam, livre e pacificamente, seu direito à independência.

A Resolução 2625 (XXV)²⁹⁵, por sua vez referente à Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Relativos às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas, esclarece que a implementação do princípio da

²⁹² Apesar de se restringir à questão da legalidade da declaração unilateral de independência de Kosovo, a Corte, no parágrafo 79 do parecer, declarou, no que diz respeito às declarações de independência e ao princípio da auto-determinação dos povos: “During the eighteenth, nineteenth and early twentieth centuries, there were numerous instances of declarations of independence, often strenuously opposed by the State from which independence was being declared. Sometimes a declaration resulted in the creation of a new State, at others it did not. In no case, however, does the practice of States as a whole suggest that the act of promulgating the declaration was regarded as contrary to international law. On the contrary, State practice during this period points clearly to the conclusion that international law contained no prohibition of declarations of independence. During the second half of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation ... A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right. There were, however, also instances of declarations of independence outside this context. The practice of States in these latter cases does not point to the emergence in international law of a new rule prohibiting the making of a declaration of independence in such cases.” CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, de 22 de julho de 2010. Para maiores esclarecimentos, ver: CASELLA, Paulo Borba. Secessão no Direito Internacional e o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre Kosovo de 22 de julho de 2010 In *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Ano XCVIII, ago/dez.2013, v.1, n.119-24. pp.111-126.

²⁹³ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/1514(XV), *Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples*, de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514%28XV%29

²⁹⁴ “1. The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co-operation”.

²⁹⁵ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/2625(XXV), *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, de 24 de outubro de 1970. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625%28XXV%29

autodeterminação dos povos se dá por meio do estabelecimento de Estado independente e soberano, através da livre associação ou integração com um Estado independente ou, ainda, da emergência de qualquer outro *status* político livremente determinado por um povo. O território da entidade que não possui governo próprio terá *status* separado e distinto do território do Estado que o administra até o momento em que o povo passar a exercer seu direito à autodeterminação.

Vale destacar a menção feita pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar territórios que se encontram na situação de subjugação relatada na Resolução 1514 (XV) anteriormente aludida. O artigo 305 dispõe que podem ratificar a Convenção, além dos Estados e das organizações internacionais, os Estados autônomos associados e os territórios que, apesar da plena autonomia interna, não tenham alcançado a independência. Nestes dois últimos casos, Estados e territórios devem possuir competência na celebração de tratados. A inclusão das provisões presentes no artigo 305 da Convenção encontra-se intimamente relacionada à participação estratégica das Ilhas do Pacífico nas questões do direito do mar, principalmente no que diz respeito às zonas econômicas exclusivas.²⁹⁶ Na qualidade de Estado autônomo associado, fazem parte da Convenção as Ilhas Cook, Nuie e o então Território em Fideicomisso das Ilhas do Pacífico. Nenhuma assinatura da Convenção foi realizada, no entanto, por entidade na qualidade de território que, apesar de desfrutar de autonomia em seu governo interno, não possui completa independência.

Muitos são os casos também em que a entidade, apesar de desfrutar de relativa independência, não se configura como um Estado soberano. Como exemplo, podem ser citadas as cidades de Taiwan, de Hong Kong e de Macau.

A variedade de arranjos territoriais existente no planeta demonstra a dificuldade da temática: fala-se em estados internacionalizados²⁹⁷, territórios internacionais²⁹⁸ e em territórios internacionalizados²⁹⁹. Como exemplo destes últimos podem ser citadas as cidades de Tanger, de Trieste e de Danzig - que, nos dias atuais, fazem parte do Marrocos, da Itália e da Polônia, respectivamente - e a Ilha de Irian Ocidental, que, nos dias atuais,

²⁹⁶ NORDQUIST, Myron H. et. al. (Eds.). United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary. Edição Online. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

²⁹⁷ Entidades sujeitas ao controle internacional e aos acordos de divisão de poder institucionalizados em seus sistemas domésticos. As autoridades domésticas continuam a manter suas jurisdição e soberania territorial. DIXON, Martin; MCCORQUODALE, Robert e WILLIAMS, Sarah. *Cases and Materials in International Law*, 5th edition. Oxford University Press. p.140.

²⁹⁸ Estes territórios, que não se configuram como *terra nullis*, tampouco se subordinam a qualquer soberania estatal estrangeira, veem-se sujeitos à jurisdição de organizações internacionais. A ONU exerceu jurisdição sobre dois territórios internacionais: a Namíbia e o Timor Leste. Idem, p.140.

²⁹⁹ Apesar de gozarem de alguns atributos da personalidade jurídica – como o território, por exemplo – estas entidades continuam ligadas à soberania territorial de determinado Estado. Ibidem, p.140.

vê-se incorporada à Indonésia.³⁰⁰ CRAWFORD afirma que, apesar da existência política destes territórios, não há um conceito jurídico que os explique. Ademais, os casos não se mostram uniformes, variando, consideravelmente, em natureza e extensão.³⁰¹

3.1.1 A soberania do Estado e o direito internacional

BRIERLY faz uma interessante análise sobre a soberania a partir das ideias de BODIN. Para o autor francês, a soberania e o fortalecimento do Estado relacionam-se com a necessidade de se combater as forças subversivas das rivalidades feudais e da intolerância religiosa. A manifestação essencial da soberania seria o poder desta de fazer leis que não a limitem. No entanto, BODIN faz uma ressalva: há leis que vinculam o soberano, como as leis divina, da natureza ou da razão, a comum a todas as nações e as do governo. Desta forma, o governo, apesar de forte e unificado, não se mostra arbitrário, tampouco irresponsável, uma vez que deriva de uma lei superior. A soberania, para BODIN, por se configurar como um princípio da ordem política interna, não traria problemas ao direito internacional, ao contrário do que é afirmado por grande parte dos teóricos.³⁰²

Os termos “soberania” e “independência” são identificados como sinônimos no direito internacional.³⁰³ O árbitro HUBER, no caso Ilha de Palmas, de 1928, esclarece que “a soberania nas relações entre Estados significa a independência”.³⁰⁴ A CPJI, no

³⁰⁰ CASELLA, ao tratar dos espaços internacionais, ensina que estes, antigamente tidos como *res nullis*, passíveis de apropriação e de exploração indiscriminadas, passaram a ser concebidos como patrimônio comum da humanidade. É o caso, por exemplo, da Antártida, dos corpos celestes e da Zona dos fundos oceânicos. CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009. p.565.

³⁰¹ CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2007.p.233.

³⁰² “[Bodin] ficaria certamente surpreendido se pudesse prever que, mais tarde, [sua doutrina sobre soberania] viria a ser falsamente transformada num princípio de desordem internacional e invocada para demonstrar que os Estados estavam, por natureza, acima das leis. É evidente que Bodin não pensava assim, pois incluiu na *Republica* normas relativas à conduta dos Estados, a partir das quais outros autores contemporâneos principiaram a construir a nova ciência do direito internacional. Nunca lhe terá ocorrido que a sua doutrina da soberania pudesse implicar a destruição de tais normas. No entanto, é esta a acusação que se lhe faz”. Idem, p.10.

³⁰³ KOROWICZ explica a noção de soberania na antiguidade: “The sociological concept of sovereignty existed a long time before the legal one was created...The term “sovereignty” did not existed in antiquity, but it’s legal content was expressed by terms *liber* and *libertas* which corresponded exactly, in their meaning, to the expression “sovereign and sovereignty, independence and independent””. KOROWICZ, Marek Stanislaw. *Some present aspects of sovereignty in international law*. RCADI, Volume 102 (1961-I), pp. 1-120. p.7.

³⁰⁴ Continua o árbitro: “Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organization of the States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make

julgamento do caso *Regime Douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, de 1931, afirmou que a soberania implica na independência do Estado de poderes a ele estranhos.³⁰⁵ Em voto separado, o juiz ANZILOTTI descreve a independência como “soberania (*suprema potestas*) ou *soberania externa*, o que significa que não existe sobre o Estado nenhuma autoridade além da do direito internacional”.³⁰⁶ A independência, nas palavras do autor, é uma característica normal do Estado como sujeito do direito das gentes.

O conceito de Estado soberano e o caráter obrigatório do direito internacional passaram a trazer dificuldades teóricas e práticas aos jusinternacionalistas por se apresentarem como noções incompatíveis.³⁰⁷ A soberania dos Estados, esclarece DEGAN, pode, em alguns casos, justapor-se a determinadas exigências da comunidade internacional, como a manutenção da paz e segurança internacionais, o respeito à dignidade da pessoa humana, a preservação do meio ambiente, ou mesmo à manutenção de uma ordem jurídica internacional mínima.³⁰⁸

Parte da doutrina passou mesmo a desconsiderar a existência da soberania estatal no cenário internacional. POLITIS, radical em seu posicionamento, afirma que a soberania está “virtualmente abolida”, existindo na linguagem oficial e na ciência apenas por uma “falha de adaptação visual ao desaparecimento de uma luz que, durante muito tempo, brilhou fortemente”.³⁰⁹ O descrédito da soberania no plano interno, com o fim do Estado absoluto e a noção de que o Estado se subordina ao direito, migrou para o plano internacional.³¹⁰ Este posicionamento, no entanto, é criticado por autores como KLEFFENS, para quem a noção de soberania não se assemelha a um fantasma que se pode

it the point of departure in settling most questions that concern international relationship” CPA, *The Island of Palmas Case (or Miangas)*, de 4 de abril de 1928, p.8.

³⁰⁵ “... il faut entendre tout acte volontaire de l'État autrichien lui faisant perdre son indépendance ou venant modifier son indépendance, en ce que sa volonté souveraine se trouverait subordonnée à celle d'une autre Puissance ou groupe articulier d'autres Puissances, sinon remplacée par celle-ci. CPJI, Parecer consultivo relativo ao caso *Regime Douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, de 1931, Série AB, N.41, p.46.

³⁰⁶ Tradução livre. No original: “elle peut être aussi bien qualifiée comme souveraineté (*suprema potestas*) ou souveraineté extérieure, si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international”. ANZILOTTI, Dionísio. Voto Dissidente no caso *Regime Douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Série AB, N.41, p.57. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_41/02_Regime_douanier_Opinion_Anzilotti.pdf

³⁰⁷ “Le maintien simultané de la souveraineté de l'Etat et du caractère obligatoire du droit international est, dans le sens absolu du mot, une contradiction”. Krabbe, H.. *L'idée moderne de l'état*. RCADI, Volume 13 (1926-III), pp. 509-583. p.576.

³⁰⁸ DEGAN, Vladimir-Djuro. *Op.cit.*, p.209.

³⁰⁹ Tradução livre. No original: “...elle est dès à presente virtuellement abolie et que, si ele reste encore usitée dans le langage officiel et un peu moins dans celui de la science, c'est par défaut d'adaptation visuelle à la disparition d'une lumière qui pendant très longtemps a brillé d'un vif éclat”. POLITIS, N.. *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*. RCADI, Volume 6 (1925-I), pp. 1-121. p.10.

³¹⁰ “La souveraineté doit être réservé au droit et, pour plus tard, à la communauté internationale. Elle ne peut plus appartenir à l'Etat”. Idem, p.17.

facilmente exorcizar. Pelo contrário, ela continua a ser um elemento dominante que a todos afeta.³¹¹

O que se verificou no plano internacional, durante o século XX, foi uma relativização da soberania. O Estado, lançando mão de sua soberania, decide se subordinar à ordem jurídica internacional. A obrigatoriedade do direito internacional, conforme leciona KRABBE, encontra-se atrelada à noção de consciência jurídica.³¹² Tal consciência, desta forma, levaria o Estado a agir em conformidade com as regras existentes, ficando sujeito a sanções quando de sua violação.³¹³ Conforme enfatiza DUPUY, a soberania não é motivo para a negação da responsabilidade do Estado no plano internacional, e sim sua causa primeira. Através da responsabilidade do Estado, assegura-se a igualdade entre as soberanias.³¹⁴

Por fim, resta lembrar que a soberania não pode ser considerada um critério para a atribuição da personalidade jurídica internacional. KOROWICZ classifica os sujeitos de direito internacional em soberanos e em não soberanos. Os primeiros seriam os Estados. Já a segunda categoria abrangeria aquelas entidades que, apesar de criadas pelo sujeito soberano original e dependente de sua vontade, podem ser criadoras do direito das gentes. Além desses, também seriam sujeitos não soberanos, na visão do autor, aqueles que são apenas destinatários de direitos e deveres internacionais, mesmo que sua criação e duração dependam da vontade de outro sujeito de direito internacional. Isso explicaria o fato de algumas pessoas não soberanas do direito internacional serem admitidas em algumas organizações internacionais ou serem capazes de celebrar tratados com os Estados.³¹⁵

3.1.2 A responsabilidade internacional do Estado

Em suas origens, a noção de responsabilidade do Estado espelhava-se no direito civil, centrando-se, principalmente, na ideia de reparação.³¹⁶ No início da década de 40,

³¹¹ O autor ainda completa: “To ignore this fact would be silly. One has to take the human race as it is, and not as we should like it to be”. KLEFFENS, Eelco Nicolaas van. *Sovereignty in international law: five lectures*. RCADI, Volume 82 (1953-I), pp. 1-131. p.130.

³¹² KRABBE, H., *Op.cit.*, p.8.

³¹³ POLITIS, Nicolas. *Op.cit.*, p.9.

³¹⁴ DUPUY, Pierre-Marie. *Le fait générateur de la responsabilité internationale des états*. RCADI, Volume 188 (1984-V), pp. 9-133. p. 109.

³¹⁵ Korowicz, Marek Stanislaw. *Op.cit.*, p.102.

³¹⁶ “...international responsibility in practice was very much restricted, until the present time, to violations of the rights of aliens and reparation was treated as the only legal consequence. Therefore, the institution of international responsibility was very much dominated by analogies with private law principles”.

também a ideia de sanção foi introduzida por AGO, passando a integrar o rol das consequências jurídicas trazidas pela responsabilização no plano internacional.³¹⁷

Em 1930, houve a tentativa inicial de codificação do tema com a 1ª Conferência para a Codificação do Direito Internacional. No entanto, apesar dos esforços, o documento resultante das discussões não chegou a entrar em vigor. Em dezembro de 1953, a pedido da Assembleia Geral da ONU, segundo a qual a codificação dos princípios relativos à responsabilidade internacional do Estado se mostra como uma importante ferramenta para o desenvolvimento e manutenção de relações pacíficas entre os Estado, a CDI elaborou um documento sobre a temática.³¹⁸

A responsabilidade internacional do Estado é objetiva, ou seja, inexistente o elemento culpa no momento da imputação.³¹⁹ De acordo com o relatório da CDI sobre a responsabilidade internacional do Estado, todo ato emanado por este em desacordo com o direito internacional gerará sua responsabilização.³²⁰ Vê-se, deste modo, que, para que o Estado seja responsabilizado na seara internacional, não se faz necessário o elemento culpa, bastando a existência de um ato violador do direito internacional imputável ao Estado.³²¹ Não cabe ao Estado utilizar suas normas internas ou sua soberania como escudo

GRAEFRATH, Bernhard. *Responsibility and Damages Caused: relationship between responsibility and damages*. RCADI, Volume 185 (1984-II), pp. 9-149. p.22.

³¹⁷ Idem, p.25.

³¹⁸ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/799(VIII), *Request for the codification of the principles of international law governing State responsibility*, de 7 de dezembro de 1953. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/086/64/IMG/NR008664.pdf?OpenElement>

³¹⁹ A teoria da culpa foi introduzida por Grócio no direito internacional, prevalecendo até o século XIX. Anzilotti, seguindo as ideias de Triepel, foi o principal combatente a essa ideia, afirmando não haver qualquer relação – direta ou indireta – entre a responsabilidade e a vontade do Estado ou ação do indivíduo, tampouco a intenção culposa ou maliciosa do violador. A responsabilidade, do seu ponto de vista, corresponde ao não cumprimento da obrigação imposta ao Estado pelo direito internacional. GARCIA-AMADOR, Francisco V.. *State responsibility: some new problems*. RCADI, Volume 94 (1958-II), pp. 365-491. pp.383 e 384. RAMOS salienta, no entanto, que, apesar de não se configurar como um elemento da responsabilidade internacional do Estado, a culpa pode ser encontrada de maneira ocasional na responsabilidade por violação de direitos humanos : « Como por exemplo, é possível a utilização do conceito de culpa no caso das excludentes de ilicitude, ou seja, analisando-se o ânimo do agente do Estado. O elemento culpa consta da análise de situações como a do estado de necessidade ou extrema *détresse*. Além dessa utilização, a culpa possibilita valorar e mesurar a reparação do fato ilícito, sendo importante na fixação das consequências da responsabilidade internacional do Estado ». RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.100.

³²⁰ Artigo 1º do Relatório: “Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”. Relatório da CDI sobre a responsabilidade internacional do Estado. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf

³²¹ Artigo 2 do Relatório: “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.” Idem.

para o não cumprimento das obrigações assumidas no plano internacional.³²² Para o direito internacional, as leis nacionais, assim como as decisões judiciais ou administrativas do Estado, configuram-se como simples fato³²³ que, quando contrário ao ordenamento jurídico internacional, gera a responsabilização do Estado.

DUPUY³²⁴ define a responsabilidade internacional do Estado como a consequência da violação de uma obrigação internacional, que gera ao Estado a obrigação de reparação dos danos causados por fatos a ele imputáveis. O autor lembra, no entanto, que a noção de responsabilidade internacional, situada, ao mesmo tempo, num ponto de convergência e de contradição entre fatores econômicos, políticos e éticos, é evolutiva, projetando, em cada época, uma nova concepção sobre a relação entre os sujeitos do direito internacional, seus atos e a coletividade da qual fazem parte.³²⁵

Dentre as principais mudanças verificadas no cenário jurídico internacional, no que diz respeito à responsabilidade internacional do Estado, GRAEFRATH cita a mudança do epicentro da questão que, outrora focada no dano e na sua reparação, volta-se hoje à garantia do cumprimento das obrigações contraídas no plano internacional. Além disso, o surgimento de normas imperativas, gerando ao Estado obrigações *erga omnes*, alterou o cenário no qual, anteriormente, apenas vigiam as relações bilaterais entre os sujeitos de direito internacional.³²⁶

Neste mesmo sentido, GARCIA-AMADOR aponta para a importância da responsabilidade internacional do Estado num novo cenário internacional pautado pela pluralidade de sujeitos:

...não é mais verdade, como foi por séculos no passado, que o direito internacional exista apenas para, ou encontre sua única razão de ser na proteção dos interesses e direitos do Estado; sua função agora também é proteger os interesses e deveres dos demais sujeitos que reclamarem por sua proteção. Os Estados não são mais os únicos sujeitos das obrigações prescritas pelo direito internacional. Não é difícil de entender, assim, como esta nova situação pode

³²² A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados prevê, em seu art.27, que: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

³²³ A CPJI, em seu julgamento número 7, afirmou: “From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures”. CPJI. *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, 1926, Série A, N.7. Sentença de 25 de maio de 1926.p.19 .

³²⁴ DUPUY, Pierre-Marie. *Le fait générateur de la responsabilité internationale des états*. RCADI, Volume 188 (1984-V), pp. 9-133. p.26.

³²⁵ Idem, p.24.

³²⁶ GRAEFRATH, Bernhard. *Op.cit.*, p.30.

influenciar a função a ser realizada, no futuro, pelo direito da responsabilidade internacional.³²⁷

Vale ressaltar que o Estado poderá ser responsabilizado mesmo em situações nas quais tenha cometido um ato tido como lícito pela ordem jurídica internacional. Isso se dá nos casos, por exemplo, de danos causados por atividade tecnológica do qual não se pode prever o resultado.³²⁸ Para CONDORELLI, mesmo que o fundamento último desta responsabilidade não seja uma obrigação de prevenção ou diligência, ou ainda uma obrigação de não abuso de direito, ela se justifica por normas baseadas na obrigação do Estado em assumir os riscos de atividades perigosas, mesmo que estas não sejam proibidas. A conduta do Estado, mesmo nestes casos, continua regulada pelo direito internacional, conforme pode ser verificado na Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, de 1972, na regulamentação da utilização de energia nuclear feita pelos tratados de não proliferação, na proteção do meio ambiente, ou nos tratados sobre o direito do espaço extra-atmosférico, apenas para citar alguns exemplos.³²⁹

3.1.3 O reconhecimento do Estado

Um importante aspecto a ser ressaltado sobre a personalidade jurídica internacional do Estado diz respeito ao momento em que este passa ou deixa de existir no cenário jurídico internacional, ou seja, o momento a partir do qual ele se torna ou deixa de ser um sujeito do direito internacional.

Apesar da existência de critérios para que uma entidade se configure como Estado, conforme anteriormente explanado, a criação de um Estado é uma questão de fato,

³²⁷ Tradução livre. No original: "...it is no longer true, as it was for centuries in the past, that international law exists only for, or find its sole *raison d'être* in, the protection of the interests and rights of the State; rather, its functions is now also to protect the rights and the interests of its other subjects who may properly claim its protection. Likewise, States are no longer the only subjects of the obligations prescribed by international law. It is not difficult to understand, therefore, how greatly this new situation can influence the function to be performed in the future by the law of international responsibility". GARCIA-AMADOR, *Op.cit.*, p.375.

³²⁸ "On pourrait dire, au fond, que la "responsabilité des États pour fait licite", là où elle est consacrée par des normes internationales en vigueur (peu importe ici ce que soient des normes conventionnelles ou coutumières), vise à compléter le régime de la responsabilité pour fait illicite en remédiant aux insuffisances qui se font jouer face aux dommages susceptibles de découler de certaines activités technologiques et industrielles de haut risque". CONDORELLI, Luigi. *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*. RCADI, Volume 189 (1984-VI), pp. 9-221. p.119.

³²⁹ Tem-se, nestes casos, a responsabilidade absoluta do Estado, conforme ensina RAMOS: "Ao adotarmos a teoria objetiva tão somente eliminamos a consideração do elemento "culpa". No caso de adotarmos a teoria absoluta, tanto a "culpa" quanto a "ilicitude" mesmo da conduta são abolidas da formação da responsabilidade internacional do Estado". RAMOS, André de Carvalho. *Op.cit.*, p.94.

inexistindo um processo jurídico – seja de direito interno seja de direito internacional – que a regule. ³³⁰ No entanto, para se tornar membro da comunidade internacional e para ser capaz de gerir seus negócios internacionais, é necessário o reconhecimento ³³¹ deste Estado por parte dos demais. ³³²

Este reconhecimento gera efeitos jurídicos na esfera global, pois, através dele, a entidade passa a figurar como sujeito do direito internacional, recebendo deste direitos e deveres que deverão ser observados. Devido à sua importância, o ato de se reconhecer um novo Estado deve ser pautado em aspectos e princípios jurídicos. No entanto, o que se verifica na prática é um reconhecimento livre, político e discricionário. ³³³

Algumas doutrinas buscaram, ao longo do tempo, pautar o reconhecimento do Estado, dentre as quais destacam-se a Estrada, a Tobar, a Wilson, e a Stimson, segundo a qual não se devem reconhecer situações de fato estabelecidas em violação ao direito internacional. ³³⁴

Uma importante questão que se põe – tanto na teoria quanto na prática – refere-se ao caráter dos efeitos jurídicos trazidos pelo reconhecimento. Pergunta-se: um Estado se torna sujeito de direito internacional após seu reconhecimento pelos demais ou o seu reconhecimento por parte de alguns Estados não é o suficiente para investir determinada entidade de personalidade jurídica internacional?

Para uma corrente minoritária, o reconhecimento é o ato jurídico que constitui uma entidade num Estado. Defendida por autores como OPPENHEIM, a teoria constitutiva busca explicar a força vinculante do direito das gentes através do consenso. Assim, o reconhecimento se dará como uma expressão do consenso das partes em observar as regras do direito internacional. ³³⁵

³³⁰ DEGAN, Vladimir Djuro. *Op.cit.*, p.227.

³³¹ Erich define o reconhecimento no direito internacional como “un acte unilatéral par lequel un État affirme, accepte ou, pour employer les termes les plus larges possibles, par lequel il se prononce dans un sens affirmatif, sur un état des choses, sur l’existence d’un organisme, sur un status, sur une modification qui vient de s’accomplir dans les rapports internationaux”. ERICH, R.. ERICH, R.. *La naissance et la reconnaissance des états*. RCADI, Volume 13 (1926-III), pp. 427-507. p.457.

³³² “La fonction principale, bien que non la seule, de la doctrine de la reconnaissance dans les affaires internationales a consisté jusqu’à présent à consacrer : 1. la capacité d’un État de devenir membre de la communauté internationale ; 2. le droit d’une communauté de gérer ses affaires internationales par l’intermédiaire de mandataires qui sont soit ceux que cette communauté a choisis librement, soit eux qui se sont imposés ». WILLIAMS, John Fischer. *La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents*. RCADI, Volume 44 (1933-II), pp. 199-314. p. 204.

³³³ DEGAN, Vladimir Djuro. *Op.cit.*, p.248.

³³⁴ *Idem.*, p. 249.

³³⁵ BLIX, Hans Martin. *Contemporary aspects of recognition*. RCADI, Volume 130 (1970-II), pp. 586-703. p.604

Já a corrente predominante afirma que o reconhecimento é uma mera declaração de que o novo Estado, cuja existência é inegável quando do cumprimento dos critérios para tal, é visto pelos demais como sujeito de direito internacional. Esta doutrina baseia-se em conceitos do direito natural, que atribui aos Estados direitos e deveres fundamentais, independentemente de seu consenso.³³⁶

Para DEGAN, a complexidade do problema não permite que ele seja resolvido com a simples adoção de uma ou de outra doutrina. A teoria constitutiva não explicaria, por exemplo, situações em que um Estado, apesar de não reconhecido amplamente, tampouco pela ONU, tem sua personalidade internacional reconhecida por um ou por poucos Estados, como o ocorrido com Biafra nos anos de 1967 a 1970. O efeito declaratório do reconhecimento, por sua vez, também não consegue solucionar de forma eficaz os conflitos oriundos das situações nas quais não há uma uniformidade no reconhecimento de um novo Estado por parte da comunidade internacional: o artigo 3º da Convenção de Montevideo sobre os direitos e deveres do Estado, por exemplo, afirma que o novo Estado possui o direito de defender suas integridade, independência e prosperidade mesmo antes de ter seus *status* reconhecido pelos demais Estados.³³⁷

CRAWFORD também não considera nenhuma das teorias sobre o reconhecimento como satisfatória na explicação da prática moderna.³³⁸ A teoria declaratória, segundo ensina, afirmar ser o Estado um fato, da mesma forma como uma cadeira é um fato. No entanto, na realidade, o Estado se mostra um fato da mesma maneira como um tratado é um fato, ou seja, sua existência encontra-se atrelada a questões jurídicas, e não meramente práticas. A teoria declaratória não explicaria, deste modo, a possibilidade, hoje existente, de a criação do Estado ser pautada em outros princípios que não a simples existência fática. A teoria constitutiva, por sua vez, falha ao identificar o termo “*cognition*” com o reconhecimento diplomático, desconsiderando a possibilidade de a identificação de novos sujeitos ser feita de forma *ad hoc* e discricionária. Além disso, a teoria não consegue explicar, por exemplo, situações práticas nas quais existe a nulidade do ato de

³³⁶ Idem, p.609.

³³⁷ DEGAN, Vladimir Djuro. *Op.cit.*, pp. 255 e 256. Prevê o art.3º: “A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos demais Estados. Ainda antes de reconhecido, tem o Estado o direito de defender sua integridade e independência, prover a sua conservação e prosperidade, e consequentemente, organizar-se como achar conveniente, legislar sobre seus interesses, administrar seus serviços e determinar a jurisdição e competência dos seus tribunais. O exercício destes direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados de acordo com o Direito Internacional.”. Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferência Internacional Americana.

