

A ADMINISTRAÇÃO INTERNACIONAL DE TERRITÓRIOS: DO CONSTITUCIONALISMO IMPOSTO À CONSTRUÇÃO DE UMA ORDEM CONSTITUCIONAL

*Otávio Cançado TRINDADE**

RESUMO

Ao longo do século XX, a administração internacional de territórios ocorreu mediante arranjos que atribuíram a um terceiro Estado essa função e arranjos em que o governo é exercido por instituição representativa da comunidade internacional. Graças ao grau de institucionalidade da comunidade internacional e ao direito da Carta das Nações Unidas, foi possível reviver esse tipo de experiência mesmo após a condenação do colonialismo. Uma abordagem constitucional pode fornecer elementos que legitimam a administração internacional e elementos que o questionam. Ela requer a sua constante legitimação. Para evitar um constitucionalismo imposto, deve-se permitir que indivíduos sob administração internacional participem da vida política e que questionem as decisões tomadas pela autoridade transitória estrangeira. A Missão das Nações Unidas para Administração Interina em Kosovo (UNMIK) ilustra a falta de monitoramento, enquanto a jurisprudência da corte constitucional da Bósnia-Herzegovina ilustra controle sobre a autoridade estrangeira.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional. Administração de territórios. Constitucionalização. Legitimidade.

* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela UnB, mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco (Prêmio Hildebrando Accioly) e bacharel em Direito pela UnB. Diplomata. E-mail: otavioctrindade@gmail.com

O presente artigo examinará o exercício do governo pela comunidade internacional na administração de territórios. Por meio da administração de territórios, atualmente inserida no marco de operações de manutenção da paz, o direito internacional cria ordens jurídicas autônomas, constitucionais, que regulamentam funções típicas de Estado. O assunto guarda estreita relação com a constitucionalização do direito internacional (DIP). Trata-se de um ponto de contato significativo entre instituições percebidas como representativas da comunidade internacional e indivíduos, em que se exerce, diariamente, poder de decisão com impacto direto sobre as esferas pública e privada. O objetivo do artigo é examinar como a constitucionalização do DIP opera na administração internacional de territórios.

Dois aspectos do tema são importantes para os fins do presente estudo. O primeiro é a análise da evolução histórica da administração de territórios e de como contribui para a criação de uma ordem constitucional interna. É útil verificar a transição entre arranjos criados para atribuir a um terceiro Estado o governo de território “sem capacidade de auto-governo”, como os sistemas de mandato e de tutela, para arranjos em que o governo é exercido pela própria comunidade internacional com o objetivo de reerguer instituições governamentais locais e a ordem constitucional de um território, como a Missão das Nações Unidas para Administração Interina em Kosovo (UNMIK). A mudança das justificativas de uma administração internacional muito se deveu ao movimento de descolonização, imbuído da crítica ao colonialismo. O direito da Carta das Nações Unidas tornou possível a atuação da organização no processo de descolonização, como evidenciaram as resoluções do CSNU sobre a Namíbia, sentenças e pareceres da CIJ e a Declaração da AGNU sobre a Concessão de Independência a Países e Povos sob Colonização (Resolução 1514/XV).

O segundo aspecto relevante são os limites impostos à administração internacional para evitar que a comunidade internacional acabe se tornando opressora e violadora de direitos individuais ao governar um território. Enquanto o direito internacional dos direitos

humanos e o direito internacional penal desenvolveram mecanismos jurídicos para regular e adjudicar sobre direitos e obrigações internacionais sob o direito internacional, o exercício de autoridade normativa direta sobre indivíduos não tem sido acompanhado do mesmo nível de institucionalização¹. Mecanismos de controle em benefício da população local têm o objetivo de evitar que a própria comunidade internacional, ao assumir o governo para preservar núcleo de valores do direito internacional, venha a se tornar algoz de um povo. Buscam reproduzir a idéia de limitação do poder que fundamenta os constitucionalismos nacionais e o direito dos direitos humanos. Tais mecanismos também foram, a despeito de imperfeições, acolhidos na administração internacional de territórios. O caso de Kosovo é emblemático para o estudo do tema. Trata-se de exemplo contemporâneo de administração direta de territórios, envolve os principais elementos que justificam a administração internacional de um território, levou à proclamação de independência do território e foi objeto de parecer da CIJ com ampla participação dos Estados. Merece, portanto, ser objeto de “estudo de caso”.

1. Antecedentes da administração internacional de territórios

Até a criação da Liga das Nações, não havia distinção entre administração estrangeira regida pelo “direito da ocupação” e o que se veio a denominar “administração internacional” de territórios. As colônias estavam submetidas à soberania da metrópole, ainda que cada potência colonizadora criasse mecanismos internos que atribuíssem maior autonomia aos povos sob seu domínio. Os casos de internacionalização, especialmente de cidades, ocorriam mediante arranjos criados por um grupo de Estados, em que se assumia autoridade executiva sobre um território. Como antecedentes, pode-se citar a criação da “Cidade Livre de Cracóvia”², em 1815, a ocupação

¹ STAHN, Carsten. **The law and practice of international territorial administration**. Cambridge University Press: Cambridge/New York, 2008, p. 32.

² Criada pelo artigo 6 da Declaração Final do Congresso de Viena, era

européia da ilha de Creta (1897-1899)³ e a Comissão Albanesa de Controle (1913)⁴. Após a I Guerra, a internacionalização de territórios por organizações internacionais, como a Liga das Nações e as Nações Unidas, passou a ganhar contornos próprios e se distinguir do “direito da ocupação”.

Os princípios e normas que regem a administração internacional de territórios, nos dias de hoje, foram influenciados pelas experiências, na primeira metade do século XX, dos sistemas de Mandato e de Tutela. O conceito de autoridade “fiduciária”, exercida por período de tempo determinado, inerente ao Mandato e à Tutela, também integra o arcabouço conceitual da administração internacional. Outra semelhança diz respeito à responsabilidade do gestor pelo desenvolvimento do território administrado. A evolução das obrigações de “potências ocupantes” também é influenciada pelas experiências de administração internacional. O reconhecimento jurisprudencial e de órgãos das Nações Unidas da aplicabilidade de tratados de direitos humanos em territórios ocupados insere, no “direito da ocupação”, obrigações semelhantes à administração internacional⁵. Outro fator a aproximar a administração internacional aos sistemas de Mandato e de Tutela, e mesmo ao colonialismo, é a promoção de valores liberais. É necessário, portanto, discorrer sobre algumas diferenças

administrada pela Rússia, Áustria e Prússia.

³ Apesar da soberania de fato do governo otomano até 1913, a ilha passou a ser governada por “Conselho de Embaixadores” das potências ocupantes (Reino Unido, França, Itália e Rússia).

⁴ Em seguida à derrota do Império Otomano para a Sérvia, Bulgária, Montenegro e Grécia na primeira guerra dos balcãs (1913), a independência da Albânia foi reconhecida, apoiada pelo Império Austro-Húngaro e Alemanha, e o país foi colocado sob supervisão internacional da Áustria, França, Reino Unido, Alemanha e Rússia). Uma comissão internacional de controle, integrada por nacionais das cinco potências, governaria o país por dez anos. A eclosão da primeira guerra mundial interrompeu as funções da Comissão.

⁵ Para um estudo sobre a sobreposição de obrigações em casos de ocupação e administração internacional, e sobre desafios em comum, ver RATNER, Steven, Foreign occupation and territorial administration: the challenges of convergence, **The European Journal of International Law** Vol. 16 no.4, 2005, p. 695-719.

entre essas formas de gestão internacional de territórios com vistas a examinar a relação entre a administração internacional e a idéia de constitucionalização do DIP.

a) Sistemas de Mandato e de Tutela

O sistema de mandato da Liga da Nações foi criado pelo artigo 22 do Pacto de Paris. O seu objetivo era criar um mecanismo para a gestão dos territórios sob controle das potências derrotadas na I Guerra. Graças à oposição norte-americana, a alternativa da anexação foi descartada. Os americanos favoreciam que tais territórios fossem colocados sob administração direta da Liga⁶. As potências européias resistiram e alegaram ser necessário capacidade técnica e institucional para governar territórios que só os Estados possuíam. Isso fez com que se chegasse à fórmula de administração indireta, exercida por um Estado que agia como “fiduciário”.

A justificativa para a autoridade exercida sobre o território era informada pela idéia de distintos graus de civilização entre os povos. No século XIX, a doutrina internacionalista tentava estabelecer critérios para classificar o status internacional de distintos povos segundo o seu grau de civilização. James Lorimer, por exemplo, classificou as comunidades em civilizadas, bárbaras e selvagens. A cada uma, corresponderia um conjunto de direitos e obrigações. O direito à “tutela”, isto é, a serem guiados até a plena realização de seus potenciais, justificava a autoridade do mandatário⁷, exercida conforme

⁶ Para um relato das negociações do artigo XXII do Pacto da Liga, ver MILLER, David, *The drafting of the Covenant*, vol. I, New York/London: G.P. Putnam's Sons, 1928, p. 101-117.

⁷ Não deixa de ser interessante, e talvez surpreendente, o uso de analogias do direito privado na doutrina internacionalista do século XIX para demonstrar o marco jurídico que deve reger povos incapazes de manifestar uma “vontade racional”, fundamento do direito internacional de então. Em tratado sobre as “relações jurídicas de comunidades políticas separadas”, James Lorimer entende ser necessário recorrer a critérios para verificar a presença, ou ausência, de “liberdade interna” do Estado. A analogia com o direito privado, “ramo do Direito mais desenvolvido”, leva o autor a referir-se aos seguintes casos, replicáveis a “comunidades”, em que, no direito privado, indivíduos

o “princípio segundo o qual o bem-estar e o desenvolvimento de tais povos formam uma missão sagrada de civilização” (artigo XXII do Pacto). A justificativa para o sistema de Mandatos partia da premissa da incapacidade de auto-governo da população local. O argumento em defesa desse sistema foi apresentado à delegação norte-americana pelo Reino Unido da seguinte forma:

Sob as condições políticas modernas, a única maneira aparente para tratar do problema dos povos politicamente atrasados, que necessitam não apenas de controle político externo, mas também de capital estrangeiro para reorganizar os seus sistemas econômicos estagnados, é confiar a tarefa de governar àquele Estado cujos interesses estejam mais diretamente envolvidos.... Se essas regiões atrasadas forem confiadas por um mandato internacional a um Estado, deve estar incluído nesse dever as mais rígidas salvaguardas tanto para proteger a população nativa da exploração mas também para assegurar que os interesses de outros Estados estrangeiros não sejam afetados, tanto de forma positiva como negativa⁸. (tradução livre)

Além da evidente ideologia imperialista na justificação da autoridade sobre o território, é útil notar que a preservação do “equilíbrio de poder”, retratado na parte final da ponderação do Reino Unido, era um objetivo válido do sistema de Mandato. O sistema ainda era

são submetidos à tutela: menoridade, imbecilidade e criminalidade. O autor admite a possibilidade da aplicação do conceito de “imbecilidade congênita” a raças, o que daria origem à diferenciação entre raças superiores e inferiores. Nesse caso, o direito deveria “seguir os fatos” (“In this, as in all other cases, law must wait upon fact”). In: LORIMER, James, **The institutes of the Law of Nations: a treatise of the jural relations of separate political communities**. Vol. I. Edinburgh/London: William Blackwood and Sons, 1883, p. 156-162.

⁸ WRIGHT, Quincy. **Mandates under the League of Nations**. Chicago: The University of Chicago Press, 1930, p. 22. Segundo o autor, essas idéias foram objeto de consultas informais entre os EUA e o Reino Unido em Londres, em novembro de 1918. Algumas palavras aventadas para o sistema da Liga foram tutela, fideicomisso, guardiania, além de mandato. Acordaram-se proibições como trabalho forçado, tráfico de bebidas e a militarização dos nativos. Além disso, o mandatário deveria educar a população local para que possam se auto governar. A Liga poderia monitorar o mandato e designar outro mandatário em caso de violação dos termos do mandato.

“estatocêntrico”. A fórmula da administração indireta, conjugada com a pouca interferência e supervisão dos órgãos da Liga, muito se assemelhava às experiências prévias de internacionalização de territórios por meio de arranjos entre Estados.

Os mecanismos de supervisão do Mandato foram extraídos das experiências das metrópoles na administração de colônias. O principal mecanismo eram os relatórios periódicos que deveriam ser submetidos à Comissão de Mandatos da Liga, integrada por peritos em capacidade pessoal. Outro mecanismo, que criava controle inter-estatal, era a cláusula de solução de controvérsias no acordo que instituiu o mandato. Essa cláusula atribuía jurisdição à Corte Permanente de Justiça Internacional para demandas entre os mandatários e outros membros da Liga. O terceiro mecanismo, criado pela própria Comissão de Mandatos, baseada na experiência colonialista britânica, era o sistema de petições de indivíduos no território. Apesar de ter sido importante fonte de informação à Comissão, este órgão não podia ouvir diretamente os peticionários nem empreender missões *in loco*⁹. A supervisão do Mandato, portanto, era branda e orientada pelo mandatário.

O sistema de tutela das Nações Unidas introduziu modificações importantes¹⁰. A Carta das Nações Unidas abandonou a linguagem

⁹ STAHN, Carsten, 2008, p. 86. Uma vez recebidas, as petições eram distribuídas a um relator da Comissão de Mandatos, que deveria discuti-la junto ao mandatário e apresentar um relatório para consideração da Comissão em sessão privada, cf. WRIGHT, Quincy, 1930, p. 169.