³³⁸ CRAWFORD, James. *Op.cit.*, p.5.

reconhecimento, o que a teoria não admite, uma vez que considera ser este ato definitivo. O reconhecimento, desta forma, mostrar-se-ia sempre como uma forma de intervenção. Por fim, o autor critica o relativismo da teoria, posto que o novo Estado somente existiria para aqueles que como tal o reconhecessem.³³⁹

Para o teórico, o maior problema enfrentado no que diz respeito ao reconhecimento de novos Estados, no entanto, refere-se a ideia de que o Estado é livre para reconhecer, ou não, seu par baseado apenas em seus próprios critérios, deixando de lado o direito internacional, ficando o reconhecimento à mercê de decisões políticas e arbitrárias.³⁴⁰ Essa, segundo explica, é uma herança deixada pelo positivismo do século XIX, que não levava em consideração a forma com a qual uma entidade se tornava um Estado, mas apenas seu reconhecimento e aceitação por parte da comunidade internacional.³⁴¹

O reconhecimento de um novo Estado pode ser feito de maneira expressa – por meio de uma declaração explícita em nota, tratado ou decreto³⁴² – ou tácita – por meio de atos que tornem possível deduzir que o novo Estado é tratado como tal, como, por exemplo, o início de relações diplomáticas ou a celebração de tratado. Poderá ser *de jure* – definitivo e completo – ou de fato – provisório ou condicionado. Por fim, o reconhecimento de um Estado poderá ser realizado de forma coletiva.³⁴³

No que se refere ao reconhecimento de um novo Estado por parte das organizações internacionais, vale destacar que cada uma delas estabelece seus próprios critérios para o

³³⁹ No mesmo sentido, a CIJ declarou a existência de um “relativism inherent in the constitutive theory of recognition (which) itself prevents the drawing of any firm inferences CIJ. *Case Concerning the Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Sentença de 03 de fevereiro de 2003.

³⁴⁰ “A tension is thereby created between the conviction that recognition is at some level a legal act in the international sphere, and the assumption of political leaders that they are, or should be, free to recognize or not to recognize on grounds of their own choosing. If this is the case, the international status and rights of whole peoples and territories will seem to depend on arbitrary decisions and political contingences”. Idem, pp. 18 e 19. Neste sentido, ABASS aponta, ainda, para a influência dos 5 membros permanentes do Conselho de Segurança na ONU no reconhecimento de novos Estados: “it cannot be denied that the reality of today’s world is, more than anything else, a question of the position of the five permanent members (the P5) of the UN Security Council. If the USA, UK, France, Russia and China decide to recognize a new State, it is more likely that other UN member States will recognize it. The interest of the P5 largely shapes the realities of international law, especially concerning State relations. Conversely, where a new State is recognized by a majority of States, but not by the P5, its prospects on the international plane are very limited”. ABASS, Ademolas. *International Law: texts, cases and materials*, Oxford University Press, p.148.

³⁴¹ Idem, p.16. Mais adiante, o autor completa: “A further effect of nineteenth century practice has been to focus attention more or less exclusively on the act of recognition itself and its legal effects, rather than on the problem of the elaboration of rules determining the status, competence and so on of the various territorial governmental units”. Idem, p.19.

³⁴² Como exemplo de reconhecimento expresso podem ser citados o reconhecimento da independência da Albânia (Tratado de Londres de 1913) e da Índia (Indian Independence Act do Parlamento britânico, de 1947), o reconhecimento do Estado de Israel (RES AGNU 181(II) de 1947), da Líbia (RES AGNU 289A(IV) de 1949), e o próprio reconhecimento da independência do Brasil por parte de Portugal (Tratado de Amizade e Aliança entre Brasil e Portugal, de 1895).

³⁴³ ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA G.E; CASELLA, Paulo Borba. *Op.Cit.*, p.279.

reconhecimento e admissão de um Estado.³⁴⁴ É possível encontrar casos em que, apesar de não apresentarem todas as condições mínimas de governo e de efetividade, entidades foram admitidas como membros das Nações Unidas e, posteriormente e por causa disso, passaram a ser reconhecidas como Estado por parte dos demais membros da comunidade internacional.³⁴⁵ Por outro lado, há casos em que a entidade, apesar de possuir todas as características para ser considerada um Estado, não teve seu *status* reconhecido e passou, ainda, a sofrer sanção por parte da ONU e boicotes por parte da comunidade internacional.³⁴⁶

Para DEGAN, a existência de um Estado dotado de efetividade é oponível, até mesmo, aos Estados que recusam o reconhecimento – principalmente nos casos em que a ONU o admite em seu quadro. No entanto, os atos extraterritoriais cometidos pelo novo Estado somente serão oponíveis aos demais Estados quando do reconhecimento do *status* de Estado por parte destes.³⁴⁷

No tocante ao reconhecimento de Estado, cabe ainda ressaltar a existência de situações que a ele precedem, como é o caso do reconhecimento de beligerância.³⁴⁸ Nos casos em que há este reconhecimento por parte do Estado ao qual os atos beligerantes são direcionados, admite-se a aplicação das regras referentes ao direito de guerra.³⁴⁹ Desta forma, o grupo beligerante não mais poderá ser tratado como rebelde, tornando-se

³⁴⁴ DEGAN, Vladimir Djuro. *Op.cit.*, p.228. Os critérios para admissão do Estado como membro da ONU encontram-se elencados no art.4º para.1º da Carta das Nações Unidas, que estabelece: “A admissão como Membro das Nações Unidas fica aberta a todos os Estados amantes da paz que aceitarem as obrigações contidas na presente Carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações”.

³⁴⁵ É o caso, por exemplo, do Congo, de Ruanda e do Burundi, admitidos na ONU nos anos de 1962.

³⁴⁶ A ONU pode, através de resolução do Conselho de Segurança, prescrever o não reconhecimento de um Estado, como o ocorrido com a Rodésia (1965-1980), em que ficou estabelecido que o órgão “1. Condemns the illegal proclamation of republican status of the Territory by the illegal regime in Southern Rhodesia; 2. Decides that Member States shall refrain from recognising this illegal regime or from rendering any assistance to it ; 3. Calls upon Member States to take appropriate measures, at the national level, to ensure that any act performed by the officials and institutions of the illegal regime in Southern Rhodesia shall not be accorded any recognition, official or otherwise, including judicial notice, by the competent organs of their State”. Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/277, *Southern Rhodesia*, de 18 de março de 1970. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/277%281970%29

³⁴⁷ DEGAN, Vladimir Djuro. *Op.cit.*, p.248.

³⁴⁸ “Se a luta assume vastas proporções de tal sorte que o grupo sublevado se mostra suficientemente forte para possuir e exercer de fato poderes análogos ao do governo de estado, constituindo governo responsável, mantém a sua autoridade sobre parte definida do território do estado, possui força armada regularmente organizada, submetida à disciplina militar, e se mostra disposto a respeitar os direitos e os deveres de neutralidade, os governos estrangeiros poderão pôr as duas partes em luta no mesmo pé de igualdade jurídica, reconhecendo-lhes a qualidade de beligerantes. Para isto, os interesses do governo que deseje efetuar tal reconhecimento devem ter sido atingidos pela luta, ou pelo menos, o desenvolvimento do conflito deve ser tal que os demais estados não possam, por assim dizer, ficar alheios acerca deles.” ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. *Op.cit.*, p.263.

³⁴⁹ BLIX, Hans Martin. *Op.cit.*, p.619.

responsável pelos seus próprios atos.³⁵⁰ Este reconhecimento, entretanto, é temporário e provisório: caso o grupo beligerante vença a guerra, segue seu reconhecimento como Estado; caso perca, desaparece do cenário internacional enquanto entidade separada do Estado de origem.³⁵¹ Vale mencionar que o século XX não presenciou nenhum caso de reconhecimento de beligerância.³⁵²

Por fim, não se deve confundir reconhecimento de Estado com reconhecimento de governo. Constitui-se um governo quando encontram-se presentes os elementos: controle efetivo, independência e estabilidade. Todavia, mesmo que estes critérios encontrem-se preenchidos, o Estado estrangeiro não se vê obrigado a qualquer forma de cooperação com este governo – uma vez que condições podem ser por ele requisitadas ³⁵³ -, o que não significa que não exista o reconhecimento de Estado.

Verifica-se com o analisado que, apesar de não restarem dúvidas quanto à titularidade subjetiva dos Estados no cenário jurídico internacional, configurando-se estes, inclusive, como sujeitos por excelência do direito internacional, diversos problemas de ordem prática se estabelecem quando do reconhecimento – seja por parte dos Estados, seja por parte das organizações internacionais - de um novo Estado. Isto porque, mesmo com a existência dos critérios jurídicos necessários à configuração de um Estado trazidos pela Convenção de Montevideo e desenvolvidos pela doutrina, a prática se vê tomada por razões de ordem política no reconhecimento de entidades que clamam possuir todos os requisitos indispensáveis à sua inserção no rol dos Estados que fazem parte da comunidade internacional.

³⁵⁰ No caso *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, a Corte Especial para Serra Leoa reconheceu que: “Notwithstanding the absence of unanimity among international lawyers as to the basis of the obligation of insurgents to observe the provisions of Common Article 3 to the Geneva Conventions, there is now no doubt that this article is binding on States and insurgents alike and that insurgents are subjects to international humanitarian law...”. CORTE ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Appeals Chamber, *Decision on lack of jurisdiction / abuse of process: amnesty provided by the Lomé Accord*, N.SCSL-2004-14-ART2(E). Sentença de 25 de maio de 2004

³⁵¹ WILLIAMS, John Fischer. *Op.cit.*, p. 263.

³⁵² “Even when civil war has been conducted from a more or less coherent territorial base, the unwillingness of metropolitan or central governments to accord insurgents any form of status, and the political delicacy of third State recognition of belligerency, have operated to internalize even prolonged civil wars. There was no clear twentieth century case of recognition of belligerency: the result, it has been persuasively argued, has been the desuetude of recognition of belligerency”. CRAWFORD, James. *Op.cit.*, p.419.

³⁵³ “Such extraneous conditions may be of great diversity. Demands for democratic legitimacy as well as monarchic or any other “legitimacy” would be among them. Other could be more closely linked to the national interests of the foreign State, such as willingness of the new regime to respect obligations under treaties or general international law to protect foreigners or foreign property, etc.” BLIX, Hans Martin. *Op.cit.*, p.643.

3.2 AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

3.2.1 O surgimento das organizações internacionais e seu impacto no direito internacional

O primeiro organismo internacional do qual se tem conhecimento é a Administração Geral da Concessão de Navegação do Reno, estabelecida pelo Tratado de 15 de agosto de 1804, firmado entre a França e o Império Romano. Não era, no entanto, uma organização internacional aberta como as existentes nos moldes de hoje ³⁵⁴. Pode-se dizer, desta forma, que a organização internacional mais antiga, criada no modelo que se conhece atualmente, é a União Postal Universal (UPU), cujo tratado constitutivo data de 1874. A personalidade jurídica internacional das organizações internacionais, no entanto, somente passou a ser discutida com a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ambas fundadas em 1919.

São várias as teorias que buscaram explicar e definir as organizações internacionais, sua natureza jurídica e funcional.³⁵⁵ Independentemente da concepção adotada, no entanto, não se pode negar o grande impacto que teve o surgimento das organizações internacionais no desenvolvimento do direito internacional.³⁵⁶ Diversos exemplos das mudanças e inovações trazidas por estas instituições podem ser apontados.

ALVAREZ demonstra a influência exercida pelas organizações internacionais na forma de se negociarem os tratados. Estes passaram a ser celebrados em maior volume e em áreas que, não fosse o empenho das organizações, sequer poderiam ser imaginadas, como o direito internacional dos direitos humanos.³⁵⁷ Tendo em mente a relevância dos tratados nas relações existentes entre os Estados, pode-se dizer que as organizações

³⁵⁴ AMERASINGHE, C.F., *International Legal Personality Revisited* in JOHNS, Fleur *International Legal Personality*. Ashgate Publishing Company, 2010. pp. 240-261.p 240.

³⁵⁵ Para maior aprofundamento no tema, ver WHITE, N.D, *The Law of International Organizations*. Manchester University Press: New York, 1996.pp.2-23.

³⁵⁶ Conforme explica MENEZES, a Carta da ONU, de 1945, foi um importante marco no desenvolvimento do direito internacional ao estabelecer uma nova ordem jurídica de relação entre os Estados. A Carta, ao preconizar em seu preâmbulo a renúncia à guerra e o respeito aos tratados e outras fontes do direito internacional, estabelece, segundo o autor, um verdadeiro Estado mundial de direitos, ou uma ordem mundial assentada sobre o direito internacional. MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.pp.44 e 45.

³⁵⁷ Ainda sobre as mudanças trazidas no plano da conclusão de tratados: “The dynamics of multilateral treaty-making – and its consequences – have changed dramatically as a result of the involvement of international organizations. Even the casual observer of modern treaty-making recognizes the most obvious of these changes. Modern treaty-making is characterized by more government negotiations present, by more non-state actors of various kinds involved (even if still not permitted to vote), and by ever higher numbers of seemingly “successful” treaty negotiations that create even more institutions or treaty bodies in their wake. IOs are at least partly responsible for each of these changes”. ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law Makers*. p.276.

internacionais, ao facilitarem a negociação e a celebração destes documentos, tornam-se, também, instrumentos de cooperação.³⁵⁸ Além disso, estas instituições facilitam o envolvimento de ONGs nas discussões sobre os principais assuntos da agenda internacional, promovendo, desta forma, uma melhoria na participação democrática no processo de celebração de tratados.³⁵⁹ Vale mencionar o papel desempenhado pelas organizações internacionais também na promoção da participação do indivíduo e das empresas transnacionais no cenário internacional.³⁶⁰

Outra importante contribuição pode ser verificada no que se refere à solução pacífica de controvérsias através da institucionalização do *dispute settlement*, por meio de tribunais internacionais, da arbitragem e de órgãos criados no âmbito das organizações internacionais com a finalidade de solucionar contendas de caráter internacional.³⁶¹ Pode-se dizer que a multiplicação dos tribunais internacionais, que por vezes se configuram como organizações internacionais e por vezes como órgãos de algumas dessas entidades, representa um fator positivo ao direito internacional na medida em que permite aos sujeitos deste direito um maior acesso à justiça, que passa a contar com decisões cada vez mais especializadas na solução das contendas internacionais.³⁶²

As organizações internacionais têm influenciado também o direito das gentes através da geração de princípios que, mesmo não codificados, alteram e inovam o conteúdo

³⁵⁸ CANÇADO TRINDADE aponta para a importância das organizações internacionais para o multilateralismo e para a consecução de objetivos comuns: “Mas é igualmente certo que com o advento das organizações internacionais, os Estados perderam o monopólio da condução das relações internacionais, e não podem ignorar ou negligenciar os esforços de tais organizações em assegurar o respeito e a observância das normas de Direito Internacional. Pela via do multilateralismo, no seio das organizações internacionais, os Estados mais vulneráveis buscaram mitigar até certo ponto suas preocupantes desigualdades fáticas. E pela mesma via do multilateralismo todos os Estados passaram a buscar, conjuntamente, a realização de objetivos comuns.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p.726.

³⁵⁹ ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law Makers*. New York: Oxford University Press, 2005.p.397. ALVAREZ considera a relação entre organizações internacionais e ONGs como simbiótica. Nas palavras do autor: “The legitimacy of NGOs and IOs are often intertwined. NGOs have arguably enhanced the political legitimacy of some IOs by providing forms of accountability not otherwise available, but NGO’s IO participation has also benefited some NGOs by enhancing their own international stature or legitimacy”. Idem, p.612.

³⁶⁰ Órgãos de direitos humanos, por exemplo, dão acesso aos indivíduos, permitindo a esses afetar, mesmo que indiretamente, o desenvolvimento do direito internacional a partir dos precedentes judiciais que ao longo do tempo vão se estabelecendo. Ademais, órgãos como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, acabam por dar um maior papel às empresas multinacionais, que passam a pressionar o governo a defendê-las no plano internacional. Ibidem, pp. 608 e 609.

³⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp.724 e 725.

³⁶² MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.153.

deste direito.³⁶³ Conforme ensina MENEZES, as organizações internacionais contribuíram para o desenvolvimento de uma nova fonte do direito internacional: a *soft law*.³⁶⁴

Por fim, não se pode deixar de mencionar o papel das organizações internacionais na noção de *compliance* no direito internacional. Além de trazer novas ferramentas para o *enforcement* desse direito – como as verificadas nas autorizações do Conselho de Segurança, nas retaliações comerciais realizadas pela OMC e nas condições estabelecidas pelo FMI – as organizações internacionais inovaram no processo de convencimento dos Estados no cumprimento do estabelecido no plano internacional através de técnicas discursivas, como, por exemplo, a obrigação do envio de relatórios combinada com o mecanismo de supervisão.³⁶⁵

3.2.2 A personalidade jurídica das organizações internacionais e o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça no caso *Conde Bernadotte*

Os primeiros estudos sobre a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais foram realizados, ainda que de forma rudimentar, por Dionisio ANZILLOTTI, na segunda década do século XX³⁶⁶. Até meados do século em voga, ensina AMERASINGHE, a personalidade dessas entidades era analisada com base no direito interno dos Estados, sendo concedido à Liga das Nações *status* especial de pessoa internacional. Não era reconhecida, no entanto, a personalidade jurídica das demais organizações.³⁶⁷

SCHERMERS e BLOKKER identificam três diferentes escolas que buscaram, ao longo do tempo, explicar a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais.³⁶⁸ A primeira delas, de cunho socialista e liderada por TUNKIN³⁶⁹,

³⁶³ “IOs have changed the form in which many international standards are expressed, a substantial number of IO-generated legal principles remains, despite the growth in treaties, not codified in formal instruments or included in expressed provisions in IO charters. Some of the new kinds of legal duties are more akin to rules of habit of the informal rules of etiquette followed by members of a club”. ALVAREZ, *Op.cit.*, p.602.

³⁶⁴ A *soft law* pode ser definida como: “documentos solenes derivados de foros internacionais, que têm fundamento no princípio da boa-fé, com conteúdo variável e não obrigatório, que não vinculam seus signatários à sua observância, mas que, por seu caráter e importância para o ordenamento da sociedade global, por refletirem princípios e concepções éticas e ideais, acabam por produzir repercussões no campo do direito internacional e também para o direito interno dos Estados”. MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.147.

³⁶⁵ ALVAREZ, José E., *Op.cit.*, pp.621-623.

³⁶⁶ Ver ANZILLOTTI, Dionísio. *Gli organi comuni nelle società di Stati*, 8 RDI, 1914.

³⁶⁷ AMERASINGHE, C.F., *Op.cit.*, p.241.

³⁶⁸ SCHERMERS, Henry G. e BLOKKER Niels M. *International Institutional Law – unity within diversity*. 3a ed. Revisada. Martinus Nijhoff Publishers pp.978-979.

³⁶⁹ Tunkin não acreditava na existência independente das organizações internacionais e, sobre questão dos poderes inerentes e das competências implícitas destas, afirma o autor: “The proponents of the theory of

acreditava na existência da personalidade jurídica internacional dessas organizações apenas quando da previsão expressa no instrumento constitutivo da entidade.³⁷⁰ Atualmente, esta corrente não mais encontra apoiadores no meio jurídico.

A segunda corrente, liderada por F. SEYERSTED, desenvolveu a ideia da personalidade jurídica internacional objetiva das organizações internacionais, de acordo com a qual a existência da personalidade independe da vontade dos Estados-membros, bastando a existência de um órgão que destes seja independente.³⁷¹

Já a terceira corrente, apoiada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Conde Bernadotte*, de 11 de abril de 1949, prevalece nos dias de hoje e defende a atribuição, explícita ou implícita, da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais devido às funções³⁷² a elas atribuídas pelos Estados.

No caso *Conde Bernadotte*, como ficou conhecido, a CIJ reconheceu a personalidade jurídica da Organização das Nações Unidas ao analisar a possibilidade de a organização levar à jurisdição internacional uma reclamação contra um Estado em decorrência de danos sofridos por seus agentes em serviço. Enviado especial da ONU a Jerusalém, Conde Bernadotte foi o responsável por mediar o conflito entre palestinos e israelenses no ano de 1948. Quando de seu assassinato em Israel, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através de Resolução de 03 de dezembro de 1948, propôs à CIJ as seguintes perguntas:

“inherent competences” of international organisations actually representes them as entities which might exist independently of State-members. It is obvious, however, that this is not the case. The theory of “inherent competences” of international organisations also misrepresents the nature of international treaties, ascribing to a statement of purposes which is usually found in the preamble of a treaty a magic force taking these purposes from the context of a treaty and making them independent of the coordinate will of States-members of which the treaty as a whole is an expression” e segue, no tocante às competências implícitas “So the ‘implied competence’ of an international organization may be admitted in each particular case only to the extent to which it may be considered as actually implied in the provisions of the statute of the organization but not on the basis of a specific rule of international law on the implied competence.” TUNKIN, Gregory I. *The Legal Nature of United Nations*. RCADI, 1966, vol.III, pp.1-67, pp.22-23 e 25.

³⁷⁰ Apesar de não ser comum, é possível encontrar a previsão expressa em tratado constitutivo, como por exemplo no artigo 176 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, que prevê: “The Authority shall have international legal personality and legal capacity which the Organization possesses”.

³⁷¹ “This *inherent capacity of intergovernmental organizations* (as well as of States) to act as subjects of international law is, in fact, *customary international law*, applicable to all IGOs (as well as to all States). It does not depend upon the constitution of each organization, except in so far as the letter may *limit* the inherent capacities, or may confer upon the organization *extended* powers to make decisions binding upon its member States or their nationals.” SEYERSTED, Finn. *Applicable Law in Relations Between Intergovernmental Organizations and Private Parties*. RCADI, 1967, vol.III, pp.433-624, p.438.

³⁷² “Funções” e “competências” são termos distintos. Explicam PELLET, PATRICK e DINH: “Par fonction on entend les finalités des activités des organisations: harmoniser des politiques étatiques, rapprocher des points de vue, créer les conditions d’une plus grande efficacité des politiques nationales, par exemple. Les compétences de chaque organisations seront des pouvoirs juridiques reconnus aux organisation, pouvoirs dont le choix est determine par leur adaptation aux fonctions prioritaires de chacune d’entre eles.”. QUOC DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick et PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8a ed. Paris: L.G.D.J, 2009, p.581.

I. No caso de um agente das Nações Unidas, durante o cumprimento de seus deveres, sofrer danos numa situação que envolva a responsabilidade do Estado, as Nações Unidas, como organização, possuem capacidade de apresentar contra o governo *de jure* ou *de facto* responsável uma reclamação internacional com vistas a obter a reparação dos danos causados: a) às Nações Unidas, b) às vítimas ou a quem de direito? II. No caso de resposta afirmativa, como se conciliam a ação das Nações Unidas e os direitos do Estado de origem da vítima?³⁷³

Com vistas a responder o solicitado, a CIJ passou a abordar a temática da personalidade jurídica internacional da organização, uma vez que a capacidade de apresentar reclamações internacionais a ela se relacionaria.³⁷⁴ A partir de então, foi feita uma análise sobre a personalidade internacional da ONU de acordo com seu instrumento constitutivo. Vale lembrar que não existe nenhum dispositivo na Carta da ONU que lhe atribua personalidade jurídica internacional.³⁷⁵ Sendo assim, coube à CIJ fazer uma análise interpretativa da Carta a fim de extrair de sua redação elementos que pudessem esclarecer a existência ou não dessa personalidade.

Seguindo o raciocínio desenvolvido pela CIJ no parecer em tela, a natureza dos sujeitos de qualquer ordem jurídica depende da necessidade da comunidade. Foram justamente as necessidades da comunidade internacional que levaram os Estados a criar a Organização das Nações Unidas, equipando-a para que esta pudesse perseguir seus objetivos. Deste modo, além da criação de órgãos para fins específicos, foram atribuídos à organização capacidades, imunidades e privilégios dentro do território de cada um de seus Estados Membros para que ela conseguisse exercer suas funções com plenitude. Tudo isso, de acordo com os argumentos da Corte, indica que a ONU possui personalidade jurídica,

³⁷³ No original: “1. In the event of an agent of the United Nations in the performance of his duties suffering injury in circumstances involving the responsibility of a State, has the United Nations, as an Organization, the capacity to bring an international claim against the responsible *de jure* or *de facto* government with a view to obtaining the reparation due in respect of the damage caused (a) to the United Nations, (b) to the victim or to persons entitled through him? II. In the event of an affirmative reply on point 1 (b), how is action by the United Nations to be reconciled with such rights as may be possessed by the State of which the victim is a national?” CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Reparation of injuries suffered in the service of the United Nations*, de 11 de abril de 1949, p.175.

³⁷⁴ “But, in the international sphere, has the Organization such a nature as involves the capacity to bring an international claim? In order to answer this question, the Court must first enquire whether the Charter has given the Organization such a position that it possesses, in regard to its Members, rights which it is entitled to ask them to respect. In other words, does the Organization possess international personality? This is no doubt a doctrinal expression, which has sometimes given rise to controversy. But it will be used here to mean that if the Organization is recognized as having that personality, it is an entity capable of availing itself of obligations incumbent upon its Members.” Idem, p.178.

³⁷⁵ Explica CANÇADO TRINDADE que esta omissão, por parte dos redatores, foi deliberada, numa tentativa de se afastar a ideia de que a ONU seria um “super-Estado”. A delegação belga, à época, propôs uma emenda através da qual os Estados reconheceriam o *status* internacional da organização e os direitos dele decorrentes. No entanto, tal dispositivo foi considerado como supérfluo, uma vez que seu conteúdo poderia ser deduzido implicitamente da leitura da Carta. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp.10 e 11.

pois foi intenção dos Estados dotá-la de funções e direitos que somente podem ser explicados pela existência de uma personalidade jurídica internacional.³⁷⁶

Dizer que a ONU é uma pessoa jurídica internacional significa, no entendimento da CIJ, que ela “é sujeito de direito internacional, capaz de possuir direitos e obrigações internacionais e de manter esses direitos através da apresentação de reclamações no plano internacional”.³⁷⁷ Isso não implica, no entanto, que seus direitos e obrigações sejam os mesmos que os dos Estados. Seus direitos e deveres encontram-se diretamente atrelados aos seus propósitos e funções, de acordo com o estabelecido no seu instrumento constitutivo ou pela prática jurídica internacional.³⁷⁸

A Corte, então, responde afirmativamente à primeira pergunta proposta pela Assembleia Geral, indicando ser a ONU um sujeito de direito internacional capaz de apresentar uma reclamação internacional contra Estado membro que tenha violado alguma obrigação adquirida no plano internacional. Tendo em vista uma violação de direito internacional, cabe uma reclamação também internacional, e não doméstica.³⁷⁹

No que diz respeito à segunda parte da primeira pergunta proposta – reparação por dano causado à vítima – a Corte acena positivamente para a proteção funcional proporcionada pela ONU. Isso porque pode ocorrer a hipótese de um agente contratado pela organização sofrer danos durante o cumprimento de seu dever e não conseguir obter a proteção diplomática por parte de seu Estado, seja pelo fato de este não conseguir justificar a proteção, seja pelo seu próprio desinteresse. Para alcançar a plena independência no desempenho de suas funções, o agente não pode ficar a mercê da proteção exclusiva por parte do Estado do qual é nacional. Assim, é possível deduzir da própria Carta a capacidade da ONU de proteger seus agentes. Não somente os interesses do agente são

³⁷⁶ “In the opinion of the Court, the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane. It is at present the supreme type of international organization, and it could not carry out the intentions of its founders if it was devoid of international personality. It must be acknowledged that its Members, by entrusting certain functions to it, with the attendant duties and responsibilities, have clothed it with the competence required to enable those functions to be effectively discharged”. CIJ, Parecer consultivo relativo ao caso *Reparation of injuries suffered in the service of the United Nations*, de 11 de abril de 1949.p.179.