¹⁰ O capítulo da Carta das Nações Unidas sobre o sistema de tutela não constava das propostas de Dumbarton Oaks. O texto aprovado pela Conferência de São Francisco baseou-se em propostas feitas pelos EUA, Reino Unido, França, China e Austrália. As propostas francesa e chinesa tiveram como referência a dos EUA. As do Reino Unido e Austrália sugeriam que haviam sido objeto de consultas prévias. Enquanto Reino Unido e Austrália realçavam como o objetivo principal do sistema o bem-estar dos habitantes, os demais proponentes sublinhavam a manutenção da paz e segurança. Todas as propostas mencionavam como objetivos do sistema o avanço político, econômico, social e educacional dos habitantes, exceto a do Reino Unido, que omitia o termo “político”. Os EUA e o Reino Unido referiam-se ao objetivo de “auto-governo”, enquanto a China propôs a expressão “independência ou auto-governo”. Os debates em São Francisco se concentraram no órgão responsável pelo monitoramento do

paternalista do Pacto da Liga, orientada sobretudo pela concepção do “direito à tutela”, e realçou os objetivos de auto-governo, independência, desenvolvimento econômico, político e social. O artigo 76 da Carta inscreve a administração de territórios sob tutela em novo arcabouço normativo. O dispositivo deixa claro que a administração não é um fim em si mesmo, mas instrumento para proteger e promover os interesses dos habitantes do território em direção ao “auto-governo ou independência”. O artigo também dispõe sobre o respeito aos “direitos humanos e liberdades fundamentais” sem discriminação. A autoridade gestora tem o dever, portanto, de envolver atores locais nos processos políticos e velar pela proteção de minorias. A Carta também previa a administração de território de forma direta pelas Nações Unidas (art. 81). Além disso, o regime de tutela se distingue dos Mandatos da Liga por se inscrever nas premissas da Carta e estar vinculado aos seus demais dispositivos, como os artigos 1.2 (respeito à autodeterminação dos povos), 2.1 e 2.4 (igualdade soberana entre Estados-membros e não uso da força) e 1.3 (promoção dos direitos humanos).

O fato de o Conselho de Tutela ser composto por Estados-membros, gestores ou não de territórios sob tutela, ao invés de peritos, como na antiga Comissão de Mandatos da Liga, pressupõe um reconhecimento de que os problemas relativos a áreas sob tutela diziam respeito a todos os membros da ONU¹¹. A competência da AGNU, e sua participação ativa, em assuntos relacionados ao sistema de tutela, reforça essa conclusão. Isto muito se diferencia do sistema de Mandatos, gerido por “peritos em administração colonial”, e concebido por tratado de paz para administrar colônias de potências derrotas na I Guerra e de modo a afastar o assunto de discussões políticas. É certo que isto muito se deve ao desinteresse dos EUA e

sistema. A Austrália e o Reino Unido favoreciam que fosse uma comissão de peritos sob o Conselho Econômico e Social. Os demais países defendiam que fosse um órgão político subsidiário à Assembleia-Geral. Para um relato sobre os debates em São Francisco, ver TOUSSAINT, Charmian Edwards, **The Trusteeship System of the United Nations**, New York: Frederick A. Praeger, 1956, p. 18-35.

¹¹ MURRAY Jr., James. **The United Nations Trusteeship System**. Urbana: The University of Illinois Press, 1957, p. 239-241.

da Rússia na manutenção do sistema anterior. Mas isto não afasta a conclusão de que o sistema de tutela “coletivizou” o assunto antes de alçada exclusiva das potências coloniais.

A supervisão da gestão territorial, pelo Conselho de Tutela, incluía mecanismos ausentes da Comissão de Mandatos. Além dos tradicionais relatórios periódicos, os Estados-membros do Conselho poderiam realizar visitas de “apuração de fatos”. O avanço mais significativo foi o sistema de petições. As regras de procedimento do Conselho permitiam aos indivíduos em territórios “sob tutela” apresentar “petições contra leis alegando incompatibilidade com os dispositivos da Carta das Nações Unidas ou com o acordo de tutela, independentemente se já tenha havido decisões prévias de tribunais da Autoridade Gestora em casos relativos à aplicação da lei” (regra 81). A exceção à regra de esgotamento de recursos internos e a referência atribuída à Carta das Nações Unidas como critério para avaliar a legislação local revelam genuíno processo de “controle de constitucionalidade”, em que a Carta desempenha papel constitucional.

O sistema de petições foi objeto de controvérsias entre a AGNU e o Conselho de Tutela. As potências administradoras que integravam o Conselho não reconheciam um “direito de petição” aos habitantes do território sob mandato. Esses países objetaram a admissibilidade de audiências no Conselho com a presença dos peticionários. Sob o argumento de que se criaria ambiente de disputas políticas entre grupos rivais, advogavam que o Conselho poderia selecionar casos em que se concederia audiência. O impasse entre as potências gestoras e os integrantes do Conselho que não administravam territórios fez com que a Quarta Comissão da AGNU aceitasse ouvir peticionários de territórios sob tutela. A AGNU transformou-se em foro adicional de controle da gestão territorial¹².

A admissibilidade de petições é considerado importante feito do sistema de tutela. Além de seu papel preventivo em relação a abusos

¹² THULLEN, George. **The United Nations Trusteeship system: a venture in orderly decolonisation**. Monografia, Genebra, 1971.

das potências gestoras e da função de criar, aos indivíduos, acesso direto aos órgãos políticos das Nações Unidas para a proteção de direitos fundamentais, o sistema de petições, e a concessão de audiências, transformou a ONU em plataforma política para lideranças locais e fomentou a mobilização de grupos locais. Alguns dos peticionários que realizaram sustentações orais em Nova York tornaram-se Chefes de Estado ou de Governo¹³. Essas lideranças saíam fortalecidas pelo fato de a AGNU adotar posição de crítica às potências gestoras e discursos anticolonialistas. As deliberações na ONU passaram a ser baseadas nas críticas apresentadas pelos habitantes locais e, dessa forma, atendiam às suas plataformas políticas nacionais. Até mesmo o sistema de visitas do Conselho de Tutela fomentava a mobilização política anti-colonial uma vez que justificavam protestos e manifestações locais contra a Autoridade Gestora¹⁴.

b) Ocupação de territórios

O “direito da ocupação” distingue-se da administração internacional de territórios exercida por organizações internacionais por várias razões. Do ponto de vista formal, ocupações ocorrem após um conflito armado, especialmente originado pelo uso ilícito da força. Trata-se, portanto, de arranjo essencialmente não-consentido e originado em fatos. A administração por organizações internacionais tem por fundamento um ato jurídico. Em geral, é criada por resolução adotada segundo os procedimentos e propósitos da organização, especialmente pelo CSNU. Apesar de as administrações internacionais terem sido adotadas com base no Capítulo VII da Carta, tem-se obtido o consentimento do Governo em questão. Esse consentimento pode ser expresso, por exemplo, mediante acordo de cessar fogo (Kosovo) ou acordo de paz (Bósnia-Herzegovina e Camboja). Trata-se de diferença essencial do caráter não-consentido da ocupação.

¹³ É o caso do ex-Primeiro-Ministro e ex-Presidente do Togo Sylvanus Olympio, e do ex-Presidente da Tanzânia Julius Nyerere.

¹⁴ ROWE, Edward Thomas. **The effects of United Nations' Trusteeship system.** Microfilm-xerography. University of California, Berkeley, Ph.D., 1966, political science, international law and relations.

Do ponto de vista substantivo, a diferença entre os conceitos se torna mais clara. A potência ocupante e a organização gestora de território têm mandatos distintos. No caso da administração por organizações internacionais, o órgão competente da organização tem ampla margem de discricionariedade para determinar o mandato da Administração, conforme determinem os Estados-membros. As missões de paz do Timor Leste e da Namíbia, por exemplo, tiveram mandato que fomentava a independência. No caso da Bósnia-Herzegovina, o mandato visava a prestar assistência para o fortalecimento de uma federação. Em resumo, o *status quo* é algo a ser alterado pela administração internacional. Em casos de ocupação, não há mandato específico da comunidade internacional para a gestão do território. As obrigações da potência ocupante são emanadas da IV Convenção de Genebra de 1949 sobre Proteção de Civis em Conflitos Armados e dos Regulamentos da Haia de 1907. Sob esse arcabouço normativo, a potência tem como obrigação primária manter o *status quo* jurídico e institucional ao máximo e até o fim da ocupação. Eventuais alterações normativas devem ter os objetivos de manter a ordem, preservar os direitos da população civil e atender a necessidades militares¹⁵.

O “direito da ocupação” é fundado na premissa da inalienabilidade da soberania mediante o uso da força. O controle militar de um território não pode, por si só, validar mudança no exercício da soberania. Tem como objetivo evitar a legalidade de “ocupações transformadoras”, como se tentou alegar no caso do Iraque¹⁶. Como todo o direito internacional humanitário, o “direito da ocupação” se aplica independentemente das causas da ocupação, que pertence ao domínio do chamado *jus ad bellum*. Seu objetivo é reduzir o sofrimento humano em conflitos armados. Dessa forma, a IV Convenção de Genebra possibilita, em seu artigo 64, que a potência ocupante sujeite a população local a novas leis “que sejam essenciais para o cumprimento de suas obrigações sob a Convenção”, e para “garantir a administração regular

¹⁵ RATNER, 2005.

¹⁶ O CSNU reconheceu, em sua Resolução 1483 (2003), os EUA e o Reino Unido como “potências ocupantes” no Iraque.

do território”. Certamente influenciados pela ocupação aliada pós-II Guerra, que promoveu a chamada “desnazificação” da Alemanha¹⁷, os Estados Partes nas Convenções de Genebra ampliaram a margem de liberdade para que ocupantes legissem no território ocupado. A IV Convenção trouxe duas grandes inovações para o “direito da ocupação”: estabelece rol de direitos fundamentais à população local e se baseia na proteção dos interesses da população local, e não no equilíbrio de interesses entre a potência ocupante e a ocupada, como ocorria no “direito da Haia”¹⁸. Repetiu, dessa forma, a transformação verificada com a passagem do sistema de mandatos da Liga para o sistema de tutela da ONU. Além disso, houve reconhecimento jurisprudencial¹⁹ da aplicabilidade complementar do direito internacional dos direitos humanos em conflitos armados e ocupação.

Essa maior margem legislativa da potência ocupante certamente traz novas características ao “direito da ocupação” que a aproximam da administração internacional de territórios. Alguns sugerem que se trata do mesmo arcabouço normativo a reger ambos os conceitos²⁰. Outros se apressam a concluir que essa maior margem legislativa autoriza mudanças na ordem constitucional. Sugerem que as instituições e a ordem constitucional são apenas um aspecto das leis em vigor em um país. Não haveria, portanto, proibição absoluta de mudanças constitucionais implementadas pela potência ocupante, mas apenas proibições de alterações que afetam os direitos da população. Oferecem como exemplos a transformação de uma democracia republicana em uma monarquia absolutista ou a transformação de uma economia liberal em uma economia comunista²¹. O objetivo

¹⁷ As mudanças na estrutura política da Alemanha, a reorganização de seu sistema jurídico, da vida econômica e social do país dificilmente podiam ser conciliados com os Regulamentos da Haia de 1907 (artigo 43).

¹⁸ BENVENISTI, Eyal. **The international law of occupation**. Princeton: Princeton University Press, 1993, p. 100-106.

¹⁹ CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, p. 240, para. 25; *Construction of a Wall*, p. 180, paras. 111-112.

²⁰ RATNER, 2005.

²¹ SASSOLI, Marco. Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers. **The European Journal of International Law**. Vol. 16 n.

não é preservar as instituições políticas e governamentais *per se*, mas proteger seres humanos²².

Certamente as alterações trazidas pela IV Convenção de Genebra ao “direito da ocupação” em relação aos Regulamentos da Haia, com vistas a equilibrar o interesse da preservação da ordem constitucional com o interesse da implementação do *bill of rights* a que fazem jus os habitantes do território, podem ser avaliadas positivamente. Trata-se de uma solução pragmática e realista que desconsidera as causas da ocupação. Estes dispositivos devem ser analisados e conciliados com o direito de autodeterminação consagrado na Carta da ONU, nos Pactos de Direitos Cíveis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No entanto, não é o objetivo do presente artigo a análise do “direito da ocupação”, mas examinar como opera a constitucionalização do direito internacional na administração internacional de territórios pela comunidade internacional. Julgou-se necessário distinguir esse conceito do arcabouço da “ocupação” de territórios para afastar a objeção de que qualquer interferência estrangeira é uma imposição e que, portanto, o direito internacional não pode exercer papel positivo na construção de uma ordem constitucional interna. Outra objeção é o argumento de que uma ocupação “bem sucedida”, que crie uma ordem constitucional democrática, assegure o pluralismo e eleve o padrão de vida da população não se diferencia da mesma experiência ocorrida sob o arcabouço institucional de uma administração internacional. Ocupação e administração internacional seriam, no final das contas, a mesma coisa.

O argumento favorável à “ocupação bem sucedida”, no entanto, contém a própria negação do constitucionalismo, uma vez que desconsidera o direito de autodeterminação, condição para a autonomia da vontade e para o “agir moral” kantiano, segundo o imperativo categórico. O juízo sobre o exercício da autoridade sobre um território

4, 2005, p. 661-694.

²² CICV, **Comentários ao artigo 47**, disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView> (acesso em 12.8.2010).

- se constitucional ou não - não pode ter como parâmetro apenas a soma de objetivos individuais que foram atingidos. Um projeto de constitucionalização do direito internacional deve possibilitar que a individualidade humana - ou de cada Estado - se desenvolva e seja parte de uma comunidade. Deve permitir que o indivíduo - ou o Estado - se considere parte da comunidade não apenas como sujeito passivo, porque nela se encontra (ou se insere), mas porque participa de sua auto-transformação. Esse projeto de constitucionalização deve permitir que indivíduos - ou Estados - participem da vida coletiva por meio de instituições e práticas por meio das quais as formas de organização da sociedade são constantemente imaginadas, debatidas e transformadas. Nem mesmo uma “ocupação transformadora” ou “exitosa” pode articular processos genuínos de auto-formação, em que as preferências e os propósitos de um povo são formados e transformados mediante decisões informadas por processos coletivos, negociados²³. A ocupação diminui o espaço dessa transformação coletiva²⁴.

A administração internacional evidentemente não assegura, por si só, as virtudes de um constitucionalismo democrático. A experiência demonstra justamente o contrário. No entanto, trata-se de conceito que opera sob um arcabouço normativo que possibilita uma experiência constitucional exercida por meio do direito internacional.