³⁷⁷ “What it does mean is that it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims.” Idem.

³⁷⁸ “Whereas a State possesses the totality of international rights and duties recognized by international law, the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice”. Ibidem, p.180.

³⁷⁹ Ibidem.

resguardados, mas também o direito da organização internacional de que as obrigações a ela devidas por parte dos Estados sejam observadas.³⁸⁰

Um ponto, no entanto, deve ainda ser observado: Israel, à época do ocorrido, não fazia parte da Organização das Nações Unidas. Como justificar, então, a possibilidade de a organização apresentar uma reclamação internacional contra um Estado não-membro? Para a CIJ, a resposta é simples: o número de Estados que fazem parte da organização – cinquenta no ano de 1949 – representa a grande maioria dos membros da comunidade internacional. Essa representatividade torna possível a esses Estados dar vida a uma organização com personalidade internacional objetiva, ou seja, uma personalidade que não depende do reconhecimento por parte dos Estados não membros. Desta forma, a capacidade da organização de apresentar reclamação internacional não se vê abalada diante de um Estado que dela não faça parte.³⁸¹

Ao responder a segunda questão trazida pela Assembleia Geral, a CIJ deixa claro que não há nenhum dispositivo capaz de solucionar o caso de concorrência entre proteção diplomática do Estado e proteção funcional da ONU. Ou seja, não há regra estabelecendo prioridade entre a proteção ofertada por um ou por outro, tampouco impedindo a proteção por parte de algum deles. A CIJ sugere a boa-fé e o bom senso para a resolução do conflito.³⁸²

Importante ressaltar que as conclusões às quais a Corte chegou são aplicáveis, através da analogia, a todas as organizações internacionais.³⁸³

Críticas são feitas ao posicionamento da CIJ no caso *Conde Bernadotte*. Além da já mencionada observação realizada por KLABBERS³⁸⁴, que aponta para a falta de maiores

³⁸⁰ Ibidem, pp.181-184. É de se destacar que a opinião dos juízes no que diz respeito à proteção funcional proporcionada pela ONU não foi unânime. Em voto dissidente, os juízes HACKWORTH, PACHA e KRYLOV afirmaram ficar a proteção diplomática a cargo exclusivo do Estado de nacionalidade do funcionário lesado. Ibidem, pp.196 ss.

³⁸¹ “On this point, the Court's opinion is that fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone, together with capacity to bring international claims.” Ibidem, p.185.

³⁸² Ibidem, pp.185 e 186.

³⁸³ “Jurists have assumed that at least it applies to all organisations possessing the characteristics referred to by the Court as evidencing the possession of legal personality by the United Nations. It is necessary to look at these more closely. The Court relied primarily on four points, namely (a) the United Nations is equipped with organs, (b) Members States have rights and duties in relation to other Organisations itself, (c) the United Nations is given legal capacity in the territory of each Member, (d) the Organisation is, as such, empowered to conclude agreements with Members, e.g., the Convention on the Privileges and Immunities of the U.N. (1946)... The conclusion to which the Court's reasoning seems to lead is that international personality is to be attributed to an organisation, when it has been created as an autonomous entity detached in some measure from the individual member States which compose it.” WALDOCK, Humphrey. *General course on public international law*. RCADI, Volume 106 (1962-II), pp. 1-251. pp. 139-140.

³⁸⁴ KLABBERS, Jan. *Op.cit.*, p.18.

esclarecimentos sobre a relação existente entre a pergunta proposta e a personalidade jurídica internacional da organização, WHITE³⁸⁵ considera as declarações da CIJ, no que diz respeito à relação entre organizações internacionais e Estados, muito tradicionalistas, tendo em vista o desenvolvimento alcançado, já em meados do século XX, pela União Europeia e pelas próprias Nações Unidas. A ONU demonstrou, ao longo de todo esse período, possuir um poder que vai além do visualizado pela CIJ e do previsto na própria Carta, tendo sido o fim da Guerra Fria um importante passo no desenvolvimento e expansão de tais poderes, ao permitir um exercício funcionalista muito mais amplo do que o destacado no parecer de 1949. O autor ressalta, no entanto, que a CIJ foi feliz ao não ser contrária ao reconhecimento de direitos não expressamente previstos pela Carta, o que torna possível o reconhecimento de direitos que, a princípio, somente eram reconhecidos ao Estado.

AMERASINGHE também se mostra bastante crítico quanto aos fundamentos trazidos pela CIJ no reconhecimento da personalidade jurídica da ONU. Para o autor, em nenhum momento o tribunal internacional aborda quais seriam, objetivamente, os critérios para a configuração da personalidade jurídica internacional. Ao analisar a Carta da ONU, a Corte não demonstra quais seriam os requisitos para a existência dessa personalidade jurídica internacional, apenas reforça a ideia de que o conteúdo do documento, por si só, seria o suficiente para afirmar a personalidade jurídica internacional da instituição.³⁸⁶ Outro ponto questionado se refere à afirmação, feita pelo tribunal, de que o número de Estados que fazem parte da organização seria o suficiente para tornar sua personalidade jurídica internacional oponível aos Estados não membros. O autor lembra que o número de participantes não é e nunca será critério para a atribuição da personalidade.³⁸⁷ Também é criticada a ausência de uma explicação sobre as consequências jurídicas trazidas pelo reconhecimento da personalidade jurídica internacional da ONU. Por fim, o autor ataca a lógica utilizada pelo tribunal na tentativa de explicar a origem da personalidade jurídica através das capacidades e funções da organização. Segundo AMERASINGHE, a Corte, a princípio, atrela a noção de capacidade de acesso à justiça internacional à ideia de personalidade jurídica internacional, tornando aquela inerente a esta. Em um segundo

³⁸⁵ WHITE, N.D., *Op.cit.*, p.34.

³⁸⁶ “While there may be certain objective criteria, the fulfillment of which a given case may force the conclusion that the organizations has international personality, the Court did not articulated these clearly...By referring to several features of the Charter and other phenomena, the Court must be taken not to have been adding to the criteria required for the establishment of international personality but to have been satisfying itself that the criteria set out above had been fulfilled in the case of the UN.” AMERASINGHE, C.F., *Op.cit.*, pp.246 e 247.

³⁸⁷ Idem, p.248.

momento, no entanto, o tribunal relaciona a personalidade jurídica internacional aos propósitos e funções da organização, afirmando ser ela necessária aos objetivos da instituição. Não restaria claro, desta forma, qual o pilar central do reconhecimento da personalidade jurídica internacional às organizações internacionais.³⁸⁸

Apesar das críticas ao Caso *Conde Bernadotte*, a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais, outrora colocada em xeque pelos que afirmavam estar sua existência condicionada à disposição em tratado, hoje, dificilmente pode ser contestada. A visão de que tal personalidade deriva da vontade dos Estados em criar uma entidade deles independente e a visão de que tal personalidade tem sua origem nas funções exercidas pela organização são, ao contrário do que possa parecer, posicionamentos totalmente conciliáveis. Conforme explica ABASS, basta levar em consideração o fato de que os Estados criam uma organização internacional com o objetivo de que esta leve adiante suas intenções e que, para tanto, ela deve ser dotada de poderes e funções somente realizáveis caso possua personalidade jurídica.³⁸⁹

3.2.3 Os direitos e deveres das organizações internacionais

Ao ter sua personalidade reconhecida no plano jurídico internacional, as organizações internacionais, assim como os demais sujeitos deste direito, veem-se investidas de capacidades³⁹⁰ que lhes permitem exercer e reclamar seus direitos no plano internacional, da mesma forma com a qual passam, em decorrência de seus compromissos internacionais, a ter sua responsabilidade posta à prova.

³⁸⁸ Ibidem, p.252.

³⁸⁹ ABASS, Ademolas. *Op.cit.*, p.201.

³⁹⁰ CARREAU identifica como as competências mínimas das organizações internacionais, em decorrência da sua personalidade jurídica internacional: o poder de concluir tratados com Estados, com outras organizações internacionais, ou, ainda, com pessoas privadas; a capacidade de apresentar reclamação internacional; a capacidade de proteção funcional de seus agentes; a capacidade de se apresentar perante um tribunal internacional; a possibilidade de por em causa a responsabilidade internacional de outras organizações internacionais ou de Estados quando seus direitos forem violados e a possibilidade de as organizações internacionais terem sua responsabilidade internacional invocada por violação do direito internacional. CARREAU, Dominique. *Op.Cit.*, p.373.

3.2.3.1. A delegação de poderes por parte dos Estados às organizações internacionais

Os Estados, durante o processo de criação de uma organização internacional, conferem a esta, através de sua soberania, poderes de gestão.³⁹¹ Na maior parte dos casos, esta transferência de poderes se dá através da conclusão de tratados. A conferência de poderes varia de acordo com o grau de poderes concedidos pelo Estado e pode ser medida, como ensina SAROOSHI, com base na análise de três características: revogabilidade da concessão de poder; grau de retenção, por parte do Estado, do exercício do poder concedido à organização; e, por fim, a exclusividade ou não do exercício desses poderes por parte da organização.³⁹²

O maior grau de concessão de poder por parte do Estado a uma organização internacional pode ser verificado através da transferência de poderes. Nela, há, na maioria dos casos, a irrevocabilidade da concessão dos poderes. Além disso, os poderes transferidos passam a ser de competência exclusiva da organização. Essa transferência pode ser parcial³⁹³ ou total³⁹⁴.

A delegação de poderes, por sua vez é revogável e, nela, o Estado mantém para si o direito de exercer o poder concorrente e independentemente da organização internacional.³⁹⁵ O instrumento constitutivo das organizações geralmente traz a previsão expressa da possibilidade de os Estados membros se retirarem do tratado e, desta forma, revogarem a delegação de poderes anteriormente concedida.³⁹⁶

³⁹¹ “The state that transfers powers to an international organization does not confer its power *in toto* on the organization. It retains the power as part of its sovereignty, but has agreed to limit its rights to exercise these powers in favor of an exclusive right of the organization to exercise the conferred powers”. SAROOSHI, Dan. *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press: New York, 2005. p.69.

³⁹² Idem. pp 19 ss.

³⁹³ É este o caso, por exemplo, do sistema de disputas da Organização Mundial do Comércio, no qual os Estados aceitam sua vinculação às decisões emanadas pelos painéis de discussão e pelo órgão de apelação da OMC.

³⁹⁴ Exemplo de transferência total de poderes pode ser visualizado na União Européia, nos casos em que as decisões do Conselho de Regulamentações têm efeito direto no sistema jurídico dos Estados membros, prevalecendo sobre todas as fontes do direito interno.

³⁹⁵ SAROOSHI, Dan. *Op.cit.*, p.55.

³⁹⁶ Na Organização Internacional do Trabalho, por exemplo, é possível encontrar a previsão no artigo 1.5 de seu tratado constitutivo, em que se lê: “5. Nenhum Estado-Membro da Organização Internacional do Trabalho poderá dela retirar-se sem aviso prévio ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A retirada tornar-se-á efetiva dois anos depois que este aviso prévio houver sido recebido pelo Diretor-Geral, sob condição de que o Estado-Membro haja, nesta data, preenchido todas as obrigações financeiras que decorrem da qualidade de Membro. Esta retirada não afetará, para o Estado-Membro que houver ratificado uma convenção, a validade das obrigações desta decorrentes, ou a ela relativas, durante o pedido previsto pela mesma convenção”.

Quando da delegação de poderes por parte do Estado, este pode tornar-se corresponsável pelos atos emanados da organização internacional. O Estado será responsabilizado quando participar ou implementar domesticamente atos erroneamente cometidos pela organização³⁹⁷, e quando auxiliar a organização na realização do ato.³⁹⁸ Pode ainda recair sobre o Estado a responsabilidade secundária quando este persuadir ou apoiar alguma decisão ilícita da organização. Isso porque cabe aos Estados prevenir, no seio da organização, a tomada de decisão que acarrete em ilícito internacional.³⁹⁹

A concessão de poderes às organizações internacionais pode ainda ser realizada por meio de *agency relationship* entre Estados e organizações internacionais. Esta relação pode se dar tanto entre organização internacional e Estado membro quanto entre organização internacional e Estado não membro. Através dela, a organização atua em nome do Estado, sempre tendo em vista os interesses deste, podendo alterar as relações jurídicas do Estado em questão. Estado e organização internacional passam a responder conjuntamente pelos atos ilícitos cometidos pela segunda.⁴⁰⁰

3.2.3.2 As imunidades e os privilégios das organizações internacionais

A personalidade jurídica internacional das organizações internacionais assegura a estas privilégios e imunidades que lhes permitam executar, sem obstáculos, as funções para as quais foram criadas. Prevê o artigo 105 da Carta das Nações Unidas: “1. A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos...”.

Em 1946, foi adotada a Convenção Geral sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, seguida pela Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas, de 1947. Esses documentos serviram de base inspiradora para a elaboração da regulamentação do tema por parte de outras organizações internacionais.

³⁹⁷ O *draft* da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade internacional do estado em decorrência de ilícito internacional prevê, em seu artigo 1o: “Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”. CDI. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf

³⁹⁸ O artigo 16 do *draft* da CDI sobre a responsabilidade do Estado prevê que: “A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.”

³⁹⁹ SAROOSHI, Dan. *Op.cit.*, p.64

⁴⁰⁰ Idem, p.53.

A organização, uma vez institucionalizada, possui a competência para se proteger e para se auto comandar. Desta forma, para se auto-organizar, a organização possui, por exemplo, a capacidade de elaborar um estatuto que regule as relações da instituição com seus funcionários. A CIJ, em parecer consultivo de 1989, afirmou a necessidade dos privilégios e imunidades concedidos aos funcionários e experts, tanto no Estado no qual estes exercem sua função quanto no Estado do qual são nacionais, para que os interesses do organismo internacional sejam respeitados.⁴⁰¹ CANÇADO TRINDADE aponta para o fato de a observância desses privilégios e imunidades ir ao encontro do dever de proteção que possuem as organizações internacionais com relação a seus funcionários.⁴⁰²

Para complementar a autonomia institucional da organização, esta também passa a ter, em alguns casos, a prerrogativa de ter seus contratos regidos pelo próprio direito institucional. Isso se dá, por exemplo, em algumas situações de contrato pessoal entre a instituição e não funcionários, solucionadas com base em estatuto particular específico. Ou ainda, em contratos celebrados com determinados terceiros, como um expert no assunto ou um consultor nos quais a intimidade entre a organização e o contratado deve ser resguardada.⁴⁰³

Por fim, a autonomia institucional investe a organização de poder de polícia, limitada ao domínio da instituição, com vistas a se manter a ordem nos locais submetidos ao poder da organização. Deste modo, a entidade terá a prerrogativa de, por exemplo, tomar medidas de higiene e de segurança, de regulamentar o horário de acesso ao interior de seus prédios.⁴⁰⁴

Para cumprir suas funções, a organização internacional também necessita de autonomia jurisdicional, para que não fique à mercê da aplicação do direito interno do Estado membro. Isto porque, o funcionamento dessas instituições possui tamanha peculiaridade, que dificilmente o juiz nacional estaria apto a apreciar os casos

⁴⁰¹ “The privileges and immunities of Articles V and VI are conferred with a view to ensuring the independence of international officials and experts in the interests of the Organization. This independence must be respected by all States including the State of nationality and the State of residence”. CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, de 15 de dezembro de 1989, p. 195.

⁴⁰² Este dever de proteção, completa o autor, “é cobrado, em última análise, pela própria comunidade internacional, a que servem as respectivas organizações e seus servidores”. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.668.

⁴⁰³ DUFFAR, Jean. *Contribution à l'Étude des Privilèges et Immunités des Organisations Internationales*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence: Paris. pp.32ss.

⁴⁰⁴ Idem, pp. 47 e 48.

conflituosos.⁴⁰⁵ Esta incompetência do juiz nacional para avaliar os casos culminou com a criação de jurisdições autônomas, independentes das nacionais, para o julgamento de casos que envolvam a organização internacional e seus funcionários: os tribunais administrativos. Além destes, tribunais arbitrais também podem ser utilizados para dirimir tais conflitos.⁴⁰⁶

A imunidade de jurisdição das organizações internacionais não será absoluta nos casos em que for contrária aos interesses da instituição.⁴⁰⁷ A organização poderá, inclusive, renunciar às imunidades de jurisdição, o que, normalmente, ocorre com o objetivo de se ganhar uma maior confiança por parte dos Estados.⁴⁰⁸ Importante lembrar que a Convenção da ONU sobre a matéria entende que a renúncia, por parte das organizações internacionais, não se estende à execução.⁴⁰⁹

Vale mencionar, ainda, o direito à intimidade da organização internacional.⁴¹⁰ Ele garantirá os direitos à inviolabilidade dos locais⁴¹¹, dos arquivos⁴¹² e a liberdade de publicações e de comunicações⁴¹³. No tocante aos direitos patrimoniais, ficam assegurados às organizações a imunidade fiscal, a liberdade de circulação de artigos e de capitais e a proteção dos bens da entidade.⁴¹⁴

3.2.3.3 A responsabilidade internacional das organizações internacionais

Conforme ensina KLEIN, os elementos constitutivos da responsabilidade, de um modo geral, variam de acordo com o objetivo desta em determinado sistema jurídico. Assim, por exemplo, a existência do elemento “dano” será predominante nos casos em que a responsabilidade for tida como um meio de garantir a reparação dos prejuízos causados.

⁴⁰⁵ DUFFAR, Jean. *Op.cit.*, p.61.

⁴⁰⁶ Idem, p.81.

⁴⁰⁷ Pode-se citar como exemplo o caso de organizações financeiras – como o BIRD ou os bancos regionais de desenvolvimento – que, para não afugentar potenciais financiamentos, sujeitam-se ao direito local, não se beneficiando do privilégio da imunidade de jurisdição. CARREAU, Dominique. *Op.Cit.*, p.378.

⁴⁰⁸ Idem, p.379.

⁴⁰⁹ Art.II, Seção2 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 1946.

⁴¹⁰ “Le droit à l’autonomie, qui est le droit de se conduire selon sa propre norme, n’existe que par le respect du projet intérieur et de son secret. C’est dans le secret qui réside le principe de toute pensée et de toute action et la protection de l’être passe pour la sauvegarde de son intimité. Il faut préserver l’ineffable des institutions et comment y atteindre sinon par la garantie de ce que les anglo-saxons appellent la “privacy”?”. DUFFAR, Jean. *Op.cit.*, p.97

⁴¹¹ Art. II, Seção 3 da Convenção.

⁴¹² Art. II, Seção 4 da Convenção.

⁴¹³ Art. II, Seção 7 da Convenção.

⁴¹⁴ A intangibilidade dos bens e a imunidade fiscal das organizações internacionais decorrem do fato de o patrimônio da entidade se configurar como o suporte material para que ela possa perseguir seus objetivos. DUFFAR, Jean. *Op.cit.*, pp.235 e 236.

Caso o objetivo da responsabilidade seja manter a ordem social ou moral, tem-se como elemento principal a culpa. No entanto, caso a responsabilidade tenha como meta a garantia da defesa do princípio da legalidade em determinada ordem jurídica, pode-se afirmar que o elemento central da responsabilidade se traduz na noção de ilegalidade ou ilicitude do comportamento dos sujeitos desta mesma ordem.⁴¹⁵ Pode-se afirmar, com base no Art. 3.1 do Projeto da CDI sobre a responsabilidade das organizações internacionais, de 2011, que este é o critério determinante sobre a responsabilidade dos sujeitos frente o direito internacional: a existência de um fato ilícito. Lê-se no referido artigo: “Todo ato ilícito internacional de uma organização internacional enseja na responsabilidade internacional desta organização”⁴¹⁶. As organizações internacionais, ainda segundo a CDI, cometem um ato ilícito quando sua ação ou omissão viola alguma obrigação internacional assumida pela própria entidade.⁴¹⁷ Essa obrigação pode emanar tanto das regras gerais do direito das gentes, quanto do ato constitutivo da organização ou dos acordos internacionais do qual a entidade faça parte.⁴¹⁸ Interessante notar que as organizações podem se vincular a documentos internacionais por meio de atos unilaterais, o que também culminará na sua responsabilização quando da violação de algum de seus dispositivos.⁴¹⁹

As organizações internacionais não podem invocar a especificidade de suas normas internas para se escusar do cumprimento de suas obrigações internacionais.⁴²⁰ No tocante aos atos ilícitos cometidos por órgãos ou por agentes das organizações no exercício de suas funções, a CDI deixa claro que a instituição será responsabilizada, tendo em vista que, para

⁴¹⁵ KLEIN, Pierre. *La Responsabilité des Organisations Internationales dans les Ordres Juridiques Interne et en Droit des Gens*. Bruxelles: Editions Bruylant, 1998.p.311.

⁴¹⁶ Tradução livre. No original: “Every internationally wrongful act of an international organization entails the international responsibility of that organization.” Comissão de Direito Internacional. *Draft articles on the responsibility of international organizations*. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_11_2011.pdf

⁴¹⁷ Art. 4º: “There is an internationally wrongful act of an international organization when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to that organization under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of that organization.” Idem.

⁴¹⁸ “International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties”. CIJ. Parecer consultivo relativo ao caso *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between The WHO And Egypt*, de 20 de dezembro de 1980. Pp.89 e 90.

⁴¹⁹ KLEIN, Pierre. *Op.cit.*, pp.365-369. Foi assim, por exemplo, que a ONU vinculou-se às Convenções de Genebra de 1949, passando a estar obrigada pelo disposto em tais tratados, podendo ser responsabilizada quando da sua violação. Resolução da Assembleia Geral da ONU, A/RES/2444(XXIII), *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, de 19 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://daccess-dds-nu.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/244/04/IMG/NR024404.pdf?OpenElement>

⁴²⁰ O Art.27§2 da Convenção de Viena, de 1986, prevê que “uma organização internacional parte num tratado não pode invocar as regras da organização como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

o direito internacional, a conduta será considerada como ato da própria organização.⁴²¹ A instituição também poderá ser responsabilizada quando auxiliar no cometimento de ato ilícito por parte de Estado membro ou de outra organização internacional⁴²².

Como consequência da responsabilidade internacional das organizações internacionais, tem-se a busca pelo fim da situação ilícita – obrigação de cessação –, pela não repetição da ilicitude e pela garantia da reparação do prejuízo.⁴²³

A partir do estudo aqui realizado, pode-se afirmar que, apesar da resistência inicial de parte da doutrina em reconhecer a existência da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais, hoje não mais se coloca em xeque sua inserção no rol dos sujeitos de direito internacional. Com o objetivo de facilitar o exercício de suas funções, tão caras aos Estados, estas organizações possuem, conforme verificado, direitos e prerrogativas na seara internacional. Suas ações, no entanto, não ficam imunes à responsabilização no plano internacional, como pode ser depreendido do relatório da CDI sobre a responsabilidade internacional das organizações internacionais.

3.3 O INDIVÍDUO

O cenário jurídico internacional, que, por muito tempo, teve como único sujeito o Estado, viu florescer, no decorrer do século XX, a ampliação do rol destes sujeitos. O reconhecimento da titularidade subjetiva do indivíduo na esfera internacional deve-se, em grande parte, aos avanços realizados no tocante à proteção internacional dos Direitos Humanos, processo que teve seu início no pós-guerra. No entanto, conforme anteriormente mencionado, já na década de 20 alguns autores apontavam para a possibilidade de o indivíduo figurar como o único sujeito no direito internacional. Serão analisados, a seguir, o processo através do qual se atribuíram direitos e deveres aos indivíduos na esfera internacional, bem como o modo com o qual estes podem reclamar seus direitos em órgãos internacionais.

⁴²¹ Artigo 6.1 do *Draft articles on the responsibility of international organizations* elaborado pela Comissão de Direito Internacional. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_11_2011.pdf.

⁴²² Artigo 14 do *Draft* da CDI.

⁴²³ Artigos 30 e 31 do *Draft* da CDI.

3.3.1 A atribuição de direitos aos indivíduos pelo direito internacional

O século XX testemunhou um processo de internacionalização dos direitos humanos. A princípio, tais direitos eram protegidos através de normas esparsas que buscavam, por exemplo, o combate à escravidão, a tutela do estrangeiro através da proteção diplomática, além da proteção de feridos e enfermos nos conflitos armados, das minorias e dos direitos sociais, estes últimos sob os auspícios da OIT.⁴²⁴

Com os terríveis atos perpetrados pelos Estados durante a 2ª Guerra Mundial, no entanto, o que se tinha em matéria de proteção de direitos humanos no âmbito internacional mostrou-se insuficiente, fazendo-se necessária a constituição de um sistema estruturado e coerente desses direitos. Iniciou-se, assim, o processo de internacionalização dos direitos humanos em sentido estrito, que teve como marcos principais a Carta das Nações Unidas, de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.⁴²⁵ Neste momento, vislumbra-se no cenário internacional um esforço conjunto de reconstrução dos direitos humanos “como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”⁴²⁶, passando-se, desta forma, de um direito internacional centrado no Estado para um direito internacional voltado ao ser humano.

Outros importantes documentos nesta reconstrução podem ser citados, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), o Pacto de Direitos Econômicos e Culturais (1966), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção contra a Tortura ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção

⁴²⁴ Trata-se, aqui, da internacionalização dos direitos humanos em sentido amplo. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.52.

⁴²⁵ Esclarece LAUTERPACHT: “In some fundamental respect, however, the Charter of the United Nations introduced an innovation of the most profound significance: it solemnly recognized “fundamental human rights” and “the dignity and worth of the human person” and made repeated provision for the promotion by the United Nations of “universal respect for, and observance of, human rights and freedoms”. In thus bringing within the province of the United Nations the crucial aspect of the relation of man and State, the Charter opened up the possibility of a new era in human government.” Completa o autor: “To some extent – though only to a small extent – the effectiveness of the remedy will depend on the realization that as the result of the Charter – as well as of other changes in international law – the individual has acquired a status and a stature which have transformed him from an object of international compassion to a subject of international rights”. LAUTERPACHT, H.. *The international protection of human rights*. RCADI, Volume 70 (1947-I), pp. 1-108. pp. 5 e 11.

⁴²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.9.

sobre os Direitos da Criança (1989). Verificou-se, desta forma, uma positivação internacionalista, composta por normas e tribunais aceitos pelos Estados, o que afetou, de forma direta, a vida das sociedades locais.⁴²⁷

Sobre a atribuição de direitos aos indivíduos pelo direito internacional, afirmou a Corte Permanente de Justiça Internacional em opinião consultiva relativa ao Caso da Jurisdição das Cortes em Danzig: “não pode ser negado que o objeto de um acordo internacional, de acordo com a intenção das partes contratantes, pode ser a adoção, pelas Partes, de regras que criem direitos e obrigações aos indivíduos...”⁴²⁸

A Carta das Nações Unidas, de 1945, consolidou o reconhecimento da necessidade, por parte dos Estados, da promoção dos direitos humanos.⁴²⁹ Foi com a Declaração de Viena de 1993, no entanto, que qualquer dúvida relativa à universalidade desses direitos foi sanada. Na Parte 1 par.1º do documento, lê-se: “É inquestionável o caráter universal desses direitos e liberdades.”

Segundo DONNELLY, a internacionalização dos Direitos Humanos traz duas consequências. Primeiramente, há uma relativização da soberania dos Estados, visto que para a proteção dos direitos humanos, intervenções podem ser necessárias. A segunda consequência baseia-se no fato de o indivíduo passar a ter seus direitos protegidos na esfera internacional na condição de sujeito de direito.⁴³⁰

No tocante às mudanças trazidas no plano interno dos Estados e na relação destes com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode-se afirmar que a proteção dos direitos humanos não mais fica confinada ao domínio reservado dos Estados, tendo em vista a possibilidade da falha na proteção local desses direitos.⁴³¹

⁴²⁷ RAMOS, Andre de Carvalho. *Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.58.

⁴²⁸ Tradução livre.No original: “It cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations...” *CPJI*. Parecer consultivo relativo ao caso *Jurisdiction of the Courts of Danzig*. 1928, Serie B, N.15. para.17.

⁴²⁹ Vale destacar a crítica feita por RAMOS: “As menções esparsas a direitos humanos na Carta de São Francisco revelam (i) a ausência de consenso sobre o rol desses direitos e (ii) a timidez redacional, pois são utilizadas expressões como “favorecer”, “promover” o respeito dos direitos humanos, evitando-se, então, a utilização de expressões mais incisivas”. RAMOS, André de Carvalho *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.55.

⁴³⁰ DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2 ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p.37.

⁴³¹ Sobre a soberania e o domínio reservado do Estado nas questões relativas à proteção internacional dos direitos humanos, explica RAMOS: “Esse legado nazista da exclusão exigiu a *reconstrução* dos direitos humanos após a 2ª Guerra Mundial, sob uma ótica diferenciada: a da proteção *universal*, garantida, subsidiariamente e na falha do Estado, pelo próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ficou evidente para os Estados que organizaram uma nova sociedade internacional ao redor da ONU – Organização das Nações Unidas – que a proteção dos direitos humanos *não* pode ser tida como parte do *domínio reservado* de um Estado, pois as falhas na proteção local tinham possibilitado o terror nazista. A soberania do

As normas internacionais de proteção dos direitos humanos possuem caráter *erga omnes*, ou seja, são oponíveis a todos. Segundo RAMOS, esta característica apresenta duas faces: primeiramente, tem-se o interesse de todos os Estados da comunidade internacional em ver estes direitos respeitados; além disso, a proteção dos direitos humanos é devida a todos os indivíduos sob a jurisdição de determinado Estado, independentemente de sua nacionalidade, etnia, orientação política, entre outros, uma vez que tal proteção fica sujeita à condição de ser humano.⁴³²

Importante mencionar o impacto da proteção dos direitos humanos no cenário jurídico internacional no que diz respeito à configuração de normas de *jus cogens*. Estas, por possuírem valores essenciais à comunidade internacional, são imperativas e superiores a quaisquer outras, somente podendo ser derogadas por normas de mesma natureza.⁴³³

A atribuição de direitos ao ser humano na ordem internacional foi o primeiro passo rumo ao reconhecimento da titularidade subjetiva do indivíduo no direito das gentes.⁴³⁴ A seguir, será abordada a atribuição de obrigações e a consequente possibilidade de responsabilização do indivíduo por parte do direito internacional.

3.3.2 A atribuição de obrigações e a responsabilidade penal do indivíduo no cenário internacional

GUGGENHEIM, em 1952, já mencionava a prática dos tribunais internacionais como indicativo da subjetividade do indivíduo no direito internacional.⁴³⁵

Estado foi, lentamente, sendo reconfigurada, aceitando-se que a proteção dos direitos humanos era um *tema internacional* e não meramente um tema de jurisdição *local*.” RAMOS, André de Carvalho *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.59.

⁴³² Idem, p.207.

⁴³³ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, dispõe, em seu artigo 53 que: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

⁴³⁴ Vale notar que, para alguns autores a mera existência de direitos na esfera internacional não garante ao indivíduo a qualidade de sujeito de direito internacional. Para CRAWFORD, por exemplo: “The position of individuals or corporations as bearers of rights under international law is a distinct one. They may have standing under treaties, and they may certainly have rights especially under international human rights instruments. That does not make them in any meaningful sense “international legal persons”. As holders of rights, and even obligations they do not cease to be subject to the State of their nationality, residence or incorporation, as the case may be”. CRAWFORD, James. *Op.cit*, p.30.

⁴³⁵ O autor embasa sua afirmação na seguinte declaração do Tribunal de Nuremberg: “...Reconhece-se que o direito internacional impõe obrigações tanto aos indivíduos quanto aos Estados. As violações do direito internacional são cometidas por homens, não por entidades abstratas, e é através da punição dos indivíduos que as cometeram que é possível assegurar a aplicação das regras do direito internacional.” GUGGENHEIM, Paul. p.116

EUSTATHIADES, por sua vez, justifica a titularidade subjetiva do indivíduo através da responsabilidade e afirma que a base do princípio da responsabilidade individual na ordem jurídica internacional é a garantia complementar do respeito às regras internacionais, uma vez que a garantia oferecida pela responsabilidade estatal se mostra, na maioria dos casos, ilusória, insuficiente e, até mesmo, impossível.⁴³⁶

Diferentemente dos Estados e das organizações internacionais, que são responsabilizados civilmente quando da violação de normas do direito internacional, os indivíduos poderão ser responsabilizados penalmente por órgãos internacionais.

Nessa seara, novamente a 2ª Guerra Mundial desempenhou papel de grande importância. Com o fim do conflito, foi criado, através do Acordo de Londres, de 1945, o Tribunal Internacional Militar. Localizado em Nuremberg, esse tribunal foi responsável pelo julgamento dos chefes da Alemanha nazista acusados por conspiração e atos deliberados de agressão, crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade cometidos durante o conflito. Cabe ressaltar que a principal crítica feita a este tribunal diz respeito a ele se configurar como um tribunal de exceção.⁴³⁷

Seguindo os mesmos ideais que guiaram à instituição do tribunal em Nuremberg, em 1946 foi criado, por ato unilateral dos Estados Unidos o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente – ou Tribunal de Tóquio – responsável pelo julgamento de líderes japoneses acusados de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade também durante a 2ª guerra. Também este tribunal sofre as mesmas críticas direcionadas a seu antecessor.

Mais recentemente, outros tribunais *ad hoc* foram criados para julgar os responsáveis por violação do direito internacional. Em 1993, o Conselho de Segurança da ONU, através de resolução⁴³⁸, instituiu o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, com vistas ao julgamento de acusados de crimes de guerra durante os conflitos nos Bálcãs na década de 90. Em 1994, o mesmo Conselho criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cujo Estatuto trouxe, pela primeira vez, o conceito de genocídio.⁴³⁹

⁴³⁶ EUSTATHIADES, Constantin Th., *Op.Cit.*, p.462.

⁴³⁷ Neste sentido, esclarece RAMOS: “O fundamento da jurisdição do TPI, apesar das controvérsias, é fundado no direito internacional consuetudinário de punição àqueles que cometeram crimes contra os valores da comunidade internacional. Discute-se, obviamente, a falta de tipificação clara de determinadas condutas e ainda a natureza *ex post facto* do tribunal”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.273.

⁴³⁸ Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/827, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*, de 25 de maio de 1993. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>

⁴³⁹ Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/955, *Establishment of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and adoption of the Statute of the Tribunal*, de 08 de novembro de 1994.

Em 1998, grande passo foi dado no plano penal internacional. Com vistas ao fim da impunidade dos perpetradores de crimes internacionais graves e à contribuição para prevenção de novos crimes, foi criado, através do Estatuto de Roma⁴⁴⁰, o Tribunal Penal Internacional (TPI). Diferentemente dos tribunais *ad hoc* anteriormente citados, o TPI é um tribunal permanente. Localizado em Haia, na Holanda, o tribunal é competente para julgar os acusados dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

O Estatuto de Roma traz, em seus dispositivos, a definição de todos esses crimes, a exceção do crime de agressão.⁴⁴¹ Desta forma, qualquer indivíduo que cometer algum dos crimes listados poderá ser julgado pelo tribunal, inexistindo qualquer tipo de imunidade relativa ao cargo por ele exercido.⁴⁴²

O Tribunal Penal Internacional tem jurisdição apenas sobre os fatos ocorridos após a sua entrada em vigor (2002), respeitando-se, assim, o princípio da irretroatividade.⁴⁴³ O tribunal possui caráter complementar, somente sendo capaz de atuar nos casos em que o Estado responsável pelo julgamento do indivíduo “não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo”.⁴⁴⁴ Os Estados partes se comprometem a cooperar com o Tribunal na “investigação e persecução de crimes sob sua jurisdição”.⁴⁴⁵ Assim, por exemplo, o tribunal poderá solicitar a entrega do indivíduo ao Estado no qual ele se encontre. Nesses casos, o Estado deverá efetuar a entrega, independentemente de ser o indivíduo seu nacional ou não.⁴⁴⁶

Disponível

em:

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement)

⁴⁴⁰ O Estatuto de Roma entrou em vigor no ano de 2002, com o depósito do 60º instrumento de ratificação. Atualmente, o Estatuto conta com a ratificação de 114 Estados.

⁴⁴¹ Até o momento, os crimes de agressão ainda não foram tipificados, não podendo o indivíduo ser condenado por seu cometimento. Os demais crimes encontram-se tipificados no Tratado de Roma em seus artigos 6º (crimes de genocídio), 7º (crimes contra a humanidade) e 8º (crimes de guerra).

⁴⁴² Exemplo disso foi o mandado de detenção e entrega do presidente do Sudão, Omar al Bashir, feito pelo tribunal e “endossado” pelo Conselho de Segurança. Através de Resolução com caráter vinculante, o órgão instou todos os membros da comunidade internacional a cooperar com as investigações do Tribunal Penal Internacional no caso referente ao presidente do Sudão. Desta forma, mesmo os Estados que não fazem parte do Tratado de Roma, tem o dever de cooperar tendo em vista a força normativa vinculante das Resoluções do Conselho de Segurança.

⁴⁴³ Artigos 11 e 24 do Estatuto de Roma.

⁴⁴⁴ As condições de admissibilidade de um caso por parte tribunal estão regulamentadas no artigo 17 (1º) do Estatuto de Roma.

⁴⁴⁵ “Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”. Artigo 86 do Estatuto de Roma.

⁴⁴⁶ Cabe lembrar, novamente, que entrega e extradição não se confundem. Enquanto a primeira se refere à entrega do indivíduo, por parte do Estado, a um tribunal internacional, a segunda diz respeito à entrega para julgamento e/ou cumprimento de pena em Estado estrangeiro. A extradição pode ser negada nos casos previstos pela legislação interna de cada Estado.

A responsabilização penal do indivíduo na seara internacional encontra seu fundamento jurídico, conforme ensina ABELLAN HONRUBIA, no interesse que têm os Estados e a comunidade internacional na salvaguarda tanto do Estado e quanto do ser humano, na manutenção da segurança e da paz internacionais, na regulamentação dos conflitos armados e na promoção do respeito dos direitos fundamentais do homem.⁴⁴⁷

A importância da responsabilização penal internacional dos indivíduos é esclarecida por CANÇADO TRINDADE nos seguintes termos:

A cristalização da responsabilidade penal internacional dos indivíduos (a par da responsabilidade do Estado), e o processo em curso da criminalização das violações graves de Direitos Humanos e do Direito Humanitário constituem elementos de crucial importância ao combate à impunidade e ao tratamento a ser dispensado a violações passadas, na proteção dos Direitos Humanos.⁴⁴⁸

Esta afirmação é reforçada por RAMOS, para quem o estabelecimento desses tribunais – e especificamente do Tribunal Penal Internacional – torna a persecução independente da vontade dos Estados.⁴⁴⁹ Essas afirmações mostram-se inteiramente verdadeiras se levarmos em conta que os tribunais penais internacionais (seja o Tribunal Penal Internacional instituído com o tratado de Roma, sejam os demais tribunais que punem indivíduos na seara internacional), ao julgar e responsabilizar individualmente os perpetradores dos crimes previstos em seus estatutos, combatem a impunidade daqueles que, no âmbito do direito interno, não foram julgados seja com base na prerrogativa da imunidade em função do cargo que exerciam, seja por conivência do poder judiciário, ou até mesmo, em decorrência da pressão que tais indivíduos pudessem exercer sobre as forças de seu Estado.

Através da análise sobre a responsabilização internacional penal do indivíduo, é possível verificar a existência de deveres a ele atribuídos pelo ordenamento jurídico internacional. A seguir, será analisada a capacidade do indivíduo de fazer valer seus direitos na esfera internacional.

⁴⁴⁷ ABELLAN HONRUBIA, Victoria. *La responsabilité internationale de l'individu*. RCADI, Volume 280 (1999), pp. 135-428. p.219.

⁴⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A consolidação da personalidade e da capacidade jurídica do indivíduo como sujeito de direito internacional* In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Justicia, libertad y derechos humanos: ensaios en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo I. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.p.40.

⁴⁴⁹ “Com o estabelecimento do TPI não há mais o regime jurídico manco dos crimes de *jus cogens*: eram crimes internacionais que dependiam da seletividade e desejo de persecução nacional. Não se depende mais exclusivamente dos Estados, pois, como veremos, o Procurador do TPI foi dotado do poder de iniciar processos, sob determinadas condições, *ex officio*.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.277.

3.3.3 A ação do indivíduo no plano internacional

O acesso à justiça, na visão de KOROWICZ, transforma o indivíduo em sujeito.⁴⁵⁰ Na inexistência de tal acesso, pode-se falar apenas em sujeito potencial do direito internacional. Na esfera internacional, é garantido ao indivíduo, em alguns casos, peticionar ou fazer reclamações a órgãos internacionais.⁴⁵¹ Esse direito deverá estar previsto expressamente no tratado internacional em voga.

Pioneiro no assunto, o tratado que deu vida à Corte de Justiça Centro-americana garantia aos indivíduos e aos Estados o direito de peticionar contra os demais países que fazem parte da Organização como uma forma de fiscalização do cumprimento das normas de direito internacional.⁴⁵² Vale lembrar, ainda, os Artigos 299 a 304 do Tratado de Versalhes, de 1919, que estabeleceram a criação de tribunais mistos responsáveis pelas reclamações entre nacionais dos aliados e dos nacionais dos poderes derrotados.⁴⁵³ Atualmente, alguns exemplos de acesso a órgãos internacionais pelos indivíduos podem ser citados. Todo cidadão europeu poderá, através de uma comunicação, exprimir seus anseios ou apresentar queixa ao Parlamento Europeu sobre qualquer assunto que esteja no domínio das atividades da União Européia. Também as categorias econômicas e de trabalhadores possuem o direito de petição direta perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT).⁴⁵⁴ Essa organização, inclusive, garante aos trabalhadores, através dos sindicatos, a participação na elaboração de normas internacionais do trabalho.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ “The subject of international law may be defined as persons to whom international law attributes rights and duties directly and not through the medium of their States. But if we do not endow the individual with even a partial, limited capacity for action before international judicial or political bodies, we may speak of him as a potential subject of international law, because the protection of his international rights, directly conferred upon him, still rests with the state”. KOROWICZ, Marek Stanislaw. *The Problem of International Personality of Individuals*. In JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Ashgate Publishing Company, 2010. pp. 197-226.p.199.

⁴⁵¹ SPERDUTI esclarece que o acesso às instâncias internacionais é decorrente do fato de serem os indivíduos titulares de interesses internacionais legítimos. SPERDUTI, Giuseppe. *L'individu et le droit international*. RCADI, Volume 90 (1956-II), pp.727-849.p. 824. Para RAMOS, o direito de petição individual “consagrou um sistema no qual a personalidade jurídica do indivíduo no campo internacional *não* mais gera polêmicas, focalizando a atenção para os limites desta ação individual e o alcance da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.317.

⁴⁵² Faziam parte da Corte Centro-Americana de Justiça Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e El Salvador. Cinco, dos dez casos analisados pela Corte, foram levados à jurisdição por indivíduos; desses, quatro foram rejeitados por falta de esgotamento dos recursos internos; no único caso levado adiante, a Corte deu ganho de causa ao Estado. KOROWICZ, Marek ST. *The Problem of the International Personality of Individuals*. In JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*, p.10.

⁴⁵³ Idem.

⁴⁵⁴ Dispõe o artigo 3.1 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho: “A Conferência geral dos representantes dos Estados-Membros realizará sessões sempre que for necessário, e, pelo menos, uma vez por

Na seara dos direitos humanos, no entanto, a participação dos indivíduos se faz de forma mais significativa. No sistema global de proteção desses direitos, é possível que um indivíduo ou grupo de indivíduos que seja vítima de violações de direitos humanos, ou até mesmo ONGs, enviem comunicações ao Conselho de Direitos Humanos da ONU para que este avalie a situação relatada e tome as providências necessárias. Já nos sistemas regionais, a participação do indivíduo é ainda maior. A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) permite aos indivíduos dos Estados membros peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos quando houver violação de algum dos direitos previstos no Pacto por parte do Estado.⁴⁵⁶ A Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (Convenção Européia de Direitos Humanos) vai além ao permitir ao indivíduo acesso direto à Corte Européia de Direitos Humanos, sem a necessidade de o pedido passar por uma Comissão (figura extinta no Sistema Europeu desde 1998).⁴⁵⁷ O Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1998, também prevê a possibilidade de acesso do indivíduo ao tribunal africano.⁴⁵⁸ Além do acesso do indivíduo a essas Cortes não poder ser “suspensão” pelos Estados, o grau de comprometimento destes com as sentenças emanadas por esses tribunais é elevada, o que demonstra certa efetividade na proteção internacional dos direitos humanos.

Apesar de possuir direito de petição a alguns órgãos internacionais, o indivíduo vê seus direitos esbarrarem em alguns obstáculos. CASSESE aponta alguns deles: primeiramente, pode haver a recusa do Estado em aceitar a possibilidade de petição por parte do indivíduo. Nesse caso, o Estado se utilizará de uma cláusula específica na

ano. Será composta de quatro representantes de cada um dos Membros, dos quais dois serão Delegados do Governo e os outros dois representarão, respectivamente, os empregados e empregadores.”

⁴⁵⁵ Vale lembrar, no entanto, que havia ainda uma limitação a categorias de indivíduos. Assim, por exemplo, no âmbito da OIT, a proteção proporcionada fica condicionada à condição de trabalhador do indivíduo. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp.315 e 316.

⁴⁵⁶ O Artigo 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.”

⁴⁵⁷ Prevê o artigo 34 da Convenção Européia de Direitos Humanos: “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação de qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo deste direito.”

⁴⁵⁸ Dispõe o artigo 5.3 do Protocolo: “A Corte poderá conferir a relevantes organizações não-governamentais com *status* de observadora perante a Comissão e a indivíduos a prerrogativa de submeter-lhe casos diretamente, de acordo com o estabelecido no artigo 34(6) do protocolo”.

ratificação do instrumento constitutivo do órgão internacional. O indivíduo fica, dessa forma, dependente da vontade do Estado; além disso, o direito garantido ao indivíduo é apenas o da petição, não podendo ele participar da continuidade do procedimento. O respeito à sentença e seu cumprimento também ficam a cargo do Estado.⁴⁵⁹

No mesmo sentido, para RAMOS, o reconhecimento da personalidade do indivíduo, ao se falar em direito de petição, é limitado e precário. Limitado porque os indivíduos, à exceção do que ocorre na Corte Europeia de Direitos Humanos e, para alguns Estados, na Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, têm acesso apenas a organismos que podem levar o litígio ao conhecimento dos tribunais, e não aos tribunais em si. Precário, uma vez que depende da adesão do Estado ao instrumento que possibilita o acesso do indivíduo ao organismo internacional. O autor ressalta, no entanto, que essas restrições tendem a ser superadas.⁴⁶⁰

HAFNER, por sua vez, afirma que, nessa seara, deve-se falar em personalidade jurídica internacional relativa do indivíduo, tendo-se em conta que, no sistema universal de proteção do ser humano, por exemplo, não há espaço procedimental para os indivíduos, o que acaba por transformá-los, nestas situações, em meros objetos do direito.⁴⁶¹

Vê-se, desta forma, que a questão da personalidade jurídica internacional do indivíduo encontra ainda críticas, tendo em vista a necessidade de um maior e mais eficaz acesso à justiça internacional por parte deste. No entanto, avanços têm sido realizados e os indivíduos conquistam cada vez mais espaço no cenário jurídico internacional. Para CANÇADO TRINDADE, “o reconhecimento do acesso direito dos indivíduos à justiça internacional, revela, neste início do século XXI, o novo primado da *razão de humanidade* sobre a razão de Estado”.⁴⁶²

⁴⁵⁹ CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2005. p.148 e 149.

⁴⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.318.

⁴⁶¹ HAFNER, Gerhard. HAFNER, Gerhard. *The Emancipation of the Individual from the State under International Law*. RCADI, Volume 358 (2011-IV), pp.263-454.p.441.

⁴⁶² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A consolidação da personalidade e da capacidade jurídica do indivíduo como sujeito de direito internacional* In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Justicia, libertad y derechos humanos: ensaios en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo I. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2003. p.71. HEYDTÉ enxerga no acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais um meio de intervenção de humanidade que reforça a realização da solução pacífica de controvérsias no cenário internacional: “Ces sont enfin les moyen d’une telle intervention d’humanité qui se sont multipliés. Aux moyen classique – c’est-à-dire à la protestation pure et simple, à la non-reconnaissance du Gouvernement ou de l’Etat contrevenant au droit des Gens et à la rupture des relations diplomatiques d’une part, et à la force et à la contrainte militaire, qui malgré tout subsistente, d’autre part – s’est ajoutée la possibilite beaucoup plus grande et même l’obligation de recourir au règlement pacifique des differends – à la conciliation, à l’arbitrage ou à la justice internationale – pour effectuer une telle intervention d’humanité, intervention devenue un élément moteur du droit des Gens moderne. Il faut donner, en effet, à la notion d’intervention d’humanité un nouveau contenu, et il faut

À parte as críticas referentes ao condicionamento do acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais à vontade dos Estados, fica claro que todas as entidades acima analisadas – Estados, organizações internacionais e indivíduos – preenchem os requisitos necessários à configuração de um sujeito de direito internacional, ou seja, possuem direitos e deveres na esfera internacional e capacidade para exercê-los. Obviamente, suas capacidades diferem entre si, o que não prejudica, de forma alguma, sua qualidade de sujeito, uma vez que a personalidade jurídica internacional se faz presente independentemente da existência de direitos, deveres ou capacidades específicos. A seguir, dando continuidade à investigação sobre os critérios utilizados pelo ordenamento jurídico internacional no processo de atribuição da titularidade subjetiva a seus sujeitos, serão abordadas as questões concernentes aos sujeitos atípicos do direito internacional.

considerer la juridiction internationale comme un des moyens les plus efficaces de cette intervention. Ce sont des tribunaux internationaux qui sont appelés à s'occuper de la protection des droit de l'Homme...". HEYDTE, F.A. von der. *L'individu et les tribunaux internationaux*. RCADI, Volume 107 (1962-III) , pp. 287-359. pp.305 e 306.

4 OS SUJEITOS ATÍPICOS DO DIREITO INTERNACIONAL

Existem, no cenário internacional, entidades que, apesar de consideradas sujeitos de direito internacional por grande parte da doutrina, trazem dificuldades quando da demonstração jurídica da existência dos elementos necessários para tanto. Com vistas a esclarecer a presença ou não de critérios jurídicos que fundamentem sua inserção no rol dos sujeitos do direito das gentes, estes entes terão sua personalidade jurídica internacional analisadas individualmente no presente capítulo. Esta investigação possibilitará um maior esclarecimento sobre a existência de requisitos que identifiquem todos os sujeitos do direito das gentes.

4.1 A SANTA SÉ

Fortemente presente no cenário internacional até os dias de hoje, a Santa Sé, representação da Igreja Católica desde os tempos de Pedro, é uma entidade religiosa que possui personalidade jurídica internacional, o que lhe garante direitos e prerrogativas exclusivos. Pouco se fala, no entanto, sobre as bases jurídicas sobre as quais sua titularidade subjetiva repousa. Serão abordados aqui os argumentos – jurídicos ou não – comumente utilizados pela doutrina na justificativa de sua personalidade.

4.1.1 Contexto histórico

O estudo da personalidade jurídica internacional da Santa Sé remonta ao início da expansão da fé cristã e da influência exercida pela Igreja Católica não apenas em assuntos espirituais, mas também em questões políticas das regiões do mundo habitadas por católicos.⁴⁶³ O papel da Igreja no cenário internacional se evidenciava na convocação de diversos Conselhos que tratavam de diversos assuntos universais, de natureza espiritual ou não, e das relações estabelecidas pela Igreja com pessoas e entidades que exerciam poder temporal. Este crescimento da influência da Igreja Católica foi também acompanhado por uma expansão territorial.⁴⁶⁴

⁴⁶³ “La papauté a joué dans l’histoire un rôle grandiose, en ne cessant de s’affirmer comme l’autorité spirituelle de laquelle relevaient, par une véritable investiture divine, les Empires, les Royaumes et les Républiques”. GOYAU, Georges. *L’église catholique et le droit des gens*. RCADI, Volume 6 (1925-I), pp. 123-239. p.163.

⁴⁶⁴ Na Era Medieval, a Santa Sé passou a tornar mais claro que sua missão não se restringia a proteger seus territórios de invasões por parte dos não cristãos: “The Holy See also began to demonstrate more clearly that

A aquisição de territórios possibilitou à Santa Sé exercer poderes temporais do século VIII até o ano de 1870, quando seus territórios se viram confiscados e incorporados ao reino italiano. Até então, o Papa reunia em si duas qualidades e dois poderes distintos: o de soberano temporal e o de chefe espiritual. Em 1929, através da assinatura do Tratado de Latrão, no qual o Reino da Itália concedia à Santa Sé um território de 44 hectares na cidade de Roma, a Igreja se viu novamente investida de soberania territorial.

No que concerne à sua perda territorial, o período compreendido entre 1870 e 1929 trouxe diversas indagações quanto à personalidade jurídica internacional da Igreja Católica. Estas dificuldades teóricas não se dissiparam com o Tratado de Latrão, uma vez que muitas são as confusões causadas pela existência simultânea da Santa Sé e do Estado da Cidade do Vaticano no cenário internacional.

O Vaticano, criado em 1929 pelo Tratado de Latrão, é um território soberano sob os auspícios do Papa. A Santa Sé, responsável pelo governo da Igreja Católica desde os tempos antigos, representa o Estado do Vaticano no plano internacional.⁴⁶⁵ CUMBO identifica a Cidade do Vaticano como um estado vassalo da Santa Sé.⁴⁶⁶ MALUWA esclarece a relação existente entre a Santa Sé e o Vaticano nos seguintes termos:

De forma simples, a relação entre a Santa Sé e o Vaticano pode ser definida como a relação existente entre duas entidades distintas ligadas pela liderança de uma soberania comum. Talvez se possa dizer que esta relação vai além, pelo simples fato de o Estado do Vaticano ter sido criado com o propósito específico de servir à Santa Sé, e a Santa Sé, por sua vez, ter sido dada soberania sobre o território, tornando-se a posição do Estado do Vaticano a de um Estado vassalo.⁴⁶⁷

its international mission, regardless of territorial holdings, was not a duplication of those held by temporal leaders. Rather, its mission should establish a moral voice in the realm of international relations. The Holy See began to express to a skeptical world a sense of mutuality shared rights and dignities for every person regardless of his race, ethnicity, or religion". ARAUJO, John Robert. *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*. Catholic U.Law Review (2000-2001), pp.291-360. p.298.

⁴⁶⁵ ⁴⁶⁵ "...the Holy See is the government of the Catholic Church, while the Vatican City is the sovereign territory under the rule of the Pope". FANTAU, James. *Rethinking the Sovereign Status of the Holy See: towards a greater equality of States and greater protection of citizens in United States courts*. Cardozo Journal of International and Comparative Law (2011), pp.487-524. p.494.