²³ Esse certamente não foi o caso do regulamento número 54 (política de liberalização comercial) adotado pelas potências ocupantes do Iraque (Coalition Provisional Authority, Order No. 54: Trade Liberalization Policy 2004 e Annex A, 24 Feb. 2004 CPA/ORD/24 February 2004/54). Esse regulamento permitia que investidores estrangeiros adquirissem a totalidade de empresas iraquianas sem os requisitos de reinvestimento dos lucros no país. Essas operações eram restritas, na constituição iraquiana, a cidadãos de países árabes. A alteração legislativa claramente não pode ser justificada pelos imperativos de manutenção da ordem ou preservação dos direitos fundamentais da população iraquiana. A medida, na verdade, infringe o direito do povo iraquiano de dispor livremente de seus recursos naturais. O (mau) exemplo é citado em SASSOLI, Marco, 2005.

²⁴ Para uma crítica à erosão da diferença entre soberania e ocupação, ver KOSKENNIEMI, Martti, Occupation and Sovereignty – Still a Useful Distinction? In: O. Engdahl and P. Wrange (eds.), **Law at War – The Law as it was and the Law as it Should Be**, Koninklijke: Brill, 2008, p. 163-174.

Não há, como na ocupação, um vício de origem. Essa é a principal distinção entre os dois conceitos. Além disso, intervenções legislativas ou constitucionais promovidas pela potência ocupante não devem, ao contrário da administração internacional, ter o propósito de fornecer arcabouço jurídico para a reconstrução e formação do Estado. Alterações que promovam novo “momento constitucional” e alteram a forma de governo são proibidas pelo direito internacional. Tratam-se de ações baseadas na força da potência ocupante, e não na decisão soberana do Estado ocupado. Apesar da aparência de legalidade, frequentemente invocada pelo ocupante com respaldo nas novas instituições “democráticas” e “independentes” e que contaram com o apoio de certos segmentos da população, não é possível pressupor um consentimento livre de populações submetidas à vontade da potência ocupante. Essa prática é contrária ao “direito da ocupação” definido nos Regulamentos da Haia de 1907, que permanecem em vigor e consideram o ocupante um gestor “de facto” do território. Os Regulamentos da Haia visam a proteger a existência autônoma do Estado ocupado, suas leis e instituições²⁵.

c) Primeiras experiências de administração direta por organizações internacionais

Os primeiros casos de administração territorial exercida diretamente por organizações internacionais foram a administração do Território do Saar pela Liga das Nações (1920-1935) e da “Cidade Livre de Danzig”. Esses experimentos iniciais, instituídos pelo Tratado de Versalhes, tinham como propósito principal a solução de disputas territoriais envolvendo a Alemanha e as potências vencedoras da I Guerra²⁶.

²⁵ CICV, **Comentários ao artigo 47**, disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView> (acesso em 12.8.2010).

²⁶ Além dessas duas experiências, é útil citar a gestão, pela Liga das Nações, da cidade colombiana de Letícia. A cidade foi colocada sob administração de uma Comissão da Liga logo após ataques armados de cidadãos peruanos, com a conivência do Governo de seu país. A Comissão, integrada por um estadunidense, um espanhol e um brasileiro, administrou a cidade por um ano.

A administração do Território do Saar foi uma das mais longas missões de gestão territorial da Liga. A missão foi criada pelo Tratado de Versalhes para atender à reivindicação francesa de anexação da Bacia do Saar²⁷. A resistência norte-americana à anexação fez com que a França propusesse, como alternativas, a criação de um Estado independente do Saar formando união aduaneira com a França ou o estabelecimento de mandato da Liga para a região, sob administração francesa. Em contraproposta, Woodrow Wilson sugeriu a administração da região por uma comissão internacional durante quinze anos. A comissão teria poderes para designar e demitir funcionários públicos, operar linhas de ferro, canais e outros serviços públicos, e o dever de proteger os interesses dos habitantes do Saar no estrangeiro. Os poderes legislativos incluíam o poder de dispor sobre a criação de órgãos administrativos, de emendar a legislação sobre mineração em consulta com a França, de emendar outras leis em consulta com representantes eleições da população, de dispor sobre assuntos trabalhistas e tributários. A função judicial foi deixada com as jurisdições já existentes. Mas a comissão criaria uma corte de apelação, que também teria jurisdição residual sobre assuntos que não recaíssem sobre a justiça local. Por proposta americana, incluíram-se direitos e garantias fundamentais para os habitantes locais em relação à comissão criada²⁸.

Seu mandato era dividido em três áreas principais: manutenção da ordem e segurança, gestão de serviços públicos e da saúde pública e análise de demandas por indenização por danos patrimoniais. A Comissão foi importante precedente para as operações de manutenção da paz iniciadas na era das Nações Unidas, além de ter sido raro exemplo de operação da Liga das Nações na América do Sul. A sua curta duração, o seu mandato limitado e as poucas centenas de habitantes locais sob gestão da Liga, no entanto, não justificam a sua análise no presente trabalho como antecedente da administração direta de territórios. Para um estudo do caso, ver WOOLSEY, L.H., *The Leticia dispute between Colombia and Peru*. *American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, p. 94-99.

²⁷ Tratado de Versalhes, parte III, seção IV.

²⁸ RUSSEL, Frank. *The international government of the Saar*. University of California Press: Berkeley, 1926, p. 121-138.

O regime do Saar tinha como objetivo principal a reconciliação entre a França e a Alemanha. A proteção dos direitos da população local ou a construção de uma ordem constitucional não era o seu foco. A comissão gestora era responsável perante a Liga das Nações, e não perante a população do Saar. Apesar de dispositivos sobre consultas com a população, a comissão era livre para determinar a forma como essas consultas se realizariam. Os únicos direitos fundamentais previstos no Tratado eram liberdades religiosas, direito à educação, direito de votar nas eleições locais e de deixar o território. A comissão tinha poderes quase absolutos. Arbitrava qualquer divergência na interpretação do Tratado de Versalhes. A população não tinha controle, ou mecanismos de supervisão, sobre a comissão²⁹. Os tribunais locais apenas de forma esporádica anulavam decisões da comissão. Exemplo desse tipo de controle, e que também ilustra o poder discricionário da comissão, foi a recusa dos tribunais locais em condenar indivíduo por empunhar a bandeira da Alemanha imperial, ato proibido pela comissão. A Liga das Nações era o último recurso para assegurar o respeito de direitos fundamentais e os habitantes locais dirigiam petições ao Conselho da Liga. Ainda assim, o único poder de fato do Conselho sobre a comissão era vetar a recondução de integrantes da comissão uma vez expirados seus mandatos³⁰.

A crescente insatisfação da população local com a comissão levou o Conselho da Liga a convocar seus integrantes para prestar esclarecimentos, o que fez com que se reconsiderassem certos atos legislativos. O estopim foi a publicação de decreto, em reação a greve dos trabalhadores de minas de carvão, que criminalizava críticas públicas ao Tratado de Versalhes e insultos à Liga das Nações, aos seus membros ou aos Estados signatários do Tratado. A pena para esses atos era reclusão de até 5 anos³¹. Outras medidas que provocaram protestos por parte do governo alemão e da população local incluíram:

²⁹ BISSCHOP, W.R. **The Saar controversy**. London: The Grotius Society Publications, 1924, p. 29-30.