⁴⁶⁶ "In the case of "vassal States", the suzerain grants a certain degree of independence to a part of the territory which, although remaining bound to the central government by its internal laws has nevertheless attained such a degree of independence of the suzerain State as to be able to develop an autonomous activity, thereby possessing international personality. The State of the Vatican, in its relation to the Holy See, belongs to this category. Its fundamental law are not original laws as are those of sovereign States, but are laws issued by the Pope in his position of head of the Church, and emanating exclusively from him. The State of the Vatican City derives its constitution from the system of the Catholic Church and from her superior body, the Holy See". CUMBO, Horace F. *The Holy See and International Law*. International Law Quarterly (1948).pp.603-620. pp.613 e 614.

⁴⁶⁷ Tradução livre. No original: "In simple terms, the relationship between the Holy See and the Vatican State can be said to be that of two distinct entities linked together under the leadership of a common sovereign. Perhaps it could be said that beyond that, for by the very fact that the Vatican State was created for the specific purpose of serving the Holy See, and the Holy See was, conversely given sovereignty over that

O Papa representa, no plano internacional, tanto a Santa Sé como o Vaticano, separadamente ou ao mesmo tempo, o que pode gerar confusões tendo em vista que o Sumo Pontífice ora conclui os acordos em nome da Santa Sé (concordatas), ora em nome do Vaticano (convenções referentes a costumes, serviço postal, serviços de rádio e telégrafo etc..).⁴⁶⁸

O Vaticano se constitui num Estado, possuindo, conforme explica DE LA BRIÈRE, um território, uma população (clérigos), uma jurisdição exclusiva da autoridade pública sobre a população, poderes legislativo, executivo e judiciário, uma força armada para a ordem pública, além de autonomia postal, telegráfica e radiotelegráfica.⁴⁶⁹ O doutrinador ressalta, no entanto, a qualidade de Estado *sui generis* do Vaticano, uma vez que, diferentemente do que ocorre com os demais Estados, seu objetivo não se traduz na busca pelo bem estar social do indivíduo, mas sim na garantia jurídica e simbólica, no direito público, do Poder Pontifical ao redor do mundo.⁴⁷⁰

Apesar do reconhecimento internacional tanto da Santa Sé quanto do Vaticano, alguns poucos autores, como ARANGIO-RUIZ, afirmam que o Vaticano não possui personalidade jurídica internacional, uma vez que apenas a Santa Sé atua no âmbito internacional.⁴⁷¹ Vale destacar, no entanto, que o Estado da Cidade do Vaticano se faz presente, na qualidade de membro, de organizações como a União Postal Universal (UPU) e União Internacional de Telecomunicações (UIT).

territory, the position of the Vatican State becomes that of a vassal State". MALUWA, Tiyanjana. *The Holy See and the Concept of International Legal Personality: some reflections*. Compared and International Law Journal S. Afr. (1986), pp.1-26. p.3.

⁴⁶⁸ Idem, p.3. RYNGAERT explica que os atos internacionais referentes a questões técnicas são realizados em nome do Vaticano. Já os atos internacionais que tratam de questões envolvendo valores espirituais, por sua vez, são realizados em nome da Santa Sé. RYNGAERT, Cedric. *The Legal Status of the Holy See*. Göttingen Journal of international Law, 2011. pp.829-859. p.835.

⁴⁶⁹ O autor ainda menciona a existência de uma moeda própria. DE LA BRIÈRE, R.-P.-Y. *La condition juridique de la Cité du Vatican*. RCADI, Volume 33 (1930-III), pp. 113-165. p.119.

⁴⁷⁰ Idem, p.123.

⁴⁷¹ "The factual situation is that the Vatican City is an entity dependent from the Holy See as part from its effective organisation. It follows that on the one hand the Vatican City is not an international person; on the other hand, that any internationally relevant conduct of the Vatican City is a conduct of The Holy See (and/or the Roman Catholic Church). In other words, the Status of the Vatican City does not differ, from the view point of international law, from the status of a province or any other subdivision of a State. It is just a part of the person regardless of whatever legal status it may have within the internal law of the Holy See, of the Roman Church or of any State". ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *On the Nature of the International Personality of the Holy See*. Rev.BDI (1996), pp. 354-369. pp.366 e 367.

4.1.2 A personalidade jurídica internacional da Santa Sé

Há pouco consenso, por parte da doutrina, sobre a origem da personalidade jurídica internacional da Santa Sé. Ao longo do tempo, várias foram as tentativas de se justificar a inserção da entidade no rol dos sujeitos de direito internacional, sendo utilizadas explicações tanto de caráter jurídico quanto de caráter espiritual.⁴⁷²

A princípio, era defendida a personalidade jurídica internacional não da Santa Sé, mas da própria pessoa do Papa. Para FAUCHILLE, por exemplo, o Papa, na condição de representante de Deus na terra e líder espiritual da Igreja Católica, não poderia ser submetido a nenhum poder estatal, tendo em vista que sua dignidade não é localizada, mas sim universal, reconhecida e venerada por todas as igrejas do mundo. Não seria possível, desta forma, que o Papa se sujeitasse à jurisdição italiana, por exemplo.⁴⁷³ Tanto é assim que, em 1871, o Rei italiano Vitor Emanuel decretou a Lei de Garantias, conservando a inviolabilidade e as garantias papais.⁴⁷⁴ Deste modo, nas palavras do autor, é “impossível ver no Papa um soberano ordinário”, uma vez que, como Chefe da Igreja, “não é sujeito de nenhum Estado”, o que leva ao reconhecimento de uma “soberania especial, particular” que lhe atribui personalidade jurídica internacional própria.⁴⁷⁵

ANZILOTTI, que enxerga na Santa Sé, e não no Papa, uma pessoa internacional, contesta o argumento de que o caráter de universalidade garanta à Santa Sé sua personalidade jurídica internacional. Segundo o autor, esta ideia “carece de todo valor, pois não se funda no direito positivo, e sim em uma concepção eminentemente subjetiva da personalidade de direito internacional”.⁴⁷⁶ Até 1870, o Papa reunia em si duas qualidades:

⁴⁷² Para DE LA BRIÈRE: “Malgré les garanties politiques et territoriales dont elle a besoin, et dont nous venons d’étudier le mécanisme actuel, la prérogative pontificale d’indépendance ou de souveraineté, même au temporel, est, dans son essence, une prérogative supérieure à toutes les réalités du monde corporel, une prérogative apte à déborder les frontières de tous les Etats et de tous les continents. Elle est donc, de sa nature, immatérielle et universelle”. DE LA BRIÈRE, R.-P.-Y. *Op.Cit.*, p.162.

⁴⁷³ “Or, les Etats, dont la population est, en totalité ou en partie, catholique, ne peuvent admettre que le Pape soit le sujet d’un Etat quelconque... Le Pape est donc être *libre* et affranchi de tout lien de sujétion envers un Etat quelconque – L’homme physique peut avoir une nationalité d’origine... – Le Souverain Pontife, le Vicaire du Christ, ne peut être le sujet de personne”. FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Publique*. Vol.I. Paris: Rousseau & Cie. Editeurs, 1922.pp.733 e 734.

⁴⁷⁴ A Lei de Garantias, apesar de garantir prerrogativas do Sumo Pontífice e da Santa Sé e as relações entre a Igreja e os Estados, não reconhece ao Papa o poder de soberano. A lei apenas reconhece sua soberania espiritual e honorífica, não lhe atribuindo qualquer poder de soberania territorial e jurídica. Idem, pp.735 e 736.

⁴⁷⁵ “Impossible donc voir dans le Pape un souverain ordinaire. Mais, comme le chef de l’Eglise n’est d’autre part le sujet d’aucun Etat, force est bien de lui reconnaître une souveraineté *spéciale, particulière*, et d’en faire, en droit international une *personnalité juridique* PROPRE, différente et distincte de la personnalité des Etats”. Idem, p.748.

⁴⁷⁶ “...carece de todo valor, porque no se funda en el derecho positivo, sino en una concepción eminentemente subjetiva de la personalidad de Derecho internacional.” ANZILOTTI, Dionísio. *Curso de Derecho*

a de chefe da Igreja Católica e a de chefe de um Estado reconhecido – o Estado Pontifício.⁴⁷⁷ Assim, quando do confisco dos territórios do Estado Pontifício e sua anexação ao reino italiano, o Papa deixou de ser chefe de Estado, a ele restando apenas o título de chefe da Igreja Católica. No entanto, as relações existentes entre os Estados e a Santa Sé não se alteraram em momento algum. O direito de legação jamais deixou de ser exercido pela Santa Sé, assim como o estabelecimento de concordatas. Para o autor, esses elementos seriam suficientes para afirmar que a personalidade jurídica internacional da Santa Sé nunca deixou de existir, mesmo frente à ausência de soberania territorial:

a Igreja católica ainda possui personalidade no Direito internacional, personalidade que se manifesta especialmente pela estipulação de concordatas e pelo exercício do direito de legação por meio de seu órgão supremo, a Santa Sé.⁴⁷⁸

Desta forma, o autor justifica a personalidade jurídica internacional da Santa Sé sem recorrer ao Tratado de Latrão, que acabara de ser assinado, apoiando toda a atribuição da personalidade jurídica internacional da entidade no direito de legação e na capacidade de celebrar tratados.

Diversos são os autores, no entanto, que, ao buscar uma justificativa para a inserção da Santa Sé no rol dos sujeitos de direito internacional, utilizam-se do caráter *sui generis* da entidade. Grande parte da doutrina, deste modo, não se aprofunda nos argumentos jurídicos e nos principais dilemas por eles trazidos, afirmando simplesmente que a Santa Sé se configura numa entidade *sui generis* com personalidade jurídica internacional, não explicitando qualquer raciocínio que conduza a essa conclusão.

RYNGAERT, por exemplo, concebe a personalidade jurídica internacional da Santa Sé como única, tendo em vista que a governança, a jurisdição ou a autoridade da Santa Sé não se baseiam em uma soberania territorial, mas sim numa soberania espiritual. Uma vez que a concepção de Estado não admite a noção de soberania espiritual, resta recorrer ao caráter *sui generis* da entidade para que sua personalidade internacional se justifique. A capacidade seria a responsável pela determinação da personalidade na visão

Internacional. Traducción de la tercera edición italiana por Julio Lopez Olivan. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1935.p.128. Sobre a teoria eclesiástica acerca da temática, esclarece o autor: “En realidad, la teoría eclesiástica reconoce y legitima la soberanía temporal del Soberano Pontífice como un medio facilitado por la Providencia para la ejecución de su misión espiritual, de ahí la idea de que esa soberanía existe en interés de todo el mundo católico y de que todos los Estados católicos tienen el derecho y el deber de conservarla y de exigir de los demás Estados su respecto y conservación”. Idem, p.132.

⁴⁷⁷ “El Papa, como tal, no era sujeto de Derecho internacional; el sujeto de Derecho internacional era el Estado Pontificio; el Papa, en las relaciones internacionales, era simplemente el Jefe, el Monarca de la Iglesia, mantenía relaciones con los Estados extranjeros”. Idem, p.131.

⁴⁷⁸ Ibidem, p.139.

do autor. Ou seja, o fato de a Santa Sé não ter deixado, em tempo algum, de exercer seus direitos, leva a crer na existência de uma personalidade jurídica independente de território.⁴⁷⁹

Também ARAUJO se socorre do caráter *sui generis* da entidade para explicar sua personalidade jurídica internacional. O autor apela igualmente ao caráter religioso da entidade, afirmando ser aceito pela doutrina jusinternacionalista que a personalidade jurídica internacional da Santa Sé se materializa a partir de suas autoridade e missão espirituais e religiosas, que se contrapõem às questões puramente temporais.⁴⁸⁰ O teórico, como de maneira a provar a personalidade da entidade por todas as vertentes, recorre ainda ao caráter de Estado (*statehood like*) da Santa Sé, não realizando aqui qualquer distinção entre Santa Sé e Estado da Cidade do Vaticano. Em suas palavras:

A Santa Sé é uma entidade única entre os demais sujeitos de direito internacional. Não obstante a sua singularidade, a Santa Sé goza de personalidade jurídica internacional similar a dos outros Estados. Sua antiga existência como soberania transcende a posse territorial. É uma verdadeira pessoa internacional em virtude do fato de a sua presença, ao contrário da dos Estados individuais, ser universal.⁴⁸¹

Pode-se constatar, desta forma, que poucos argumentos jurídicos são utilizados e muita especulação é realizada no que tange à fundamentação teórica da personalidade jurídica internacional da Santa Sé. FANTAU critica a recorrente utilização do caráter *sui generis* da entidade, por parte dos autores, como base para a atribuição de sua personalidade jurídica internacional. Segundo o autor, não há necessidade de se socorrer deste argumento se a cidade do Vaticano for considerada um Estado que utiliza a Santa Sé como seu instrumento. Ou seja, para o autor a personalidade jurídica internacional da Santa Sé decorreria do fato de o Vaticano ser um Estado que a utiliza como instrumento para suas relações internacionais.⁴⁸²

⁴⁷⁹ RYNGAERT, Cedric. *Op.cit.*, p.838.

⁴⁸⁰ ARAUJO, Robert John. *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*. 30 Cath U.L.Rev (2000/2001), pp.291-360.

⁴⁸¹ Tradução livre. No original: “The Holy See is a unique entity amongst other subjects of international law. Notwithstanding its uniqueness, the Holy See enjoys an international personality similar to that of other States. Its ancient existence as a sovereign transcends territorial possession. It’s a truly international person because its presence, unlike that of individual States, is universal.” Idem, p.359.

⁴⁸² Para o autor, a maior dificuldade em se justificar a personalidade jurídica internacional da Santa Sé decorre da existência simultânea desta e do Vaticano no cenário internacional. Nas palavras do autor: “Thus, fitting the Holy See and the Vatican City State into the international legal order has been much like fitting a square peg into a round hole, and while interim fit may have been achieved, the contours of that fit have been ill-defined, leaving lots of legal wiggle room”. FANTAU, James. *Op.Cit.*, p.498.

MALUWA também traz ferrenhas críticas aos autores que justificam a personalidade da Santa Sé no seu caráter *sui generis*. Reprova ainda o emprego dos direitos exercidos pela Santa Sé – como o direito de legação e o direito de celebrar tratados - como base para o fundamento da atribuição da personalidade jurídica internacional, posto que tal explicação não atenta para a discussão sobre serem esses direitos causas ou consequências da atribuição da personalidade jurídica. Para a autora, a personalidade jurídica internacional de uma entidade *sui generis* como a Santa Sé deriva do reconhecimento, por parte da comunidade internacional, da necessidade de que se atribuam a tal entidade direitos e deveres para que ela possa exercer seu trabalho. A função exercida pela entidade, importante e necessária no cenário internacional, deve ser regulada pelo direito internacional, motivo pelo qual a entidade deve ser incluída no rol dos sujeitos deste ordenamento jurídico.⁴⁸³ O que determina se a atividade realizada pela entidade no plano internacional se configura como uma necessidade social são as atitudes da comunidade internacional, ou parte dela, através de pronunciamentos dos Estados, individual ou coletivamente. No entanto:

...não se trata do reconhecimento da personalidade jurídica em si, mas da utilidade das funções que a entidade reclama exercer. Em outras palavras, a prática dos Estados determina se o critério objetivo no qual a personalidade internacional é baseada foi satisfeito.⁴⁸⁴

Vale lembrar que o raciocínio aqui utilizado é o mesmo utilizado pela CIJ no Caso *Conde Bernadotte*, de 1949, no qual a Corte reconheceu a personalidade jurídica internacional da ONU, baseando-se no exercício das funções para as quais a organização foi projetada. MALUWA, inclusive, ao tratar das capacidades da Santa Sé no cenário internacional, faz um paralelo com o parecer da CIJ, deixando claro que as capacidades derivam das funções exercidas pela entidade, ou seja, trata-se da capacidade funcional. Assim, quando agindo em nome próprio, a Santa Sé terá suas funções limitadas aos seus objetivos espirituais; quando agindo em nome do Estado da Cidade do Vaticano, no entanto, terá suas capacidades ampliadas.⁴⁸⁵

⁴⁸³ “The international character of the aims of such entities should be taken as the measure of justification for saying that the conduct of those entities must be governed by international law. On that basis the entities themselves can consequently be regarded as assuming international personality”. MALUWA, Tiyanjana. *Op. Cit.*, p.11.

⁴⁸⁴ Tradução livre. No original: “...it is not recognition of international personality itself, but of the usefulness of the functions which the entity claims to serve. In other words, the practice of states determines whether the objective criteria on which international personality is based have been satisfied”. Idem, p.12.

⁴⁸⁵ “Although it lacks a constituent charter, we can say by analogy with international organizations that the extent of its international capacity must be determined by functional limitations. So the Holy See could be

Para alguns teóricos, a personalidade jurídica internacional da Santa Sé poderá existir ou não, dependendo da situação jurídica em que se encontra Igreja no interior de cada Estado. CUMBO afirma que se a Igreja for considerada como sujeito sob autoridade das leis internas do Estado, sua personalidade jurídica internacional não existirá; caso contrário, sua personalidade jurídica internacional é reconhecida e suas relações com o Estado serão reguladas pelo direito internacional.⁴⁸⁶

Há, por fim, quem negue a existência de personalidade jurídica internacional por parte da Santa Sé. Segundo QUADRI, em todos os casos, a relação entre Estado e Igreja não se encontra regulada pelo direito internacional, mas pelo direito interno de cada Estado. Para o autor, mesmo na época do Estado Pontifical, algumas situações não podiam ser explicadas sequer pela personalidade internacional deste Estado, como, por exemplo, os casos nos quais privilégios eram concedidos ao Papa não por sua qualidade de chefe de Estado, mas por sua qualidade de chefe espiritual ou nas situações em que o Papa celebrava acordos em nome da Santa Sé – concordatas – mesmo na ausência de poder temporal por parte desta no período entre 1870 e 1929.⁴⁸⁷ Apesar da declaração da Igreja de que ela se constitui numa entidade independente dos Estados, tanto no que diz respeito a sua existência quanto no que se refere a sua atuação, apesar de sua importância universal e da existência de privilégios e imunidades na seara internacional, o autor não acredita que existam elementos suficientes que permitam falar em personalidade jurídica internacional da Santa Sé⁴⁸⁸. Em suas relações com os Estados, a Santa Sé goza de privilégios que pouco condizem com a igualdade que deve reinar entre os sujeitos do direito das gentes, enquanto as concordatas – assimiladas ao direito internacional de forma superficial – apenas versam sobre direitos da Igreja e obrigações do Estado. Estas disparidades não se encontrariam, conforme explica o autor, em conformidade com as relações regidas pelo direito internacional.⁴⁸⁹ A Igreja deveria ser considerada uma potência supranacional, cuja

said to have the capacity to perform only such acts as are in furtherance of, and consistent with, its “inherent nature and mission in the world”. This would limit its treaty-making power, for instance, to agreements or acts of a religious, ecclesiastical and humanitarian nature, together with acts which can be implied, by the link of necessity (for example the sending of nuncios and receiving ambassadors). On the other hand, if the question is considered in the context of the Holy See as acting on the international plane not just on its own behalf, but also that of the Vatican State, then its international capacities become broader”. Ibidem, p.25.

⁴⁸⁶ Para o autor, a independência da Santa Sé decorre de sua própria constituição interna, deferentemente do que ocorre com a Ordem de Malta, cuja personalidade jurídica internacional decorre do reconhecimento dos Estados. CUMBO, Horace F. *Op.Cit.*, p.604 e 605.

⁴⁸⁷ QUADRI, R. *Op.cit.*, p. 414 e 415.

⁴⁸⁸ Idem, p.416.

⁴⁸⁹ “En général, on peut dire que tout le système des garanties du droit international ne cadre pas avec la nature des rapports Etats-Eglise, sans compter que malgré sa vocation universelle l’Eglise ne couvre encore

situação deve ser analisada em nível constitucional. A forma aparentemente internacional de suas relações, segundo o jurista, não passa de um acessório para o exercício de sua missão.

As diferentes abordagens e conclusões sobre a origem da personalidade jurídica internacional da Santa Sé evidenciam a falta de um fio condutor no estudo sobre os sujeitos de direito internacional. Ao longo do tempo, a doutrina buscou, de todas as formas, compatibilizar teoria e realidade, partindo de premissas variadas e de critérios diversos, chegando, por vezes, a entendimentos contrários sobre a natureza jurídica da entidade.

4.1.3 Participação da Santa Sé no cenário internacional

Apesar das discrepantes teorias acerca de sua personalidade jurídica internacional, é impossível negar a influência exercida pela Igreja Católica ainda nos dias de hoje. Ela se faz presente no mundo todo, seja através do envio de representantes, seja através da participação em convenções internacionais, através de concordatas ou, ainda, através da mediação em casos de conflitos envolvendo Estados, como pôde ser verificado no Caso *Beagle Channel*, envolvendo a Argentina e o Chile, em 1979, por exemplo.

Dentre as convenções às quais a Santa Sé aderiu, encontram-se: Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, Convenção sobre Drogas e seus Protocolos, Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, Tratado para a não Proliferação de Armas Nucleares, Convenção sobre o uso Pacífico do Espaço Atmosférico, Protocolo sobre a Proibição de Gases Tóxicos e Meios Bacteriológicos, as 4 Convenções de Genebra e seus Protocolos, Convenção Internacional sobre a Proteção de Bens Culturais em Situações de Conflitos Armados, Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, Convenção Europeia sobre Cultura, Convenções sobre o Direito Marítimo e Convenções sobre a Circulação Viária.⁴⁹⁰

Além disso, a Santa Sé participa, na condição de membro, dos seguintes organismos internacionais: Comitê Executivo do ACNUR, Conferência para o Comércio e o Desenvolvimento, Organização Internacional da Propriedade Intelectual, Agência

qu'une partie de l'humanité et que nombre de puissances ne la reconnaissent pas comme um entité indépendante". Ibidem, p.418.

⁴⁹⁰ Informação disponível no site: www.vaticanstate.va/content/vaticanstate/it/stato-e-governo/rapporti-internazionali/adesione-a-convenzioni-internazionali.html.

Internacional de Energia Atômica, Organização para a Proibição de Armas Químicas, Comissão Preparatória para a Proibição Completa dos Testes Nucleares, Comitê Internacional de Medicina Militar e da Organização para Segurança e Cooperação na Europa – em cuja assembleia parlamentar participa na qualidade de convidada de honra.

Na qualidade de observadora, participa dos seguintes organismos internacionais: FAO, OIT, OMS, UNESCO, UNIDO, FIDA, OMT, OMC, OEA, UA e Conselho da Europa. É ainda convidada de honra da Organização Jurídico Consultiva para os países da África e da Ásia.⁴⁹¹

Por fim, cabe citar o *status* de observador permanente que a entidade possui na Organização das Nações Unidas desde o ano de 1964.⁴⁹² Quatro são as categorias de entidades que podem obter da ONU status de observador: os Estados não-membros, as organizações internacionais, os movimentos de libertação nacional e as organizações não-governamentais. A Santa Sé e a Suíça são os únicos observadores admitidos na categoria de Estados não-membros. Vale lembrar que não há um sistema formal que regule a participação dos observadores no seio das Nações Unidas, inexistindo previsão na Carta da ONU sobre o assunto. Desta forma, faz-se necessário recorrer aos documentos emitidos pela organização.

A condição da Santa Sé de observador permanente na ONU já foi duramente criticada e combatida. Em setembro de 1995, durante a 4ª Conferência da ONU sobre a Mulher, em Pequim, a ONG *Catholics for a Free Choice*, juntamente com outros grupos da sociedade civil, elaborou uma petição na qual questionava o *status* da Santa Sé na ONU

⁴⁹¹ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/58/314, *Participation of the Holy See in the work of the United Nations*. U.N., de 01 de julho de 2004. Disponível em: www.holyseemission.org/about/5-58-871.aspx. O Estado da Cidade do Vaticano participa, na qualidade de membro, dos seguintes organismos: União Postal Universal, União Internacional de Telecomunicações, Organização Mundial da Propriedade Intelectual, União Internacional de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, Associação Médica Mundial, Organização Internacional de Telecomunicação via Satélite e Organização Internacional de Telecomunicação via Satélite. Informações disponíveis em: www.vaticanstate.va/content/vaticanstate/it/stato-e-governo/rapporti-internazionali/partecipazioni-organizzazioni-internazionali.html

⁴⁹² A noção de “observador”, explica SUY, foi desenvolvida na tentativa de se preencherem os buracos existentes entre a teoria e a prática internacional. Em constante processo de mutação, a ideia não encontra nenhuma teoria jurídica coerente “This has generated a practice which, unfortunately, is far from being clear, uniform or complete. Essentially, this is due to two factors: the variation of observers (States, national liberation movements, intergovernmental organizations, etc.) and the different circumstances and terms under which they acquire and practice this status in every international organization. Consultation amongst political organs or secretariats is virtually non-existent. For all of these reasons it is extremely difficult to formulate a clear picture of what this status implies and it is therefore necessary to have recourse to casuistry”. SUY, E. *The Status of Observer in International Organizations*. RCADI, Volume 160 (1978-II), pp. 75-180. pp.83 e 84.

e demandava da organização uma revisão sobre a pertinência de a Santa Sé – uma entidade religiosa – participar em paridade com os Estados das atividades das Nações Unidas.

Para que o *status* da Santa Sé seja revisado e equiparado ao concedido às organizações de caráter não governamental, a ONG argumenta que a participação da Santa Sé nas atividades da ONU impediria o avanço dos direitos das mulheres, principalmente no que se refere aos direitos reprodutivos; ademais, a utilização da ONU, por parte da Santa Sé, para a propagação das posições teológicas da Igreja Católica seria inapropriada; por fim, a ONG aponta para o fato de a posição gozada pela Santa Sé na ONU não ser compartilhada com mais nenhuma religião do mundo.⁴⁹³

Apesar do lobby iniciado em Pequim, as Nações Unidas, em resolução de 2004, acabaram por ampliar os direitos da Santa Sé no que diz respeito à sua participação nas atividades da organização. Deste modo, são prerrogativas da Santa Sé na Organização das Nações Unidas: a participação nos debates gerais da Assembleia Geral; a inscrição na lista dos palestrantes em qualquer plenário da Assembleia Geral, sem prejuízo da prioridade aos Estados Membros; a realização de intervenções durante as considerações do Comitê Geral; a circulação de suas comunicações entre os documentos oficiais da Assembleia Geral e das conferências; o levantamento de questões de ordem relativas a qualquer procedimento que envolva a Santa Sé e a colaboração nos projetos de resoluções e decisões que façam referência à Santa Sé.⁴⁹⁴

Isso significa dizer que a Santa Sé goza dos mesmos direitos e privilégios de participação nas conferências da ONU que os Estados Membros. Além disso, de acordo com o Estatuto dos Tribunais Internacionais para ex-Yugoslávia e para Ruanda, os Estados membros e os Estados não-membros que possuem a qualidade de observadores permanentes nas Nações Unidas possuem o direito de submeter indicações e de votar na eleição dos juízes dos tribunais.⁴⁹⁵

Do exposto, pode-se concluir que, apesar de ter sua personalidade jurídica internacional reconhecida pela grande maioria dos Estados – inclusive não católicos – a

⁴⁹³ ABDULLAH, Yasmin. *The Holy See at the United Nations Conferences: State or Church?* Columbia Law Review (1996), pp 1835-1875. pp.1835 e 1836. ABDULLAH conclui em seu artigo: “This Note has shown that the Holy See enjoys the privileges of a State at United Nations conferences, but does not meet the accepted definition of a State under international law. This Note proposes that the Holy See is ultimately not a state, but a religion, and thus should be treated as an NGO at future UN conferences. It is undesirable to open the gates of the United Nations to religious acting under the guise of states. The United Nations would be prudent to reconsider the Permanent Observer Non-Member State status currently enjoyed by the Holy See”. Idem, p.1875.

⁴⁹⁴ U.N. General Assembly Resolution A/58/314. Participation of the Holy See in the work of the United Nations. U.N. Disponível em: www.holyseemission.org/about/5-58-871.aspx

⁴⁹⁵ Idem.

Santa Sé parece encontrar a base de sua titularidade subjetiva em argumentos históricos e políticos, e não jurídicos. A tentativa de justificar, juridicamente, sua inserção no rol dos sujeitos de direito internacional não é feita de forma clara, o que acaba por trazer mais dúvidas do que respostas, restando apenas a justificativa de que, por se tratar de uma entidade *sui generis* reconhecida pelos Estados, possui personalidade jurídica internacional.

4.2 A ORDEM DE MALTA

Não tão conhecida e com menor expressividade no cenário internacional, a Ordem Soberana de Malta também é considerada sujeito de direito internacional, sem que haja uma maior indagação sobre a origem de sua personalidade. Assim como o verificado no caso da Santa Sé, a titularidade subjetiva da Ordem de Malta se vê fortemente entrelaçada com os acontecimentos históricos que a rodearam, o que torna necessário um resgate sobre o seu surgimento para que, desta forma, seja possível vislumbrar com mais clareza o assunto.

4.2.1 Contexto histórico

Com autorização do califa egípcio, foram criados por peregrinos, por volta do ano de 1099, igreja, convento e hospital na cidade de Jerusalém. Uma ordem religiosa, que passou a desenvolver um trabalho internacional nos cuidados com os peregrinos, foi então criada para zelar pelas atividades do hospital. Em 1113, essa ordem foi reconhecida pelo Papa Pascal II e, no ano de 1126, juntaram-se à sua função humanitária as funções militar e cavalaria. Com a invasão de Jerusalém, em 1187, por Saladino, a ordem se viu obrigada a deixar a região, mudando-se, em 1291, para a Ilha de Chipre. Sob a proteção do soberano da ilha, a ordem passou a estudar a possibilidade de expansão, tendo em vista que sua atuação na região tornara-se limitada. Em 1309, com a proteção do Papa Eugênio IV, a Ordem tem sua sede transferida para a Ilha de Rhodes, cuja posição estratégica acabou por lhe atribuir uma nova missão: conter a marcha turca em direção ao ocidente e defender as rotas comerciais da ação de piratas.⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ DE FISCHER, Béal. *L'Ordre Souverain de Malte*. RCADI, Volume 163 (1979-II), pp. 1-48.pp.11-15.

Na Ilha de Rodes, a Ordem passou a contar com sua própria justiça, independente do domínio da igreja.⁴⁹⁷ Além disso, para exercer sua soberania sobre a ilha, a Ordem passou a travar relações diplomáticas com outros Estados. No fim do século XV, no entanto, não resistindo aos ataques turcos à região, a ordem se vê novamente obrigada a deixar seus postos.

No ano de 1530, o rei da Sicília, Charles Quint, oferece o arquipélago de Malta para que a ordem ali se estabeleça. A exemplo do ocorrido com a Ilha de Rodes, a Ordem se tornou soberana em Malta, reunindo todos os elementos necessários à configuração de um Estado. O grão mestre reunia em si o papel de líder da ordem religiosa e de príncipe soberano.⁴⁹⁸

Em 1798, Malta é invadida por Napoleão, e a Ordem se transfere para a cidade de Roma, onde continua até hoje instalada, ocupando um território de três acres, no qual se encontra o Palazzo Malta. Entretanto, apesar de gozar de certa autonomia, a Ordem não exerce soberania sobre o território, ao contrário do que ocorria em Rodes e em Malta, deixando de se configurar como um Estado. Como poderia, então, a Ordem manter sua qualidade de sujeito de direito internacional numa época em que apenas a Estados era conferida a personalidade jurídica internacional?⁴⁹⁹

Uma das possíveis explicações para a manutenção desses *status* no cenário internacional se deve à crença, por parte dos Estados, de que a Ordem Soberana Militar e Hospitalar de São João de Jerusalém, de Rodes e de Malta poderia, assim como já o fizera anteriormente, recuperar seu território e, com ele, sua soberania e sua qualidade de Estado. Esta justificativa não explicaria, no entanto, o fato de o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da entidade ter perdurado até o século XX. Outra explicação seria o reconhecimento da personalidade da ordem em virtude de sua função histórica e humanitária única, o que tornaria possível sua inserção no rol dos sujeitos de direito internacional mesmo após 1798.⁵⁰⁰ Nenhuma dessas justificativas, todavia, parece se mostrar satisfatória, do ponto de vista jurídico, para embasar sua titularidade subjetiva no

⁴⁹⁷ A Igreja reconheceu, em 1448, a soberania territorial da Ordem sobre a Ilha de Rodes. Idem, p.29.

⁴⁹⁸ Para DE FISCHER, a personalidade jurídica internacional da Ordem de Malte tem natureza dupla: “Cette double personnalité internationale de l’Ordre, l’une reposant sur son rôle international humanitaire, l’autre sur la souveraineté territoriale, caractérise, comme nous l’avons vu, son status juridique jusqu’en 1798”. Ibidem, p.29.

⁴⁹⁹ “What complicates the picture is the fact that after 1798 the Order still seems to have been widely believed to still possess an international legal personality, despite the loss of territory, a personality that was apparently independent of specific territorial sovereignty”. COX, Noel. *The Continuing Question of Sovereignty and the Sovereign Military Order of Jerusalem, of Rodhes and of Malta*. Australian International Law Journal, vol.13. pp.211-232. p.219.

⁵⁰⁰ Idem.

plano internacional. Além disso, não resta claro se a soberania e a personalidade jurídica internacional pertenciam à Ordem ou aos Estados de Rodes e de Malta.⁵⁰¹

DE FISCHER, ao explicar a personalidade jurídica de uma Ordem de Malta sem soberania territorial, faz uma interpretação ampla do parecer da CIJ no caso *Conde Bernadotte*, de 1949. Para o autor, ao mencionar as entidades que exercem funções necessárias à comunidade internacional, a Corte se refere, implicitamente, à Santa Sé, à Ordem de Malta e ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Desta forma, a personalidade jurídica internacional funcional lhes estariam garantida.⁵⁰² FARRAN endossa esta interpretação e ressalta que, apesar de esta analogia não ter sido feita por nenhum juiz da referida Corte, ela foi expressamente mencionada pelo Reino Unido, o que se deu, de acordo com o autor, de forma acurada e adequada.⁵⁰³ Para BREYCHA-VAUTHIER e POTULICKI⁵⁰⁴, a analogia comumente realizada entre o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a Ordem de Malta em virtude de seus serviços prestados deve ser afastada no que se refere à atribuição da personalidade jurídica, tendo em vista que a primeira tem, conforme será abordado mais à frente, suas funções determinadas pelas Convenções de Genebra, enquanto a segunda vê o reconhecimento de seu trabalho baseado apenas num costume plurinacional.

4.2.2 Participação da Ordem de Malta no cenário internacional

A primeira participação da Ordem de Malta em conferências internacionais se deu em 1869, na Conferência Internacional das Primeiras Sociedades da Cruz Vermelha, na

⁵⁰¹ Para COX, a Ordem de Malta se beneficiou das dúvidas relativas à origem e à natureza de sua soberania: “It may be that at this time there was uncertainty as to the origin and nature of the sovereignty of the Order, and that the Order benefited from this uncertainty. This personality was based on the role of the Order as one of the few international humanitarian organization of its time, and upon its unique history”. Ibidem, p.219. FARRAN cita Cansacchi, para quem tanto a Ordem quanto Malta possuíam personalidade jurídica internacional. Desta forma, o fim da soberania da Ordem sobre o arquipélago de Malta não significaria o seu fim enquanto pessoa internacional. FARRAN, C. D’Olivier. *The Sovereign Order of Malta in International Law*. International and Comparative Law Quarterly (1954), pp.217-234.p.222.

⁵⁰² “Parmis les entités, mentionnées dans ce text, qui exercent une action sur le plain international sans être des Etats, mais dont les buts et les fonctions répondent à un besoin de la communauté internationale et ne peuvent s’accomplir que si ces entités possèdent la personnalité internationale, il faut sans doute compter également des institutions tels que le Saint-Siège, l’Ordre souverain de Malte et le Comité international de la Croix-Rouge.”. DE FISCHER, *Op.cit.*, pp.28 e 29.

⁵⁰³ FARRAN, C. D’Olivier. *Op.cit.*, p.217.

⁵⁰⁴ “Certain similarities of the Order of St. John with regard to the present task of the International Committee of the Red Cross have led authors to connect the position of both organizations in international law. Both have international tasks, though these are entrusted to the International Committee of the Red Cross by an International Convention, while the recognition of the Order’s work is based on plurinational custom”. BREYCHA-VAUTHIER, Arthur e POTULICKI Michael, *The Order of St. John in International Law: a forerunner of the red cross*. American Journal of International Law, 1954, pp.554-563.p.559.

cidade de Berlim. No ano de 1927, participou de conferência diplomática convocada pela Sociedade das Nações. Em 1929, fez-se presente na conferência diplomática responsável pela elaboração da Convenção de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos em Exército em Campanha. Na ata final da conferência, ficou determinado que as disposições estabelecidas pela convenção referentes à regulação da situação das sociedades de socorro frente aos soldados em campanha são aplicáveis às organizações nacionais da Ordem soberana de Malta.⁵⁰⁵

Durante os anos de 1974 e 1977, a entidade participou de quatro sessões da Conferência diplomática sobre a reafirmação e o desenvolvimento do direito internacional humanitário aplicável nos conflitos armados.⁵⁰⁶ A Ordem participou, ainda, na condição de observador, de duas conferências convocadas pela ONU: a Conferência sobre a Representação dos Estados em suas Relações com as Organizações Internacionais, realizada em Viena, no ano de 1975; e as sessões de 1978 e 1979 da Conferência Preparatória para a Conferência da ONU sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que Podem Ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados.

No que diz respeito à participação da Ordem de Malta no seio das organizações internacionais, a entidade possui o *status* de observador na Agência Internacional de Energia Atômica, na Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico, na Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, no Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola, na Organização Mundial da Saúde, no Programa Mundial de Alimentos das Nações Unidas, no Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, no Programa das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, no Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, no Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e na Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial. Além disso, a Ordem de Malta possui representantes⁵⁰⁷ nos

⁵⁰⁵ “II. In view of a request by the Sovereign and Military Order of the Hospitallers of St. John of Jerusalem, called the Order of Malta, the Conference considers that the provisions laid down by the Geneva Convention governing the position of Aid Societies with armies in the field are applicable to the national organizations of this Order. The same applies as regards the Grand Priory of St. John of Jerusalem in England, the Orders of St. John (Johanniter) and of St. George in Germany, and similar nursing Orders in all countries.” Disponível em:

<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=7C3142973A716180C12563CD00518A14>

⁵⁰⁶ DE FISCHER, Béat. *Op.cit.*, p.27.

⁵⁰⁷ “But even the right of legation is not conclusive evidence that the entity is sovereign, as any international organization can accredit representatives to other organizations or to States”. COX, Noel. *Op.cit.*, p.225. O direito de legação, conforme explicam BREYCHA-VAUTHIER e POTULICKI, significa apenas o

seguintes organismos internacionais: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Comitê Internacional de Medicina Militar, Tratado de Interdição Completa de Ensaios Nucleares, Centro Internacional de Estudos para a Conservação de Restauração de Bens Culturais, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, Instituto Internacional de Direito Humanitário, Organização Internacional da Francofonia, Organização Internacional para a Migração, União Africana, Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, União Latina, Conselho da Europa e União Europeia.⁵⁰⁸

No quadro das Nações Unidas, a Ordem não se configura como Estado, tampouco como ONG internacional.⁵⁰⁹ Conforme ensina COX, a Ordem de Malta é tida pela ONU como uma das entidades e organizações intergovernamentais que receberam convite para participar como observadoras. É a mesma classificação dada ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, à Federação Internacional da Cruz Vermelha e às Sociedades do Crescente Vermelho. Todos mantêm um escritório permanente nas sedes da ONU.⁵¹⁰ Vale lembrar que o *status* de observador não atribui à entidade o reconhecimento, por parte da organização internacional, da qualidade de sujeito de direito internacional.

A Itália foi o primeiro Estado a reconhecer a personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta. Em sua decisão de março de 1935, a Corte de Cassação de Roma declarou a autonomia da entidade com relação ao Estado italiano e o reconhecimento da continuidade de sua soberania, mesmo em face da falta de uma soberania territorial.⁵¹¹

No caso Scarfo *versus* Ordem Soberana de Malta, de 1957, o Tribunal de Roma considerou não possuir jurisdição sobre o caso uma vez que este envolvia a Ordem de Malta, uma entidade soberana. De acordo com o tribunal:

reconhecimento individual, e não coletivo, da condição de sujeito de direito internacional. Deste modo, mesmo havendo o reconhecimento do direito de legação à entidade por parte de um Estado, isto não significa que há – ou que deva haver – o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da Ordem por parte dos demais Estados. BREYCHA- VAUTHIER, Arthur e POTULICKI Michael, *Op.cit.*, p.558.

⁵⁰⁸ Informações disponíveis no site da Ordem de Malta: <http://www.orderofmalta.int/relazioni-diplomatiche/730/relazioni-multilaterali>

⁵⁰⁹ “Or, l’Ordre souverain de Malte n’appartient à aucune des catégories des entités internationales reconnues par les Nations Unies dans le cadre de leurs activités, soit les Etats, certains mouvements de libération nationale, les organisations intergouvernementales et les organisations internationales non gouvernementales. La raison en est que l’Ordre souverain de Malte, avec ses neuf cent ans d’existence, est un sujet de droit international absolument *sui generis*”. DE FISCHER, Béat. *Op.cit.*, p.32.

⁵¹⁰ COX, Noel. *Op.cit.*, p.224.

⁵¹¹ “For this reason it is sufficient to require merely proof of the autonomy of the Order in its relation to the Italian State.... Such attributes of sovereignty and independence have not ceased, in the case of the Order, at the present day-at least not from the formal point of view in its relation with the Italian State. Nor has its personality in international law come to an end, notwithstanding the fact that such personality cannot be identified with the possession of territory. . .” Corte de Cassação Italiana, julgamento de 13 de março de 1935. BREYCHA- VAUTHIER, Arthur e POTULICKI Michael, *Op.Cit.*, p.556.

Non há dúvidas de que a Ordem de Malta é uma entidade soberana e um sujeito do direito internacional...As limitações à soberania da Ordem de Malta, que sem dúvida existem, resultam principalmente da falta de território e de cidadãos, e também do fato de ser uma Ordem religiosa reconhecida pela Santa Sé ... Estas limitações, no entanto, não são capazes de negar sua soberania.⁵¹²

No ano de 1953, a própria Ordem solicitou à Santa Sé um esclarecimento sobre o posicionamento da Igreja no tocante à natureza da entidade. Em sentença, a Santa Sé reconhece a soberania funcional da Ordem. No entanto, mais adiante, afirma que a Ordem de Malta goza de determinadas prerrogativas de uma soberania, “mesmo que tais prerrogativas não se constituam no conjunto de poderes próprios às entidades soberanas no sentido pleno da palavra”⁵¹³. Neste ponto, é possível encontrar divergências na interpretação dada à declaração da Santa Sé: para alguns autores, como DE FISCHER, fica claro o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta, mesmo que funcional, por parte da Santa Sé; já para autores como QUADRI, fica evidente que, com a afirmação de que as prerrogativas concedidas à Ordem no plano internacional não são as mesmas concedidas às *entidades soberanas no sentido pleno da palavra*, a Santa Sé não reconhece a Ordem de Malta como uma entidade propriamente soberana.

Atualmente, a Ordem de Malta mantém relações diplomáticas com 104 países, incluindo o Brasil.⁵¹⁴ Além disso, estabelece relações não oficiais com Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Canadá e Suíça, possuindo representantes também na Palestina.

⁵¹² Tradução livre. No original: “There can be no doubt that the Order of Malta is a sovereign entity and subject of international law...The limitations on the sovereignty of the Order of Malta which undoubtedly exist result mainly from the absence of State territory and citizens, and also from the fact that it is a religious Order recognized by the Holy See...These limitations, however, are not such as to be able to negate its sovereignty.” In DIXON, Martin; MCCORQUODALE, Robert e WILLIAMS, Sarah. *Op.Cit.*, p.155.

⁵¹³ DE FISCHER, *Op.Cit.*, p.30.

⁵¹⁴ A Ordem desenvolve relações bilaterais com: Albânia, Áustria, Bielorrússia, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Macedônia, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, San Marino, Santa Sé, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Ucrânia, Hungria, Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Belize, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santa Lucia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Uruguai, Venezuela, Afeganistão, Armênia, Camboja, Filipinas, Geórgia, Jordânia, Cazaquistão, Líbano, Tajiquistão, Tailândia, Timor Leste, Turcomenistão, Angola, Benim, Burkina Faso, Camarões, Cabo Verde, República Centro-africana, Chade, Comores, República do Congo, República Democrática do Congo, Costa do Marfim, Egito, Eritreia, Etiópia, Gabão, Guiné, Guiné Bissau, Guiné Equatorial, Quênia, Libéria, Madagascar, Mali, Marrocos, Mauritânia, República de Maurício, Moçambique, Namíbia, Níger, São Tomé e Príncipe, Senegal, Seychelles, Serra Leoa, Somália, Sudão, Togo, Micronésia, Ilhas Marshall e Kiribati. Informação disponível no site: <http://www.orderofmalta.int/relazioni-diplomatiche/762/sovrano-ordine-di-malta-relazioni-bilaterali>.

4.2.3 A personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta

Autores como DE FISCHER⁵¹⁵ e FARRAN⁵¹⁶ consideram a existência da personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta com base no reconhecimento, por parte de diversos Estados e da Santa Sé⁵¹⁷, de sua condição de sujeito de direito internacional, no desenvolvimento de relações diplomáticas entre a Ordem e aqueles que a reconhecem no plano internacional, na participação da entidade em conferências internacionais, na sua capacidade de celebrar tratados, no fato de a entidade emitir passaporte reconhecido por diversos Estados⁵¹⁸ e na própria Carta Constitucional da Ordem de Malta promulgada em junho de 1961 e revisada em abril de 1997, na qual a Ordem afirma se configurar como um sujeito de direito das gentes cujas prerrogativas não são prejudicadas por sua natureza religiosa.⁵¹⁹

BISHOP enxerga uma personalidade jurídica internacional limitada da Ordem, pois mesmo não se configurando como um Estado, ela ainda estabelece relações diplomáticas com diversos Estados.⁵²⁰

BROWNLIE afirma que as capacidades da instituição devem ser limitadas pelo simples fato de esta não possuir território e características demográficas de um Estado. No contexto do direito de guerra, a Ordem de Malta se configuraria apenas como uma *society relief*.⁵²¹

Para QUADRI, a Ordem de Malta não passa de uma dependência da Santa Sé, conforme é possível depreender da interpretação da sentença de 1953 sobre o assunto. Tal dependência não torna possível a aplicação das garantias próprias do direito internacional à

⁵¹⁵ DE FISCHER, *Op.Cit.*, pp.28 a 34.

⁵¹⁶ FARRAN, C. D'Olivier. *Op.cit.*, pp..224 e 225.

⁵¹⁷ Partindo-se da controversa interpretação de que a sentença de 1953 prolatada pela Santa Sé reconhece a personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta.

⁵¹⁸ COX ressalta que, apesar de reconhecido por diversos Estados, o passaporte emitido pela Ordem de Malta não é reconhecido por tantos outros, uma vez que o documento não declara a nacionalidade do portador. COX, Noel.*Op.cit.*,p.223 e 224.

⁵¹⁹ Artigo 3 par.1: "The Order is a subject of international law and exercises sovereign functions". Artigo 4 par.6: "The religious nature of the Order does not prejudice the exercise of sovereign prerogatives pertaining to the Order in so far as it is recognized by States as a subject of international law." Disponível em: <http://www.orderofmalta.int/wp-content/uploads/2010/06/order-of-malta-constitution.pdf>

⁵²⁰ "Despite its unusual character, and the fact that it clearly is not a state, as long as the Order of Malta does carry on international relations through diplomatic channels, it, too, must be regarded as to a limited extent a person of international law". Bishop, W.W.. *General course of public international law*. RCADI, Volume 115 (1965-II), pp. 147-470. p.261.

⁵²¹ "Even in the sphere of recognition and bilateral relations, the legal capacities of institutions like the Sovereign Order of Jerusalem and Malta must be limited simply because they lack the territorial and demographic characteristics of States. In the law of war the status of the Order mentioned is merely that of a "relief society" within the meaning of the Prisoner of War Convention, 1949, art.125." BROWNLIE, Ian. *Op.Cit.*, p.66.

entidade. Ademais, sua representação diplomática se dá de forma limitada e anormal. Tudo isso leva o autor a concluir que a Ordem de Malta não possui personalidade jurídica internacional.⁵²²

ACCIOLY tampouco concorda com a inserção da Ordem de Malta no rol dos sujeitos de direito internacional, uma vez que, após sua perda territorial, nada mais justificava a sua personalidade jurídica internacional. Esta personalidade, nas palavras do jurista, “já perdeu desde muito sua razão de ser: é um anacronismo. As pseudo-relações *diplomáticas* por ela mantidas também parecem não se justificar, porque não correspondem ao fim visado pelas relações de tal natureza”.⁵²³

É possível perceber que a doutrina, no que diz respeito à personalidade jurídica internacional da Ordem de Malta, não é uníssona, sendo diversas as bases utilizadas por ela na justificativa do reconhecimento ou não da instituição como sujeito de direito internacional. Em alguns casos mais recentes, a doutrina mostra-se omissa, nem ao menos citando a Ordem ao tratar das pessoas deste ordenamento jurídico. Vê-se, desta forma, a relevância da realização de um estudo mais aprofundado sobre as bases fundamentais da atribuição da personalidade jurídica no plano internacional para que lacunas como estas possam ser preenchidas.

4.3 O COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV)

A menos antiga entre as entidades aqui analisadas, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha incluí-se no rol dos sujeitos de direito internacional trazido pela doutrina. Diferentemente do que ocorre com a Ordem de Malta, sua participação no cenário internacional se faz fortemente visível e se demonstra imprescindível em situações de guerra ou de crises humanitárias. O Comitê exerceu papel decisivo na positivação do direito humanitário internacional tal qual se conhece hoje. Apesar de sua incontestável relevância no cenário internacional atual, no entanto, pouco claras são as justificativas jurídicas de sua titularidade subjetiva.

⁵²² “La personnalité internationale doit pouvoir se manifester *erga omnes*, ce qui n’est pas le cas pour l’Ordre de Malte dont la situation n’est déterminée que par la sympathie que cette pittoresque institution remontant au Moyen Age suscite encore chez certains gouvernements catholiques, compte tenu aussi de l’influence puissante qu’elle exerce au sein du monde catholique”. QUADRI, R. *Op.cit.*, pp.422 e 423.

⁵²³ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol.I. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.150.

4.3.1 Contexto Histórico

Comovido com o que presenciara no ano de 1859 no campo de batalha no norte da Itália, Henry Dunant, cidadão suíço, escreve em 1862, o livro *Lembranças de Solferino*, no qual relata os horrores da guerra. A obra, devido à sua enorme repercussão, culmina na criação da Cruz Vermelha, entidade privada voltada, inicialmente, à organização dos socorros a soldados feridos e abandonados no campo de batalha. Três eram as propostas de Dunant: fundar em cada país, sociedades nacionais de socorro que assistissem os feridos de guerra, apoiando os serviços médicos dos exércitos; considerar como neutros e proteger, com um símbolo distintivo, os feridos em combate, o pessoal e os equipamentos médicos de assistência; e criar um tratado internacional que desse a tais propostas força de lei. Em 1863, foi criado por Dunant e por mais quatro genebrinos o Comitê Internacional de Socorro aos Feridos, órgão fundador da Cruz Vermelha e promotor das Convenções de Genebra. Em 1876, o órgão passou a ser conhecido por “Comitê Internacional da Cruz Vermelha”.

Cabe aqui uma breve diferenciação entre o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e os demais órgãos a ela relacionados para que, assim, seja possível um melhor entendimento sobre seu papel e sua participação no cenário internacional. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, conforme mencionado, é o sucessor direto do Comitê Internacional de Socorro aos Feridos criado pelo Comitê dos cinco. Constitui-se numa pessoa jurídica de direito privado, regido pelo código civil suíço. Dispõe o art.2º de seu estatuto jurídico: “Na qualidade de associação governada pelo artigo 60 e seguindo o Código Civil suíço, o CICV tem personalidade jurídica”.⁵²⁴

Por se constituir numa pessoa de direito privado suíço, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha possui sobre as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha, apenas autoridade moral, inexistindo qualquer vinculação jurídica.⁵²⁵

As Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha são órgãos não governamentais regidos pelo direito interno de seu Estado sede.⁵²⁶ No entanto, apesar de não se vincularem

⁵²⁴ Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/icrc-statutes-080503.htm>

⁵²⁵ PICTET, Jean S.. *La Croix-Rouge et les conventions de Genève*. RCADI, Volume 76 (1950-I), pp. 1-119.p.15.

⁵²⁶ As Sociedades Nacionais são mencionadas no art.26 da 1ª Convenção de Genebra de 1949 (“São assimilados ao pessoal visado no artigo 24º o pessoal das sociedades nacionais da Cruz Vermelha e o de outras sociedades de socorros voluntários, devidamente reconhecidas e autorizadas pelo seu Governo, que for empregado nas mesmas funções que o pessoal visado no referido artigo, sob a condição de que este esteja sujeito às leis e regulamentos militares...”) e no art.63(a) da 4ª Convenção de Genebra de 1949 (“As sociedades nacionais da Cruz Vermelha (do Crescente Vermelho, do Leão e Sol Vermelho) reconhecidas

juridicamente ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, cabe às Sociedades Nacionais estar de acordo com os estatutos da Cruz Vermelha Internacional e com as resoluções emanadas das conferências internacionais. Além disso, em virtude do direito orgânico da Cruz Vermelha, para que uma Sociedade Nacional seja reconhecida, é necessário o seu reconhecimento por parte do CICV.⁵²⁷

A Liga das Sociedades da Cruz Vermelha, por sua vez, foi fundada em 1919, por meio de iniciativa da Cruz Vermelha americana e configura-se como uma federação das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha⁵²⁸, tratando, principalmente, do desenvolvimento das atividades em tempo de paz. Possui um corpo deliberativo formado por um representante de cada Sociedade Nacional. Regida, a princípio, pelo direito francês, a associação vê hoje sua personalidade jurídica vinculada ao direito suíço.⁵²⁹

Por fim, a Cruz Vermelha Internacional é a organização que compreende todas as demais. Faz parte da organização interna da própria Cruz Vermelha, não existindo do ponto de vista jurídico, seja ele nacional ou internacional. Em outras palavras, o termo somente é utilizado para se referir ao conjunto das Sociedades Nacionais, da Liga das Sociedades Nacionais e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.⁵³⁰

4.3.2 Conferências Internacionais da Cruz Vermelha e Convenções de Genebra

No ano de 1863, pouco tempo após a criação do Comitê Internacional de Socorro aos Feridos, foi realizada uma conferência – de caráter semi-oficial – entre 36 delegados designados por seus governos, na qual ficou estabelecida, conforme havia imaginado Dunant, a criação de comitês nacionais de socorro aos feridos, além do estabelecimento da

poderão prosseguir as suas atividades em conformidade com os princípios da Cruz Vermelha, como estão definidos nas Conferências Internacionais da Cruz Vermelha. As outras sociedades de socorro deverão poder continuar as suas atividades humanitárias em idênticas condições”).