³⁰ STAHN, Carsten, 2008, p. 168-169.

³¹ RUSSEL, 1926, p. 210.

contratação de estrangeiros para chefiar cargos do serviço público, demissão de funcionários alemães cuja lealdade era colocada em dúvida, medidas de exceção em reação a greves (proibição de reuniões públicas, expulsão de alemães, censura à imprensa), introdução do franco como moeda corrente e alterações no sistema educacional.

As críticas revelam os amplos poderes que podem ser atribuídos à administração internacional. Apesar de todos os defeitos, o legado do regime do Saar foi ter instituído nova forma de administração internacional direta sob responsabilidade de uma organização internacional. A experiência criou nova forma de tratar disputas territoriais. A administração ocorreu sem que se determinasse o status definitivo do Saar. Experiência muito semelhante ocorre com a UNMIK.

A pouca proteção conferida aos habitantes locais certamente decorreu de um vício de origem da administração do Saar. O propósito do arranjo criado foi atender às demandas francesas por matéria-prima. Ao inserir elemento de incerteza sobre o futuro status do território, uma vez que se previa realização de referendo decorridos os quinze anos de internacionalização (os habitantes locais poderiam escolher entre pertencer à França ou à Alemanha), o Tratado de Versalhes procurou evitar que a participação “excessiva” da população local fortalecesse as lideranças e levasse à decisão final de permanecer na Alemanha. Além disso, a premissa que fundamentava a administração era manter equilíbrio de interesses estatais, e não atender a reivindicações da população.

Ainda assim, a administração do Saar pode ser vista como o prenúncio de uma constitucionalização do DIP na área de solução de controvérsias. Ainda que o mandato atribuído à Liga para a gestão do Saar não tenha incluído a criação de uma ordem constitucional (como ocorre em algumas Missões das Nações Unidas), o método para a solução de disputa territorial envolveu o exercício de poderes criados por constituições. Mesmo com carências institucionais, foi possível canalizar e atender a demandas por revisão de atos legislativos, o que acabou ocorrendo pelo Conselho da Liga. É necessário reconhecer, no entanto, que as características do regime do Saar mais se assemelham

a ocupação estrangeira, uma vez que não havia mandato para criar novo sistema de governo. Seu objetivo era, essencialmente, evitar uma ocupação francesa e, ao mesmo tempo, permitir a exploração de recursos naturais pela França.

Da mesma forma como o regime do Saar, a criação da “Cidade Livre de Danzig” não teve o objetivo de transformar o *status quo* nessa localidade, ou construir nova ordem jurídica ou social, mas solucionar disputa bilateral entre a Alemanha e a Polônia por meio da gestão territorial de uma terceira parte. O regime foi criado pelos artigos 100 a 108 do Tratado de Versalhes e consolidava a separação da cidade de Danzig da Alemanha, a despeito da vontade da maioria da população da localidade, de origem alemã, de permanecer vinculada ao país. Ao conceder privilégios à Polônia, especialmente aduaneiros, a Liga concretizava o seu “direito” de acesso ao mar.

Dois aspectos da Cidade Livre de Danzig interessam a este estudo. O primeiro é a participação da Liga na adoção da Constituição do território e na aprovação de emendas, o que ilustra episódio de completa ingerência da “comunidade internacional” na formação de uma ordem constitucional interna. O segundo é a atuação de seus órgãos na resolução de disputas entre a população local e a Polônia. A Liga possibilitou o controle de legalidade, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, de atos do próprio Alto Comissário da Liga.

A Constituição de Danzig foi a primeira constituição de um Estado formalmente aprovada por uma organização internacional, garantida por essa organização e emendada com o consentimento da organização³². O envolvimento da Liga das Nações não se restringiu

³² A natureza jurídica da Cidade Livre de Danzig foi objeto de debate da doutrina internacionalista da época. Alguns argumentavam tratar-se de ente territorial soberano sob protetorado da Liga, outros alegavam que era um Estado, outros que era uma região autônoma da Polônia e, por fim, houve quem a considerasse ente *sui generis* com personalidade jurídica de direito internacional embora não soberano (cf. STAHN, 2008, p. 182). Argumentos contrários ao caráter estatal de Danzig argumentavam que a Cidade não era investida de soberania, entendida como a capacidade de renúncia de uma parte da liberdade de ação. Como as restrições à liberdade de ação de Danzig não contaram com o seu consentimento, mas foram impostas pelo Tratado de Versalhes, tratou-se de

à sua aprovação, mas implicou a negociação da Carta Magna com os representantes da população local. Em março de 1920, o Conselho da Liga instruiu o Alto Comissário para Danzig, Reginald Tower, a apresentar projeto de constituição ao Conselho da organização. A elaboração do projeto durou dois anos e o Alto Comissário foi instruído pelo Conselho a apresentar emendas em numerosas ocasiões. Em maio de 1922, Reginald Tower foi autorizado a manifestar o consentimento formal da organização. A constituição foi, então, publicada no “diário oficial” da Liga das Nações (Suplemento especial n. 7, 1922)³³.

A Constituição da Cidade Livre de Danzig foi inspirada na Constituição de Weimar. Seguiu a mesma estrutura ao enunciar, na primeira parte, a organização do Estado e, na segunda, direitos fundamentais. A Constituição não reproduziu o famoso artigo 48 de sua homóloga alemã que previa “estado de emergência”. O artigo 116 explicitamente revogou a aplicação da Constituição de Weimar à Cidade de Danzig³⁴. Numerosos dispositivos constitucionais regulamentavam a sua própria relação com a Liga. Seu artigo 42 exigia que o Senado de Danzig - a mais alta autoridade do território - transmitisse informações eventualmente solicitadas pela organização. O artigo 49 dispunha que nenhuma emenda à Constituição entraria em vigor sem a aprovação da Liga. O artigo 5 exigia o consentimento da organização para a criação de bases navais ou militares em Danzig, a construção de fortificações e a fabricação de material bélico. É útil

ente não soberano e, portanto, não estatal (ver, sobre essa tese, MAKOWSKI, Julien, **La situation juridique du territoire de la Ville Libre de Dantzic**, Paris: Editions Bossard, 1925, p. 21-28). Alguns entendiam que a soberania de Danzig “estava nas mãos das Principais Potências, que a adquiriram da Alemanha”. Os vencedores da I Guerra teriam “um direito de monitoramento e de modificação do status [de Danzig]” (ver, sobre essa tese, LEVESQUE, Genevieve, **La situation internationale de Dantzic**, Paris: Pedone, 1924). A controvérsia não invalida o caráter inovador que representa a participação ativa da Liga na adoção e alteração da Constituição de um território.

³³ LEWIS, Malcolm. The Free City of Danzig. **British Yearbook of International Law**, vol. V (1924), p. 91.

³⁴ MASON, John Brown. **The Danzig dilemma**. Stanford: Stanford University Press, 1946, p. 64.

notar que, em julho de 1921, o Conselho da Liga rechaçou pedido do Presidente do Senado de Danzig de autorização para a fabricação de 50 mil rifles para a exportação ao Peru. Por consequência, a única fábrica de armas do território foi fechada³⁵. O episódio ilustra que a Liga das Nações, embora não tenha sido o gestor propriamente dito do território, atuava como o órgão máximo da “Cidade Livre de Danzig”.

O segundo aspecto de interesse para o presente trabalho é a atuação de órgãos da Liga no monitoramento dos atos do Alto Comissário para Danzig e dos direitos da minoria polonesa. Essa atuação deveu-se à competência do Alto Comissário para receber queixas tanto do Governo de Danzig quanto da Polônia. Suas decisões eram passíveis de recurso ao Conselho da Liga que, por sua vez, poderia solicitar pareceres da PCIJ. Ao longo da administração de Danzig, o Alto Comissário proferiu mais de 80 decisões, a maior parte apresentada por Danzig contra pretensões da Polônia. A maioria das decisões foram objeto de recurso (23, pela Polônia, e 19, por Danzig, e 14, por ambas as partes). O Conselho, por sua vez, recorria a grupos de peritos ou à PCIJ, como ocorreu em 6 ocasiões³⁶.

A experiência da Liga para a solução dessas disputas criou importantes precedentes. Os pedidos de pareceres à PCIJ permitiram controle judicial de decisões da autoridade internacional gestora (Alto Comissário). Isso ocorreu no parecer intitulado *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, relativo à jurisdição dos tribunais de Danzig sobre questões trabalhistas do serviço de transporte ferroviário. Não é necessário entrar nos detalhes do caso para verificar, na passagem a seguir, a competência da PCIJ para revisar atos do gestor internacional:

From the foregoing considerations, it follows that the Decision of the High Commissioner of April 8th, 1927, is not well founded in law in so far as it does not give satisfaction to the requests which Danzig has made (p. 27)³⁷.

³⁵ LEWIS, Malcolm, 1924, p. 91.

³⁶ MANSON, 1946, p. 302-303.

³⁷ PCIJ, *Jurisdiction of the courts of Danzig (pecuniary claims of Danzig railway officials*

Outro precedente criado pela solução de controvérsias foi o controle da constitucionalidade, pela PCIJ, de legislação que atentava contra os direitos da minoria polonesa de Danzig. A gradual “nazificação” do território, a partir da década de 30, encontrou a resistência, ainda que insuficiente, dos órgãos da Liga. O Alto Comissário exerceu direito de veto sobre emendas constitucionais adotadas pelo governo local para suprimir garantias constitucionais da minoria polonesa³⁸. Em parecer de 1935 solicitado pelo Conselho da Liga, a PCIJ concluiu que as emendas ao código penal de Danzig, inspiradas na legislação nazista, eram inconstitucionais porque violavam direitos fundamentais consolidados na Constituição, em especial o princípio *nullum crimen sine poena*. A Corte, certamente antevendo a “nazificação” do território, procurou defender o Estado de direito em Danzig. Combateu o argumento formalista avançado pelas autoridades locais segundo o qual a legislação era constitucional porque a própria Constituição permitia restrições “previstas em lei” às liberdades individuais:

The Court cannot accept this argument. The word “law”, in these articles of the Constitution, means not merely a legislative act, but also one the terms of which are in conformity with the Constitution and which, in particular, respects the principles on which the Constitution is based. Since, as has been explained above, the Court is now considering whether the decrees are consistent with the Constitution, not from the point of view of their form or legal basis, but solely from that of their contents (...) These decrees therefore transfer to the judge an important function which, owing to its intrinsic character, the Constitution intended to reserve to the law so as to safeguard individual liberty from any arbitrary encroachment on the part of the authorities of the State (p. 56)³⁹.

A PCIJ exerceu, no caso de Danzig, o papel de uma Corte Constitucional. O parecer citado demonstra o ativismo do tribunal

who have passed into the Polish service, against the Polish railways administration), Series B, n. 15, March 3rd, 1928.

³⁸ STAHN, 2008, p. 184.

³⁹ PCIJ, *Consistency of certain Danzig legislative decrees with the Constitution of the Free City*, Series A/B, December 4th, 1935.

em combater o positivismo jurídico⁴⁰. A sentença evidencia a atuação da comunidade internacional, por meio das instituições da Liga, pela preservação da ordem constitucional interna de um território sob sua gestão. Ilustra a constitucionalização do DIP e o seu impacto sobre a gestão internacional de um território.

Os primeiros anos das Nações Unidas tentaram reeditar as experiências de administração direta de territórios da Liga das Nações. As propostas de gestão de Trieste e de Jerusalém foram concebidas com o objetivo de neutralizar território disputado entre Estados por meio de sua internacionalização, como nos anos da Liga. Nenhuma das propostas, no entanto, saíram do papel. O impasse levou as Nações Unidas a abandonarem projetos abrangentes e de longo-prazo de administração de territórios e optarem por abordagem mais pragmática e arranjos *ad hoc*. O objetivo passou a ser tratar de problemas específicos de cada situação, especialmente no que diz respeito à descolonização e ao monitoramento de acordos de cessar-fogo. Nos anos da Guerra Fria e no início da década de 90, a atuação das Nações Unidas na gestão de territórios se manifestava pelos componentes civis de missões de manutenção da paz, como foram os casos da ONUC (República Democrática do Congo) e da UNOSOM II (Somália). A ONU exerceu função de governo *de facto* nesses casos em razão da deterioração da ordem pública, embora não tenham sido missões abrangentes de administração de territórios, como veio a ocorrer nos casos de Kosovo e do Timor Leste.

A participação da ONU na gestão de territórios passou a ser limitada a problemas pontuais. A organização prestou assistência técnica para a adoção de Constituições de territórios em descolonização,

⁴⁰ Na crítica de Franz Neumann, o grande defeito do “positivismo lógico e de qualquer outra ‘teoria pura’” era excluir de sua consideração todos os problemas relativos ao poder político e social, preparar o caminho para o decisionismo, para a aceitação das decisões políticas qualquer que seja o seu conteúdo, contanto que fosse emanada de um poder “suficiente”. Neumann conclui, em 1942: “A teoria pura do direito faz o mesmo que o decisionismo para minar qualquer sistema de valores universalmente aceitável” (NEUMANN, Franz, **Behemoth: pensamiento y acción en el nacional-socialismo**, reimpressão, México: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 68).

como ocorreu na Missão de Assistência das Nações Unidas à Líbia e na UNTAG (Namíbia). Também atuou na transição de poder em territórios submetidos à gestão de potências coloniais, como o caso da UNTEA (Papua Ocidental), para a transferência de governo da Holanda para a Indonésia. Outro exemplo de auxílio na transição de gestão governamental foi a UNTAES (Croácia), para a transferência do controle sobre a Eslavônia Oriental da Sérvia para a Croácia. As Nações Unidas também atuaram para a construção de novo regime constitucional, como foi o caso da UNTAC (Camboja), em que o Representante do SGNU exercia poderes de supervisão sobre o Conselho Nacional Supremo, integrado pelas quatro principais correntes políticas do país. No caso da Bósnia-Herzegovina, a ONU teve papel restrito às negociações de paz e à nomeação de Alto Comissário criado pelo Acordo de Dayton.