⁵²⁷ As principais condições exigidas são as que se seguem: que a sociedade esteja constituída no território de um Estado independente no qual a Convenção de Genebra relativa aos feridos e doentes encontre-se em vigor; que ela seja a única Sociedade da Cruz Vermelha existente neste Estado; que ela carregue o nome e o emblema da Cruz Vermelha sobre o fundo branco; que seja reconhecida pelo governo do Estado no qual se insere e autorizada a funcionar como auxiliar do serviço de saúde das forças armadas; que tenha aderido aos princípios fundamentais da Cruz Vermelha, quais sejam: a imparcialidade e a independência políticas, confessionais e econômicas. PICTET, *Op.Cit.*, p.12

⁵²⁸ Conforme explica BOREL, a Liga não se configura como uma organização internacional: “Elle n’est pas l’oeuvre des Gouvernements, elle n’a pas de caractère officiel, elle ne peut en aucune façon être mise sur le même pied que les Unions internationales constituées dans le domaine des postes, des télégraphes, etc. Due à l’initiative privée, elle entend demeurer entreprise privée, mais ce caractère ne l’empêche pas d’être éminemment internationale, et par son but, et par son organisation”. BOREL, Eugène. *L’organisation internationale de la Croix-Rouge*. RCADI, Volume 1 (1923-I), pp. 573-607. p.596.

⁵²⁹ PICTET, Jean S. *Op.Cit.*, p.19.

⁵³⁰ Idem, p.20

neutralidade do pessoal sanitário e dos feridos em combate e a criação de um símbolo de proteção aos que realizassem os trabalhos de socorros.⁵³¹ As resoluções emanadas desta conferência são a base jurídica comum das Sociedades da Cruz Vermelha, principalmente no que se refere à sua constituição e à regulação de suas relações entre si.⁵³²

Em outubro de 1864, a pedido do Conselho Federal Suíço, que, por sua vez, atendia à solicitação do Comitê Internacional de Socorros aos Feridos, foi realizada nova conferência, da qual resultou a 1ª Convenção de Genebra para a proteção dos soldados feridos em campanha.⁵³³ Esta Convenção, apesar de contar com apenas dez artigos, pode ser considerada o primeiro grande marco do direito internacional humanitário contemporâneo.⁵³⁴ O Comitê Internacional de Socorros aos Feridos desempenhou um papel primordial na realização da Conferência, buscando apoio dos governos, preparando o documento que serviria de base para as deliberações tomadas durante a conferência e contando com a participação de dois de seus membros como representantes do governo suíço: o General Dufour, que presidiu a conferência, e Gustav Moynier, principal arquiteto da Convenção.⁵³⁵

No ano de 1867, foi realizada, em Paris, a 1ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha. Em 1869, foi realizada, em Berlim, a 2ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha, que contou com a participação de 17 Estados. Na 3ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha, de 1884, que teve lugar na cidade de Genebra e contou com a participação de 20 Estados, foi adotado, pela primeira vez, o termo “Conferência Internacional da Cruz Vermelha”. Não apenas o título das reuniões regulares da Cruz

⁵³¹ “ ‘Une Résolution’ du ‘Comité des cinq’ souligna, pour faciliter les travaux des organes nationaux, leur ‘faculté de se réunir en congrès internationaux pour se communiquer leur expériences et se concerter sur les mesures à prendre dans l’interêt de l’oeuvre’. C’est dans cette ‘Résolution’ invoque souvent dans la suite, que l’on peut voir l’origine des Conférences internationales de la Croix Rouge, aujourd’hui considérées comme l’organe suprême de toute l’oeuvre et auxquelles les Gouvernements signataires des Conventions de Genève sont associés”. RUEGGER, Paul. *L’Organisation de la Croix-Rouge internationale sous ses aspects juridiques*. RCADI, Volume 82 (1953-I), pp. 373-480.p.391.

⁵³² BOREL, Eugène *Op.Cit.*, p.588.

⁵³³ RUEGGER, Paul. *Op.Cit.*,p.383.

⁵³⁴ Sobre a relevância da Convenção de Genebra de 1864, ensina BUGNION: “By proclaiming the principle that “[w]ounded and sick combatants, to whatever nation they may belong, shall be collected and cared for” and by providing protection for medical personnel on the battlefield, the Convention totally altered the possibility of coming to the succor of the war-wounded. It transformed into a rule of law something that until then had been, at best, a practice that armies respected only if they felt so inclined.” BUGNION, François. *The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law In Chi. J. Int’l L.* (2004-2005), pp.191-215.p.193.

⁵³⁵ O papel desempenhado pelo Comitê foi similar nas Conferências Diplomáticas de 1906, 1929, 1949 e 1974-77 Idem, pp.193 e 194.

Vermelha foi fixado, mas também a adoção de métodos que são utilizados, até os dias de hoje, em tais conferências.⁵³⁶

Além dos membros das Sociedades Nacionais, participam das Conferências Internacionais da Cruz Vermelha os delegados do CICV e dos Estados signatários da Convenção de Genebra. As conferências possuem, desta forma, elementos de caráter federativo (delegados dos comitês centrais), oficial (delegados dos Estados), internacional (CICV) e privado ou individual (pessoas convidadas em razão de seu próprio mérito).⁵³⁷

Segundo RUEGGER, as propostas e os projetos levados pelo Comitê de Genebra às conferências internacionais contribuíram efetivamente para a formação do que é conhecido hoje como direito internacional humanitário.⁵³⁸ Pode ser citado como exemplo um código de prisioneiros de guerra que, elaborado pelo Comitê de Genebra e submetido à conferência internacional de 1923, foi, posteriormente levado à Conferência Diplomática da Cruz Vermelha, realizada em 1929 na cidade de Genebra, na qual foi acordada, por 52 Estados, a Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. Outro exemplo diz respeito à proteção de civis em situações de conflitos armados. A pedido do Comitê de Genebra, o CICV redigiu um anteprojeto sobre a matéria. Na 5ª Conferência Internacional, realizada em Tóquio no ano de 1929, com base neste documento, foi adotado um novo e mais completo projeto tratando da proteção dos civis. Também na Conferência realizada em Estocolmo, em 1948, os anteprojetos propostos pelo CICV acabaram por ser revisados e utilizados na adoção de documentos sobre a temática.

BOREL ressalta que a importância destas conferências também pode ser encontrada no fato de servirem como órgão promotor do estabelecimento e da manutenção de contato direto, oral e coletivo entre as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha.⁵³⁹

Dentre as diversas Convenções relativas à situação de guerra realizadas desde o surgimento da Cruz Vermelha⁵⁴⁰, as que desempenham o papel de principal instrumento de direito internacional humanitário aplicado a conflitos armados são as 4 Convenções de Genebra. Antes mesmo do fim da 2ª Guerra Mundial, o CICV já buscava meios necessários para a elaboração de uma nova convenção que garantisse a proteção dos civis em tempos de guerra. Após consulta com experts, o Comitê formulou quatro documentos

⁵³⁶ RUEGGER, Paul. *Op.Cit.*, p.394.

⁵³⁷ BOREL, Eugène. *Op.Cit.*, p.589.

⁵³⁸ RUEGGER, Paul. *Op.Cit.*, pp.395 e 396.

⁵³⁹ BOREL, Eugène. *Op.Cit.*, p.588.

⁵⁴⁰ Podem ser citadas a 1ª Conferência de Paz da Haia (1899), a Convenção relativa aos Edifícios Hospitalares (1904), as revisões das Convenções de Genebra de 1864 (realizadas em 1868 e em 1906), Convenção para a proteção dos feridos e doentes em campanha (1906) e a 2ª Conferência da Pax de Haia (1907).

preparatórios relacionados aos feridos e doentes em campos de batalha, aos feridos, doentes e náufragos no mar, aos prisioneiros de guerra e aos civis em tempos de guerra. Estes documentos deram origem às 4 Convenções de Genebra de 1949: Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha (revisão da Convenção de Genebra de 1929); Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar (revisão e desenvolvimento da Convenção da Haia de 1907); Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (revisão e desenvolvimento da Convenção de Genebra de 1929); e Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, que suplementa as Convenções da Haia de 1899 e de 1907.

No tocante aos 3 Protocolos Adicionais, de 1977, o CICV desempenhou papel similar ao desenvolvido em 1949, liderando o processo de consultas com experts e governos, redigindo o *draft* dos protocolos e contatando o governo suíço para que este sediasse a conferência.

A contribuição do CICV ao desenvolvimento do direito humanitário internacional, no entanto, vai além da promoção de conferências diplomáticas que discutam a questão. Para o Tribunal Penal para a ex-Yugoslávia, o CICV tem papel ativo no desenvolvimento, implementação e disseminação do direito humanitário internacional, mesmo nos casos de conflitos armados internos:

É de se notar que, mesmo frente a conflitos armados não internacionais, o CICV tem promovido a aplicação, pelas partes em conflito, dos princípios básicos do direito humanitário...Quando as partes, ou uma delas, recusa-se a cumprir o estipulado pelo direito humanitário internacional, o CICV afirma que elas deveriam respeitar ao menos o artigo 3º comum. Isso demonstra que o CICV tem promovido e facilitado a ampliação dos princípios gerais do direito humanitário aos conflitos armados internos...Os resultados práticos alcançados pelo CICV no cumprimento do direito humanitário internacional deve ser visto como um elemento da prática internacional; este é um elemento conspicuamente instrumental na emergência ou cristalização das regras costumeiras.⁵⁴¹

⁵⁴¹Tradução livre. No original: “It is notable that, when confronted with non-international armed conflicts, the ICRC has promoted the application by the contending parties of the basic principles of humanitarian law...When the parties, or one of them, have refused to comply with the bulk of international humanitarian law, the ICRC has stated that they should respect, as a minimum, common Article 3. This shows that the ICRC has promoted and facilitated the extension of general principles of humanitarian law to internal armed conflicts. The practical results the ICRC has thus achieved in inducing the compliance with international humanitarian law ought therefore to be regarded as an element that has been conspicuously instrumental in the emergence or crystallization of customary rules.” TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-YUGOSLÁVIA, *Prosecutor v. Tadic*. Decision of the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, de 02 de outubro de 1995, para.109.

BUGNION enxerga ainda grande relevância no papel desempenhado pela organização ao afirmar que os Estados respondem às iniciativas tomadas pelo Comitê, o que pode ser verificado, por exemplo, na extensão do uso da insígnia da cruz vermelha no mar e na criação de zonas neutras na guerra em terra.⁵⁴²

Apesar de promover as Conferências Internacionais das quais resultam importantes documentos relativos à proteção do ser humano em situação de conflitos armados, o CICV não é signatário de nenhuma convenção internacional. E mesmo não havendo especificações sobre sua capacidade para tanto, o Comitê já celebrou diversos acordos de sede com Estados. Para SOGNNAES, os acordos de sede são equiparáveis a tratados, podendo-se concluir que o CICV possui a competência para concluir tratados apenas quando esses disserem respeito a suas próprias atividades.⁵⁴³ Cabe assinalar, entretanto, que tal raciocínio não faz sentido quando se diferenciam os acordos de sede dos tratados internacionais.

4.3.3 A personalidade jurídica internacional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha

Até mesmo o entendimento sobre a natureza jurídica do Comitê Internacional da Cruz Vermelha suscita discussões. A própria entidade se autodeclara, em seu Estatuto, como uma organização humanitária independente com *status* próprio.⁵⁴⁴ A ONU, ao exigir, através de resolução do Conselho de Segurança, que o Comitê tenha acesso aos campos, aos prisioneiros e aos centros de detenção no território da ex-Yugoslávia, também reconhece a entidade como uma relevante organização humanitária internacional.⁵⁴⁵ SOGNNAES aponta que o fato de ser o CICV formado por indivíduos, independente de poderes estatais e por contar com a voluntariedade na arrecadação de fundos levaria a crer na caracterização da entidade como uma organização não governamental. Por outro lado, fatores como o papel e o mandato por ele desempenhados na seara internacional e a existência de órgãos executivos e administrativos - além de um próprio plenário -

⁵⁴²BUGNION, François. Op.Cit., p.204.

⁵⁴³ A autora fala numa capacidade limitada de celebrar tratados. SOGNNAES, Cecilia. *International Legal Personality: an assessment of the International Committee of the Red Cross and its legal status*, Det Juridiske Fakultet. pp.52 e 53. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/39583/744.pdf?sequence=1>

⁵⁴⁴ “O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, fundado em 1863, em Genebra, e formalmente reconhecido pelas Convenções de Genebra e pelas Conferências Internacionais da Cruz Vermelha, é uma organização humanitária independente com status próprio”. Art.1.1 do Estatuto do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/icrc-statutes-080503.htm>

⁵⁴⁵ Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/771, Former Yugoslavia, de 13 de agosto de 1992. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771%281992%29

poderiam levar à conclusão de trata-se de uma organização internacional.⁵⁴⁶ Apesar de todas essas considerações, o CICV, como visto anteriormente, configura-se como uma pessoa de direito privado regida pelo direito suíço.

No caso *Prosecutor v. Simic*, levado ao Tribunal Penal para a ex-Yugoslávia, o procurador e a Corte afirmaram a existência da personalidade jurídica internacional do CICV. Suas opiniões, no entanto, divergiram no que se refere às consequências de tal personalidade, principalmente com relação ao *disclosure* de procedimentos judiciais que envolvam o trabalho do CICV.⁵⁴⁷ Isto porque, enquanto o procurador pedia a oitiva do testemunho de funcionários da organização, esta se negava a autorizá-lo, afirmando não haver necessidade da divulgação de informações, por parte dos funcionários, ao caso. A Corte seguiu o posicionamento do CICV, afirmando que a organização goza do privilégio absoluto de não divulgação de informações. Na sentença o tribunal afirmou que o CICV possui *status* especial no direito internacional⁵⁴⁸ e reconheceu que, apesar do seu caráter privado regido pelo direito suíço, a organização tem sua personalidade jurídica internacional aceita de forma geral.⁵⁴⁹

Para ABRAHAM, o simples fato de ao CICV serem garantidos, por parte dos Estados, privilégios e imunidades como uma forma de se assegurar à entidade facilidades ao seu trabalho enseja na afirmação de sua personalidade jurídica internacional.⁵⁵⁰ O reconhecimento desta personalidade por parte dos Estados se daria por meio de acordo de

⁵⁴⁶ O autor lembra, ainda, que o tratado firmado entre o CICV e o governo suíço, no qual este reconhece a personalidade jurídica internacional daquele, concede ao Comitê imunidades e privilégios normalmente garantidos a organizações internacionais. SOGNAES, Cecília. *Op.Cit.*, pp. 38 e 39.

⁵⁴⁷ Explica MACDONALD: “Usually, all ICRC procedures and the information it gathers are confidential, and are thus considered immune from disclosure. This confidentiality and immunity are meant to assure all parties to a given conflict that the ICRC is in fact a neutral body. Yet, in “special circumstances” the ICRC may waive its confidentiality and/or its immunity in accordance with its own Rules of Procedure. However, the ICRC has self-consciously refrained from developing the “special circumstance” exception”. MACDONALD, Mona *Legal Analysis and Policy Considerations of the Legal Immunity Held by the International Committee of the Red Cross In New England Int’l & Comp. L. Ann*, 1996, pp.71-92.p.78.

⁵⁴⁸ “It is widely acknowledged that the ICRC, an independent humanitarian organization, enjoys a special status in international law, based on the mandate conferred upon it by the international community. The Trial Chamber notes that the functions and tasks of the ICRC are directly derived from international law, that is, the Geneva Conventions and Additional Protocols. Another task of the ICRC under its Statute, is to promote the development, implementation, dissemination and application of international humanitarian law.” TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-YUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for Ruling Concerning the Testimony of a Witness*, de 27 de julho de 1999. para.46.

⁵⁴⁹ “It is generally acknowledged that the ICRC, although a private organization under Swiss law, has an international legal personality, as agreed by the Prosecution and the ICRC.” Idem. Nota de rodapé número 9 da sentença.

⁵⁵⁰ ABRAHAM, Garth *Yes...But Does It Have Personality? The International Committee Of The Red Cross And Sovereign Immunity InS. African L. J.*, 2007, pp.499-513.p.500.

sede.⁵⁵¹ A consequência desta personalidade seria dotar o CICV da capacidade de reclamar apenas uma imunidade soberana qualificada.⁵⁵²

Para RENAULT, não existe, do ponto de vista internacional, uma Cruz Vermelha. O que existe são apenas Sociedades Nacionais regidas pelo direito interno de seu respectivo Estado sede. Para RUEGGER, este argumento seria facilmente combatido ao se levar em conta os diversos acordos estabelecidos entre o CICV e os Estados em conflito.⁵⁵³ BOREL também contesta o posicionamento de RENAULT, afirmando que apenas as Sociedades Nacionais possuem, individualmente, seu *status* jurídico determinado pelo direito de seu país, o que não acontece com a organização como um todo. Além disso, acreditar na inexistência internacional da Cruz Vermelha, seria ignorar a própria existência de uma ação comum traçada pelas Sociedades em busca de um mesmo objetivo, através de uma estreita solidariedade criada entre elas.⁵⁵⁴

SOGNNAES acredita que a similaridade do CICV com as organizações internacionais seria o suficiente para afirmar sua personalidade internacional, uma vez que a doutrina reconhece a personalidade das organizações internacionais com base no parecer consultivo da CIJ no caso *Conde Bernadotte*.⁵⁵⁵ Além disso, a autora relaciona os acordos celebrados entre o CICV e a Organização da União Africana (1992), o CICV e a Organização dos Estados Americanos (1996) e o CICV e a Liga dos Estados Árabes (1999), além dos acordos de sede, com os acordos celebrados entre organizações internacionais e Estados, o que para ela seria mais uma evidência da existência da personalidade internacional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.⁵⁵⁶ Até mesmo o

⁵⁵¹ Idem, p.504.

⁵⁵² Ibidem, p.513.

⁵⁵³ RUEGGER, Paul. *Op.Cit.*, p.431.

⁵⁵⁴ BOREL, Eugène. *Op.Cit.*, pp.587 e 588.

⁵⁵⁵ SOGNNNAES, Cecilia. *Op.Cit.*, p.40

⁵⁵⁶ “These kinds of agreements are usually concluded between international organizations with international legal personality. The same logic as with States’ recognition of ICRC’s legal personality in the individual headquarters agreements, is applicable also in regards to the cooperation agreements. By concluding agreements with ICRC as an IGO rather than a NGO. Hence, the agreements can be viewed as an implicit recognition by the different IGOs in regards to the legal personality of ICRC”. Idem, p.50.

status de observador na ONU⁵⁵⁷ seria, segundo a autora, um indício do reconhecimento da personalidade jurídica do CICV por parte das Nações Unidas.⁵⁵⁸

Para PICTET, mesmo tratando-se de um sistema importante e peculiar no cenário internacional, ainda seria precipitado falar em personalidade jurídica internacional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.⁵⁵⁹ Mostra-se necessária a criação de uma classificação própria onde se possam encaixar organizações desta mesma natureza, uma vez que as atividades da entidade não se encaixam completamente no direito internacional, tampouco no direito interno.⁵⁶⁰

BARILE acredita que, apesar de as atividades realizadas pelo CICV desenvolverem-se, muitas vezes, na seara internacional, a entidade não pode ser considerada como um sujeito de direito internacional pelo simples fato de não ser titular de situações jurídicas internacionais. Para o autor, o ordenamento jurídico internacional confere ao CICV mecanismos para que este realize suas atividades. A obrigação de cumprir estes deveres não se configura, no entanto, como uma obrigação internacional, mas apenas como uma garantia indireta representada pela relação direitos-deveres existente entre os Estados. Desta forma, é facultado ao Estado, por exemplo, o direito de exonerar o CICV de suas funções, caso estas não sejam satisfeitas de forma adequada.⁵⁶¹

Para GAZZINI, o fato de algumas disputas do CICV serem resolvidas no plano internacional, através da previsão em acordos de sede, por exemplo, não enseja o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da entidade.⁵⁶² Tampouco o faz a

⁵⁵⁷ A ONU, através de resolução da Assembleia Geral, levando em conta o papel especial do CICV e o mandato a ele conferido pelas Convenções de Genebra, convidou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha a participar, na qualidade de observador, das sessões por ela promovidas. A resolução teve votação unânime dos 138 Estados Membros. Vale ressaltar que o CICV não possui direito de voto e que sua participação nas Nações Unidas não se dá de forma tão intensa quando à permitida à Santa Sé. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/45/6, *Observer status for the International Committee of the Red Cross, in consideration of the special role and mandates conferred upon it by the Geneva Conventions of 12 August 1949*, de 16 outubro de 1990. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r006.htm>

⁵⁵⁸ “The observer status is an implicit recognition by the international community of ICRC’s unique legal status due to its mandate and connection with international legal persons. Based on the traditional legal doctrine, the recognition by the UN is an argument in favor of ICRC being a subject of international law”. SOGNAES, Cecilia, *Op.Cit.*, p.49

⁵⁵⁹ Vale lembrar que curso de PICTET data do ano de 1950.

⁵⁶⁰ “Il nous paraît nécessaire d’attribuer à l’ensemble du “droit de la Croix Rouge” la qualité d’un système *sui generis* distinct, fondé sur l’idée du droit immanente à toute collectivité humaine et échappant à l’emprise de toute autre droit”. PICTET, Jean S. *Op.Cit.*, p.23.

⁵⁶¹ BARILE, G. Carattere del Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Rivista di diritto internazionale* 111(1979). p.115 *Apud* GAZZINI, Tarcisio. *A Unique non-State Actor: the International Committee of the Red Cross InHum. Rts. & Int’l Legal Discourse*, 2010, pp.32-46.p.41.

⁵⁶² “Not even the fact that some headquarters agreements provide for a mechanism for the resolution of disputes similar to international arbitration imposes the qualification of the agreements as international treaties or the attribution of international legal personality of the ICRC. As international investment

garantia de imunidades gozadas pela organização.⁵⁶³ O estabelecimento de relações similares às diplomáticas com os Estados e o *status* de observador na ONU também não são suficientes para atribuir ao CICV personalidade jurídica internacional.⁵⁶⁴ As Convenções de Genebra, na visão do autor, também não se mostram como fonte do reconhecimento desta personalidade. Isto porque os Estados, ao garantirem imunidades à organização, para assim facilitarem o exercício de suas atividades, apenas cumprem o disposto pelo tratado, o que não significa que as Convenções atribuam direitos ou personalidade jurídica diretamente ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha.⁵⁶⁵

Para o autor, o argumento mais plausível na fundamentação do reconhecimento da personalidade jurídica internacional do CICV se refere à ideia de que a personalidade é necessária para o exercício de sua função, pensamento este remanescente da opinião consultiva elaborada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Conde Bernadotte*, mesmo que na ocasião a Corte tratasse da personalidade jurídica internacional de organizações internacionais, o que não é o caso do CICV.⁵⁶⁶ No entanto, apesar de reconhecer a força deste argumento, o teórico não acredita existirem indícios convincentes da existência da personalidade jurídica internacional da entidade. Para ele, tal personalidade sequer se faz necessária. Tendo em vista a grandeza do papel desempenhado pela organização, a constatação da existência – ou não – de sua personalidade internacional torna-se, na opinião do autor, secundária.⁵⁶⁷ Este conclui, ainda, que o direito internacional precisa se ver livre da dicotomia objeto-sujeito que tanto o engessa e aceitar o significant e crescente papel desempenhado por uma gama de atores não estatais na seara internacional.⁵⁶⁸

arbitration clearly demonstrates, this classic method for the resolution of transnational disputes is not necessarily available only to subjects of international law”. GAZZINI, Tarcisio. *Op.cit.*, pp.36 e 37.

⁵⁶³ “The enjoyment of privileges and immunities by the ICRC in different countries is the result of agreements with or legislation enacted by the local governments. Since nothing prevents a State from granting immunities to an organisation or entity without international legal personality, the mere enjoyment of immunities by the ICRC, either on the basis of a piece of legislation or of an agreement with the territorial government, does not amount to conclusive evidence that the ICRC possesses international legal personality.” Idem, p.37.

⁵⁶⁴ Ibidem, p.38.

⁵⁶⁵ GAZZINI explica que, através das Convenções de Genebra, o CICV recebeu dos Estados partes o mandato para exercer as funções tradicionalmente exercidas pelos *Protecting Powers*. Figuras anteriores às mencionadas convenções, os *Protecting Powers* eram apontados pelas partes do conflito com a finalidade de salvaguardar seus respectivos interesses enquanto não se pusesse fim às hostilidades. O art.126 da 3ª Convenção de Genebra e o art.143 da 4ª Convenção estabelecem que o CICV goza das mesmas prerrogativas garantidas aos *Protecting Powers*, como, por exemplo, o direito de visitar e entrevistar prisioneiros de guerra e civis. Ibidem, p.40.

⁵⁶⁶ Ibidem, p.38.

⁵⁶⁷ Ibidem, p.45.

⁵⁶⁸ Ibidem, p.46.

É possível verificar, deste modo, que a titularidade subjetiva internacional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, assim como a da Santa Sé e a da Ordem de Malta, é passível de contestação, posto que os argumentos jurídicos trazidos se mostram, muitas vezes, insuficientes para a consolidação da personalidade jurídica internacional. Em todos os casos, as bases da argumentação são históricas e baseadas no caráter *sui generis* das entidades. Esta justificativa, no entanto, não é, de forma alguma, jurídica. Para QUADRI, a utilização da categoria “*sui generis*” – categoria esta considerada pelo autor como acéfala – demonstra a confusão e a insuficiência da doutrina na questão.⁵⁶⁹

São pouco abordadas as questões relativas à atribuição, a esses sujeitos, de direitos e de deveres no cenário internacional e da capacidade para exercê-los. Nada se fala, por exemplo, sobre a responsabilidade internacional dessas entidades. A regulamentação de sua relação com os demais sujeitos do direito internacional tampouco se faz clara, mesmo exercendo tais entidades o direito de legação, à forma do exercido pelos Estados. Desta forma, verifica-se, na tentativa de se entender o comportamento de tais sujeitos, a utilização de analogias ora com as organizações internacionais, ora com os Estados, inexistindo, no entanto, qualquer previsão destinada especificamente a estas entidades.

O estudo realizado demonstra que não existem elementos uniformes que identifiquem estes sujeitos. Há grande dificuldade em se verificar quais os critérios jurídicos utilizados na fundamentação da atribuição da titularidade subjetiva destes entes. Assim como o verificado no reconhecimento de novos Estados, os critérios jurídicos são colocados de lado, restando apenas a escolha política da comunidade internacional em reconhecer tais entidades como sujeitos de direito internacional. Cabe, novamente, uma crítica à utilização de escolhas políticas em uma seara na qual critérios jurídicos são imprescindíveis. A relevância da atuação de determinados organismos no plano internacional não exime a comunidade internacional de utilizar os critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico internacional na atribuição da titularidade subjetiva.

⁵⁶⁹ QUADRI, R. *Op.Cit.*, p.385.

CONCLUSÃO

A presença cada vez maior de diferentes atores na seara global é uma realidade inegável nos dias atuais. A relevância da participação de cada um deles na vida mundial pode variar, mas a necessidade de uma maior clareza quanto à sua condição jurídica mostra-se sempre imprescindível para um melhor entendimento das relações jurídicas hoje existentes na comunidade internacional.

A prática internacional traz diversos exemplos de como a definição sobre a situação jurídica internacional de determinada entidade pode afetar as relações entre os sujeitos de direito internacional, como pode ser visto, por exemplo, no caso de Kosovo, que teve a legalidade de sua declaração de independência analisada pela Corte Internacional de Justiça.

A qualidade de sujeito de direito, conforme pôde ser visto no primeiro capítulo do trabalho, vincula a entidade a direitos e deveres, o que acarreta na possibilidade de sua responsabilização quando da violação do disposto pelo ordenamento jurídico. Suas ações encontram-se, deste modo, subordinadas ao direito, independentemente de tratar-se de pessoa física ou de pessoa jurídica.

No segundo capítulo foi possível verificar que a doutrina jusinternacionalista, a par das mudanças ocorridas na realidade internacional e das necessidades por elas acarretadas, buscou formas de justificar juridicamente a ampliação do rol dos sujeitos do direito das gentes, identificando critérios que pudessem basear a atribuição da titularidade subjetiva internacional a entidades que não os Estados. Desta feita, conforme pode-se encontrar de maneira uniforme na doutrina, o sujeito de direito internacional é tido como aquele possuidor de direitos e deveres na esfera internacional e de capacidade para exercê-los. Apesar de o critério para a atribuição da personalidade jurídica internacional ser aceito unanimemente pela doutrina, na prática este reconhecimento mostra-se muito mais complexo.

A partir da análise da personalidade jurídica do Estado, das organizações internacionais e dos indivíduos foi possível verificar que os direitos, deveres e capacidades dos sujeitos do direito das gentes variam de acordo com a atuação destes no plano internacional. Deste modo, por exemplo, o fato de o indivíduo não ser capaz de celebrar tratado ou o fato de ter seu acesso aos tribunais internacionais condicionado pelo Estado não afetam a sua personalidade jurídica internacional. Apesar da existência dos critérios – direito, deveres e capacidade para exercê-los – que definem os sujeitos de direito

internacional, grande dificuldade é encontrada no que diz respeito ao reconhecimento de novos sujeitos pela comunidade internacional.

Quando se trata dos sujeitos atípicos do direito internacional, a questão dos critérios jurídicos para a atribuição da personalidade jurídica internacional torna-se mais controversa. A frequente utilização do termo *sui generis* na identificação destes sujeitos denota a falta de embasamento jurídico no reconhecimento de tais organismos como sujeito do direito das gentes: têm sua personalidade jurídica reconhecida no plano internacional por serem entidades únicas, cuja titularidade subjetiva deriva de critérios puramente históricos e da importância a elas reconhecidas pelos Estados. Ao se abordarem as questões jurídicas, no entanto, restam pouca clareza e muitas dúvidas entre os autores, que, dificilmente, chegam a um consenso em relação a qualquer dos diversos pontos que podem ser levantados em cada caso.

A atribuição de direitos e deveres e da capacidade de exercê-los por parte do ordenamento jurídico internacional é o critério jurídico que identifica todos os sujeitos de direito internacional. Conforme demonstrado no presente estudo, estes direitos, deveres e capacidades não são os mesmos para cada um dos sujeitos existentes, podendo variar de acordo com a especificidade de cada entidade. Já a personalidade jurídica internacional, por sua vez, é constante, fazendo-se presente quando preenchidos os critérios anteriormente referidos e inexistindo quando algum deles não for satisfeito.

Deste modo, por mais relevantes que as atividades de um organismo possam se demonstrar no plano global, nos casos em que não existirem direitos, deveres e capacidade atribuídos pelo ordenamento, tratar-se-á tão somente de um ator no cenário internacional, a exemplo do que ocorre com as organizações não governamentais e com as empresas transnacionais. A evolução das relações sociais, no entanto, permite que, verificada a necessidade por parte da comunidade internacional, o ordenamento jurídico passe a atribuir direitos, obrigações e capacidades a novas entidades que, até então, figuravam apenas como atores nas relações internacionais.

Apesar da existência de critérios estabelecidos pela ordem internacional, tanto doutrina e prática encontram grande dificuldade em precisar o momento exato do surgimento de um novo sujeito. No tocante ao reconhecimento de um novo Estado, as teorias existentes mostram-se insuficientes não apenas na determinação do momento em que uma unidade passa a se configurar como Estado, mas, principalmente, na determinação da oponibilidade da personalidade jurídica internacional aos Estados que não reconhecem a nova entidade como seu par. A dificuldade também se faz presente nos casos envolvendo

as demais formas de organização que têm seu *status* de sujeito reconhecido no plano internacional. A evolução, desde a atribuição dos primeiros direitos e deveres até o reconhecimento da personalidade jurídica em si, faz-se de forma gradual, até que se atinja o consenso, por parte da comunidade internacional, de que o ente em questão possui todos os critérios jurídicos necessários à caracterização de um sujeito de direito internacional.

Ainda no tocante ao reconhecimento de novos sujeitos, não são poucos os exemplos existentes no cenário internacional de entidades que vêm sua personalidade jurídica internacional obstada por opção política dos Estados mais influentes nas relações internacionais. Em virtude da não obrigatoriedade em se reconhecer um novo Estado, os Estados que já fazem parte da comunidade internacional não se sentem subordinados à utilização de critérios jurídicos quando do reconhecimento de um novo Estado. Este posicionamento é bastante criticável do ponto de vista jurídico. O simples fato de não existir um poder central no direito internacional e de o Estado se ver livre para reconhecer ou não um novo sujeito deste direito não proporciona – ou, pelo menos, não deveria proporcionar – ao Estado a prerrogativa de ignorar os critérios trazidos pelo ordenamento jurídico internacional.

O mesmo pode ser verificado no estudo dos sujeitos atípicos do direito internacional. As análises teóricas, quando aprofundadas, demonstram a falta da utilização de critérios jurídicos na configuração destes organismos como sujeitos da ordem jurídica internacional, persistindo a dúvida sobre o momento da atribuição do *status* de sujeito do direito das gentes e o momento da atribuição de direitos, deveres e capacidade, o que leva a um raciocínio circular sobre motivo e consequência. Aqui também a liberdade dada à comunidade internacional na atribuição da titularidade subjetiva às entidades às quais a qualidade de sujeito mostra-se imprescindível não justifica o abandono dos critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico internacional no tocante à matéria.

A constatação de que a comunidade internacional não se mostra inteiramente comprometida a observar os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico internacional no que diz respeito ao reconhecimento da personalidade jurídica internacional deve – ou, ao menos, deveria – alarmar a comunidade científica para a necessidade de se empreender um esforço voltado à realização do direito internacional na esfera global, para que este não se veja, no que diz respeito ao surgimento de seus sujeitos, sobrepujado por questões políticas.

BIBLIOGRAFIA

ABASS, Ademolas. *International Law: texts, cases and materials*. Oxford University Press.

ABDULLAH, Yasmin. *The Holy See at the United Nations Conferences: State or Church?* Columbia Law Review (1996), pp 1835-1875.

ABEL, Olivier. Les racines protestantes de la notion de sujet de droit In *Archives de Philosophie du Droit, Tome 34*. Publié avec le concours du C.N.R.S..Paris: Sirey, 1989. pp. 33-49.

ABELLAN HONRUBIA, Victoria. *La responsabilité internationale de l'individu*. RCADI, Volume 280 (1999), pp. 135-428.

ABRAHAM, Garth. *Yes...But Does It Have Personality? The International Committee Of The Red Cross And Sovereign Immunity* In *S. African L. J.*, 2007, pp.499-513.

ACCARIAS, C. *Précis de Droit Romain*. Paris: Cotillon, 1886.

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol.I. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; NASCIMENTO E SILVA, G.E.;CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19ª ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo. São Paulo: Saraiva, 2010.

ACHOUR, Y. Ben. *Souveraineté étatique et protection internationale des minorités*. RCADI, Volume 245 (1994-I).pp.321-461

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

ALVAREZ, José E. *International Organizations as Law Makers*. New York: Oxford University Press, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Volume I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967.

AMERASINGHE, C.F., *International Legal Personality Revisited* in JOHNS, Fleur *International Legal Personality*. Ashgate Publishing Company, 2010. pp. 240-261.

ANZILOTTI, Dionísio. *Curso de Derecho Internacional*. Traducción de la tercera edición italiana por Julio Lopez Olivan. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1935.

_____. *Gli organi comuni nelle societa di Stati*, 8 RDI, 1914.

_____. Voto Dissidente no caso *Regime Douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Série AB, N.41. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_41/02_Regime_douanier_Opinion_Anzilotti.pdf

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *On the Nature of the International Personality of the Holy See*. Rev.BDI (1996), pp. 354-369.

ARAUJO, John Robert. *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*. Catholic U.Law Review (2000-2001). pp.291-360.

ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. *Conflitos interpessoais, constituição do sujeito de direito e promoção dos direitos humanos*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/134766144/Assis-de-Almeida-Guilherme-constituicaodosujeito>

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *Ius Gentium em Francisco de Vitória: a fundamentação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional na tradição tomista*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2008.

BARBERIS, Julio A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madri: Tecnos, 1984.

_____. *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*. RCADI, Volume 179 (1983-I), pp.145-304.

BASDEVANT, Jules. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, Volume 58 (1936-IV), pp. 471-692.

BEDJAOUI, Mohammed. *Problèmes récents de succession d'états dans les états nouveaux*. RCADI, Volume 130 (1970-II), pp. 454-585.

BEREZOWSKI, Cezary. *Les sujets non souverains du droit international*. RCADI, Volume 65 (1938-III), pp.1-85.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda Editora, 2007.

BISHOP, W.W.. *General course of public international law*. RCADI, Volume 115 (1965-II), pp. 147-470.

BLIX, Hans Martin. *Contemporary aspects of recognition*. RCADI, Volume 130 (1970-II), pp. 586-703.

BOREL, Eugène. *L'organisation internationale de la Croix-Rouge*. RCADI, Volume 1 (1923-I), pp. 573-607.

BOURGEOIS, Leon. *La solidarité*. Paris: A.Colin, 1902.

BREYCHA-VAUTHIER, Arthur e POTULICKI Michael, *The Order of St. John in International Law: a forerunner of the red cross*. American Journal of International Law, 1954, pp.554-563.

BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. Lisboa: Fund Calouste Gulbenkian, 1979.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4a ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.

BUGNION, François. *The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law* In *Chi. J. Int'l L.* (2004-2005), pp.191-215.

CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa Humana e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A consolidação da personalidade e da capacidade jurídica do indivíduo como sujeito de direito internacional* In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Justicia, libertad y derechos humanos: ensaios en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo I. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.

_____. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. RCADI, Volume 316 (2005) , pp. 9-439.

_____. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

CANSACCHI DI AMELIA, Giorgio. *Identité et continuité des sujets internationaux*. RCADI, Volume 130 (1970-II), pp. 1-94.

CARREAU, Dominique. *Droit International Public*. 4ª ed. Pedone: Paris, 1994.

CARTAXO, Ernani Guarita. *Pessoas Jurídicas em suas Origens Romanas*. Curitiba: Gráfica Paranaense, 1943.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Secessão no Direito Internacional e o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre Kosovo de 22 de julho de 2010* In *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Ano XCVIII, ago/dez.2013, v.1, n.119-24. pp.111-126.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

CDI. *Draft articles on the responsibility of international organizations*. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_11_2011.pdf

_____. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf

CIJ. *Case Concerning the Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Sentença de 03 de fevereiro de 2003.

____. Parecer consultivo relativo ao caso *Western Sahara*, de 16 de outubro de 1975.

____. Parecer consultivo relativo ao caso *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, de 22 de julho de 2010.

____. Parecer consultivo relativo ao caso *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, de 15 de dezembro de 1989.

____. Parecer consultivo relativo ao caso *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between The WHO And Egypt*, de 20 de dezembro de 1980.

____. Parecer consultivo relativo ao caso *Reparation of injuries suffered in the service of the United Nations*, de 11 de abril de 1949.

____. *The North Sea Continental Shelf Cases*, sentenças de 20 de fevereiro de 1969.

CLEMENS, Rene. *Personalité morale et personnalité juridique*. Paris: Recueil Sirey, 1935.

CONDORELLI, Luigi. *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*. RCADI, Volume 189 (1984-VI), pp. 9-221.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1957.

CORTE ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Appeals Chamber, *Decision on lack of jurisdiction / abuse of process: amnesty provided by the Lomé Accord*, N.SCSL-2004-14-ART2(E). Sentença de 25 de maio de 2004.

COSNARD, Michel. *Rapport Introductif* in Société Française pour le Droit International. Colloque du Mans. *Le Sujet en Droit International*. Paris: Pedone, 2005.

COX, Noel. *The Continuing Question of Sovereignty and the Sovereign Military Order of Jerusalem, of Rhodes and of Malta*. Australian International Law Journal, vol.13. pp.211-232.

CPA, *The Island of Palmas Case (or Miangas)*, de 4 de abril de 1928.

CPJI. *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, 1926, Série A, N.7. Sentença de 25 de maio de 1926.

____. *Case of The S.S. "Lotus"*, 1927, Série A – N.10. Sentença de 07 de setembro de 1927.

____. Parecer consultivo relativo ao caso *Jurisdiction of the Courts of Danzig*. 1928, Serie B, N.15.

_____. Parecer consultivo relativo ao caso *Monastère de Saint-Naoum*, 1924, Série B, N.9.

_____. Parecer consultivo relativo ao caso *Regime Douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, de 1931, Série AB, N.41.

CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*. 2nd edition, Oxford University Press, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, no Novo Código Civil. 30^a ed. rev., e acrescida com casos práticos do Tribunal de Roma. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUMBO, Horace F. *The Holy See and International Law*. *International Law Quarterly* (1948). pp.603-620.

DE FISCHER, Béat. *L'Ordre Souverain de Malte*. RCADI, Volume 163 (1979-II), pp. 1-48.

DE LA BRIÈRE, R.-P.-Y. *La condition juridique de la Cité du Vatican*. RCADI, Volume 33 (1930-III), pp. 113-165.

DEGAN, Vladimir-Djuro. *Création et disparition de l'Etat (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)*. RCADI, Volume 279 (1999), pp. 195-375.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do Estado*. Tradução portuguesa de António Pinto de Carvalho. Prefácio de Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.

DIXON, Martin; MCCORQUODALE, Robert e WILLIAMS, Sarah. *Cases and Materials on International Law*. 5th edition. Oxford University Press.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DUFFAR, Jean. *Contribution à l'Étude des Privilèges et Immunités des Organisations Internationales*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence: Paris.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2a ed. Tome I. La règle de droit. Le problème de l'état. Paris : Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 8a ed. Paris: Dalloz, 2006.

_____. *Le fait générateur de la responsabilité internationale des états*. RCADI, Volume 188 (1984-V), pp. 9-133.

_____. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. RCADI, Volume 297 (2002), pp. 9-489.

DURKHEIM, Émile. *Fato Social e Divisão do Trabalho*. Apresentação e comentários de Ricardo Musse; tradução de Cilaine Alves Cunha e Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 2007.

ELIACHEVITCH, Basile. *La Personnalité Juridique en Droit Privé Romain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942.

ERICH, R.. *La naissance et la reconnaissance des états*. RCADI, Volume 13 (1926-III), pp. 427-507.

EUSTATHIADES, Constantin Th. *Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances*. RCADI, Volume 84 (1953-III), pp.397-633.

FANTAU, James. *Rethinking the Sovereign Status of the Holy See: towards a greater equality of States and greater protection of citizens in United States courts*. Cardozo Journal of International and Comparative Law (2011), pp.487-524.

FARRAN, C. D'Olivier. *The Sovereign Order of Malta in International Law*. International and Comparated Law Quarterly (1954), pp.217-234.

FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Publique*. Vol.I. Paris: Rousseau & Cie. Editeurs, 1922.

FELDMANN, David. *International Personality*. RCADI, Volume 191 (1985-II), pp.343-414.

FERRAJOLI. Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho; revisão da tradução por Karina Jannini. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

FERRARA, Francisco. *Teoria delle Persone Giuridique*. 2ª ed. Napoli: Eugeni Marghieri, 1923.

GARCIA-AMADOR, Francisco V.. *State responsibility: some new problems*. RCADI, Volume 94 (1958-II), pp. 365-491.

GAZZINI, Tarcisio. *A Unique non-State Actor: the International Committee of the Red Cross In Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse*, 2010, pp.32-46.

GIDEL, Gilbert. *Droits et devoirs des nations: la théorie classique des droits fondamentaux des états*. RCADI, Volume 10 (1925-V), pp. 537-597.

GIERKE, Otton. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducida directamente del alemán por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

GOROVTSEFF, Alexandre. *Études de Principiologie du Droit: theorie du sujet du droit*. Paris : Recueil Sirey, 1928.

GOYAU, Georges. *L'église catholique et le droit des gens*. RCADI, Volume 6 (1925-I), pp. 123-239.

GRAEFRATH, Bernhard. *Responsibility and Damages Caused: relationship between responsibility and damages*. RCADI, Volume 185 (1984-II), pp. 9-149.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. Vol.I.

GRZEGORCZYK, Christophe. Le sujet de droit: trois hypostases In *Archives de philosophie du droit*: le sujet de droit, Tome 34. Publié avec le concours du C.N.R.S..Paris: Sirey, 1989. pp.9-24.

HAARSCHER, Guy. *Philosophie des Droits de L'homme*. Bruxelles: Editions de L'université de Bruxelles, 1998.

HAFNER, Gerhard. *The Emancipation of the Individual from the State under International Law*. RCADI, Volume 358 (2011-IV), pp.263-454.

HAURIU, Maurice. *La teoria de la institucion y de la fundación – ensayo de vitalismo social*. Tradución del francés, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Introdução à história da filosofia*. Tradução: Euclidy Carneiro da Silva. São Paulo: Hemus, 1976.

HEILBORN, Paul. *Les sources du droit international*. RCADI, (1926-I), vol.11, 1-63.

HEYDTE, F.A. von der. *L'individu et les tribunaux internationaux*. RCADI, Volume 107 (1962-III) , pp. 287-359.

Institutas do Imperador Justiniano. Manual para uso dos estudantes de Direito de Constantinopla, compilado por ordem do Imperador Justiniano em 533 a.C.. Traduções e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2001.

JHERING, Rudolf Von. *Evolução do Direito*. Tradução de O. De Meulenaere. Lisboa: José Bastos. S.I. : S.N., 19- ?.

_____. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Traduction sur la 3a édition avec l'autorisation de l'auteur par O. De Meulenaere. Tome I. Paris : A. Mariscq, Aîné editeur, 1967.

JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Premier partie, Théorie général de l'État. Paris : V. Giard & E. Brière, 1911.

_____. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie, Théorie Juridique de l'État. Paris : V. Giard & E. Brière, 1913.

_____. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1954.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KASHIURA JR., Celso Naoto. *Sujeito de Direito e Capitalismo*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012.

KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Princípios do Direito Internacional*. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin; revisão da tradução por Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Ed. Unijui, 2010.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2011.

_____. *Théorie du droit international public*. RCADI, Volume 84 (1953-III), pp.1-203.

KLEFFENS, Eelco Nicolaas van. *Sovereignty in international law: five lectures*. RCADI, Volume 82 (1953-I), pp. 1-131.

KLEIN, Pierre. *La Responsabilité des Organisations Internationales dans les Ordres Juridiques Interne et en Droit des Gens*. Bruxelles: Editions Bruylant, 1998.

KOROWICZ, Marek Stanislaw. *Some present aspects of sovereignty in international law*. RCADI, Volume 102 (1961-I), pp. 1-120.

_____. *The Problem of International Personality of Individuals*. In JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Ashgate Publishing Company, 2010. pp. 197-226.

KRABBE, H.. *L'idée moderne de l'état*. RCADI, Volume 13 (1926-III), pp. 509-583.

_____. *The modern idea of state*. New York: Dr. Appleton and Company, 1922.

L'inizio della Persona nel Sistema Giuridico Romanista. Università di Roma "La Sapienza", Roma, 1997

LAUTERPACHT, H.. *The international protection of human rights*. RCADI, Volume 70 (1947-I), pp. 1-108.

LOPES, Miguel Maria da Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1971.

MACDONALD, Mona. *Legal Analysis and Policy Considerations of the Legal Immunity Held by the International Committee of the Red Cross In New England Int'l & Comp. L. Ann*, 1996, pp.71-92.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MALALARMÉ, A. *Emer de Vattel In Les fondateurs du droit international: leur oeuvre, leur doctrine*. Avec une introduction de A.Pillet. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.

MALUWA, Tiyanjana. *The Holy See and the Concept of International Legal Personality: some reflections*. Compared and International Law Journal S. Afr. (1986), pp.1-26.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Editora Franciscana, 1971.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. Precedido de uma Introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss; textos Georges Gurvitch, Henri Lévy-Bruhl; tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2008.

MCWHINNEY, Edward. *Self-determination of peoples and plural-ethnic states: secession and state succession and the alternative, federal option*. RCADI, Volume 294 (2002), pp. 167-263.

MECHOULAN, Henry. Victoria, père du droit international? In TRUYOL Y SERRA, Antonio; MECHOULAN, Henry; HAGGENMACHER, Peter; ORTIZ-ARCE, Antonio; MARINO, Primitivo & VERHOEVEN, Joe. *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*. Travaux de la Journée d'études organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles de Visscher por le droit international. Bruylant: Bruxelles, 1988.

MEIRA, Silvio A. B.. *Instituições de Direito Romano*. Parte Geral. São Paulo: Max Limonad, 1962.

MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

_____. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICELI, Vincenzo. *La Personalità nella Filosofia del Diritto*. Milano: Società Editrice Libreria, 1922.

MICHOUD, Léon. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 2a ed. Paris: Librairie Générale de droit & de jurisprudence, 1924.

MIRAGLIA, Luis. *Filosofia del Derecho*. Tomo I. Madrid: La España Moderna.

MORENO, Martin T. Ruiz. *Filosofia del derecho (Teoria general e historia de doctrinas)*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1944.

NIJMAN, Janne E.. "Paul Ricoeur and International Law: Beyond 'The End of the Subject'. Towards a "Reconceptualization of International Legal Personality". In JOHNS, Fleur. Ashgate Publishing Company, 2010. *International Legal Personality*. pp.479-518

NORDQUIST, Myron H. et. al. (Eds). *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary*. Edição online. Martinus Nijhoff Publishers, 2013

O CONNELL, Daniel Patrick. *Recent problems of state succession in relation to new states*. RCADI, Volume 130 (1970-II), pp. 95-206.

ONU. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/2625(XXV), *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, de 24 de outubro de 1970.

_____. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/1514(XV), *Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples*, de 14 de dezembro de 1960.

_____. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/45/6 , *Observer status for the International Committee of the Red Cross, in consideration of the special role and mandates conferred upon it by the Geneva Conventions of 12 August 1949*, de 16 outubro de 1990.

_____. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/58/314, *Participation of the Holy See in the work of the United Nations.U.N.*, de 01 de julho de 2004.

_____. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/799(VIII), *Request for the codification of the principles of international law governing State responsibility*, de 7 de dezembro de 1953. Disponível em:

_____. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/2444(XXIII), *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, de 19 de dezembro de 1968.

_____. Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/955, *Establishment of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and adoption of the Statute of the Tribunal*, de 08 de novembro de 1994.

_____. Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/771, *Former Yugoslavia*, de 13 de agosto de 1992.

_____. Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/827, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*, de 25 de maio de 1993.

_____. Resolução do Conselho de Segurança da ONU, S/RES/277, *Southern Rhodesia*, de 18 de março de 1970.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PHILLIMORE, W.G.F.. *Droits et devoirs fondamentaux des Etats*. RCADI, Volume 1 (1923-I), pp. 29-71.

PICAZO, Luis Díez y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. Volume I. Madrid: Technos, 2000.

PICTET, Jean S.. *La Croix-Rouge et les conventions de Genève*. RCADI, Volume 76 (1950-I), pp. 1-119.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLITIS, N.. *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*. RCADI, Volume 6 (1925-I), pp. 1-121.

PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International*. New York: Cambridge University Press, 2010.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

QUADRI, R. *Cours général de droit international public*. RCADI, Volume 113 (1964-III), pp. 237-483.

QUOC DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick et PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8a ed. Paris: L.G.D.J., 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27ª ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICOEUR, Paul. *O Justo 1 – A justiça como regra moral e instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUSSEAU, Charles. *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre*. RCADI, Volume 73 (1948-II), pp. 167-253.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RUEGGER, Paul. *L'Organisation de la Croix-Rouge internationale sous ses aspects juridiques*. RCADI, Volume 82 (1953-I), pp. 373-480.

RYNGAERT, Cedric. *The Legal Status of the Holy See*. Göttingen Journal of international Law, 2011. Pp.829-859.

SALEILLES, Raymond. *La Personnalité Juridique: histoires et théories*. 2a ed. Paris : Rousseau, 1922.

SAROOSHI, Dan. *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford University Press: New York, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Tome II. Traduit de l'allemand par Ch. Guenoux. Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.

SCELLE, Georges. *Précis du droit des gens: principes et systématique*. Dalloz : Paris, 2005.

_____; ESMEIN, Paul ; DE LA MORANDIÈRE, Leon Julliot ; LEVI-BRUHL, Henri. *Introduction à l'étude du droit*. Tome I. Paris: Édition Rousseau, 1951.

SCHERMERS, Henry G. & BLOKKER Niels M.. *International Institutional Law – unity within diversity*. 3a ed. Revisada. Martinus Nijhoff Publishers.

SCOTT, James Brown. *The Spanish conception of international law and of sanctions*. Carnegie Endowment for International Peace: Washington, 1934.

SEYERSTED, Finn. *Applicable Law in Relations Between Intergovernmental Organizations and Private Parties*. RCADI, 1967, vol.III, pp.433-624.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959.

SIOTTO-PINTOR, Manfredi. *Les sujets du droit international autres que les états*. RCADI, Volume 41 (1932-III), pp.245-361.

SHAW, M. N. *International Law*. 6a ed. Cambridge: University Press, 2008.

SOGNNAES, Cecilia. *International Legal Personality: an assessment of the International Committee of the Red Cross and its legal status*. Det Juridiske Fakultet. Disponible en: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/39583/744.pdf?sequence=1>

SPERDUTI, Giuseppe. *L'individu et le droit international*. RCADI, Volume 90 (1956-II), pp.727-849.

SPIROPOULOS, J. *L'individu et le droit international*. RCADI, Volume 30 (1929- V), pp.191-270.

STERN, Brigitte. *La succession d'États*. RCADI, Volume 262 (1996), pp. 9-437.

STRUPP, Karl. *Les règles générales du droit de la paix*. RCADI, Volume 47 (1934-I) , pp. 259-595.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SUY, E. *The Status of Observer in International Organizations*. RCADI, Volume 160 (1978-II), pp. 75-180.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-YUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Tadic*. Decision of the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, de 02 de outubro de 1995.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-YUGOSLÁVIA. Trial Chamber. *Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for Ruling Concerning the Testimony of a Witness*, de 27 de julho de 1999.

TRIEPEL, H. *Les rapports entre le droit interne et le droit international* RCADI, vol.1 (1923-I), pp.77-121.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles*. RCADI, Volume 116 (1965-III), pp. 89-179.

TUNKIN, Gregory I. *The Legal Nature of United Nations*. RCADI, 1966, vol.III, pp.1-67.

VATTEL, Emmerich de. *O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

VERDROSS, A.. *Règles générales du droit international de la paix*. RCADI, Volume 30 (1929-V) , pp. 271-517.

VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. *Traité Général de Droit de l'État*. TomoI. Essai d'une théorie realiste de droit politique. Preface par Louis le Fur. Paris: Recueil Sirey, 1929.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. 2ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VUKAS, Budislav. *States, peoples and minorities*. RCADI, Volume 231 (1991-VI), pp. 263-524.

WALDOCK, Humphrey. *General course on public international law*. RCADI, Volume 106 (1962-II), pp. 1-251.

WHITE, N.D., *The law of international organizations*. Manchester University Press: New York, 1996.

WILLIAMS, John Fischer. *La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents*. RCADI, Volume 44 (1933-II), pp. 199-314.

ZEMANEK, Karl. *State succession after decolonization*. RCADI, Volume 116 (1965-III), pp. 181-300.