As críticas à atuação das Nações Unidas na RDC e na Somália, e o contexto pós-Guerra Fria, levaram à reconceitualização da administração internacional de territórios. O desenvolvimento da idéia de “construção da paz” passou a exigir da ONU que tratasse das causas dos conflitos, o que requeria ações nas áreas política, econômica e social. As operações de manutenção da paz não mais tinham como objetivo a manutenção do *status quo*, mas a reforma e a construção de ordens constitucionais. Reviveram-se, de certo modo, as experiências de gestão da Liga das Nações. Essas experiências, apesar de numerosos defeitos, forneceram importante avanço conceitual: elas dissociaram a administração territorial da tradição de gestão por Estado estrangeiro⁴¹. Além disso, demonstraram, como ficou evidente na proposta de internacionalização de Jerusalém, as limitações de modelos impostos “de cima para baixo”, sem o apoio e a participação das forças políticas locais em sua concepção⁴². Apesar dos avanços para instituir “freios e contrapesos” na administração internacional (o regime de Danzig

⁴¹ STAHN, 2008, p. 206.

⁴² A rejeição, por todas as partes diretamente interessadas, da proposta do Conselho de Tutela de internacionalização de Jerusalém demonstra ser essencial um mínimo de engajamento das forças políticas locais.

criou um mínimo de controle), em nenhum dos casos logrou-se envolver os tribunais e as instituições políticas locais no controle do gestor internacional. Isto demonstra que a participação da comunidade internacional na criação de ordens jurídicas constitucionais não pode prescindir de valores e de padrões do constitucionalismo nacional. Como se verá a seguir, esse continua sendo o maior desafio das experiências contemporâneas de administração internacional.

d) Avaliação: retorno ao colonialismo ou construção constitucional?

O envolvimento direto das organizações internacionais na administração de territórios com poderes equivalentes ao de um governo torna inevitável a indagação se não estaríamos diante de nova versão do colonialismo, dessa vez exercido por organizações internacionais. Em caso de resposta afirmativa, isto faria com que a administração de territórios representasse precisamente o oposto da constitucionalização do direito internacional, uma vez que seria a negação do direito à autodeterminação, cerne dos constitucionalismos nacionais.

Em estudo que conclui que as idéias de “tutela” (*trusteeship*⁴³) e de missão civilizatória na verdade nunca foram superadas, Ralph

⁴³ Apesar de a tradução oficial para o português da Carta das Nações Unidas tenha optado pelo termo “tutela” (ao traduzir “Conselho de Tutela”), a palavra “fideicomisso” parece mais fiel ao que em inglês se denomina *trusteeship*. Para ser fiel com a tradução já consagrada, será mantido o termo “tutela”. O termo tem a sua origem na doutrina inglesa sobre o colonialismo do século XVIII. Edmund Burke resumiu o conceito da seguinte forma, ao discorrer sobre a gestão britânica na Índia:

“all political power which is set over men and ... all privilege claimed or exercised in exclusion of them, being wholly artificial, and for so much a derogation from the natural equality of mankind at large, ought to be some way or other exercised ultimately for their benefit. If this is true with regard to every species of political dominion, and every description of commercial privilege, none of which can be original, self-derived rights, or grants for mere private benefit of the holders, then such rights, or privileges, or whatever you choose to call them, are all, in the strictest sense, a *trust*”.

Wilde entende que a administração internacional de territórios é uma nova forma de “tutela”⁴⁴. Trata-se, em sua avaliação, de uma política institucionalizada, com antecedentes históricos claros, que opera de uma forma determinada para deslocar atores locais de funções governamentais, seja para resolver um “problema de soberania” (relacionado à identidade dos que governam o território), seja para resolver um “problema de governança” (relacionado à capacidade dos que governam o território).

O autor rechaça a noção de “excepcionalismo” dos empreendimentos em Kosovo e no Timor. A administração internacional de territórios opera, em termos práticos, de forma similar a institutos como o da “proteção” (a atividade em protetorados), o colonialismo, a ocupação e os sistemas de mandato e de tutela. Wilde define “tutela” como a administração estrangeira de território em nome do povo local, exercida por Estados ou por organizações internacionais, que desloca os atores locais no exercício da gestão territorial, que passam a ser conceitualizados como “o outro” (em relação aos atores que o governam). Argumenta que, embora missões de paz abrangentes como a UNMIK e a Administração de Transição das Nações Unidas no Timor Leste (UNTAET) sejam apresentadas como “algo novo”, uma vez que se inserem no arcabouço de operações de manutenção da paz, e não nos acordos de tutela celebrados sob o capítulo XII da Carta da ONU, representam, na verdade, a continuação da idéia de “tutela” internacional. O fato de se inscreverem no capítulo VII da Carta, e serem justificadas como medida para a manutenção da paz e da segurança, não as exclui do conceito mais amplo de tutela vivenciado durante o colonialismo e, posteriormente, sob os sistemas de mandato e de tutela. O aspecto colonialista de tais operações de paz evidencia-se no modelo de construção do sistema jurídico, que determina a alteração de leis incompatíveis com um “padrão de civilização”. Além disso, seu modo geral de operação coincide com o colonialismo, uma vez

⁴⁴ WILDE, Ralph, **International territorial administration: how trusteeship and the civilizing mission never went away**, Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

que implica controle territorial com o objetivo de implementar políticas que dizem respeito à forma de governar o território. Ambas as missões repetem o modelo de tutela das Nações Unidas e os mandatos tipo “A” sob a Liga das Nações: envolvem administração estrangeira em razão de incapacidade local ou com o objetivo de auto-governo e reiteram os objetivos de melhora das condições locais para o auto-governo presentes nos modelos anteriores de tutela.

Se a administração internacional de territórios remete ao colonialismo e representa nova espécie do conceito mais amplo de “tutela”, como explicar o seu ressurgimento e o seu apoio apesar do repúdio à idéia de tutela durante a era da descolonização? A resposta a essa pergunta pode ser encontrada nas estruturas que legitimam a administração internacional de territórios no direito internacional contemporâneo. Essas estruturas representam uma constitucionalização formal do DIP, em especial por meio da Carta das Nações Unidas. Elas distinguem a administração internacional de territórios do colonialismo. Os quatro principais argumentos que conferem legitimidade à administração de territórios são: i) a legalidade do seu ato constitutivo; ii) a universalidade dos princípios e políticas que perseguem, que equivalem a normas de direito internacional; iii) a percepção de neutralidade na atuação das organizações internacionais, que atuam como governantes; iv) o caráter temporário de tais arranjos⁴⁵.

A primeira forma pela qual arranjos de administração internacional de territórios são diferenciados de seus antecedentes coloniais se refere ao modo como são criados. As missões de paz das Nações Unidas mais recentes que envolvem amplo exercício governamental, como a UNMIK e a UNTAET, fundamentam-se no consentimento local e no exercício de autoridade pelo CSNU sob o Capítulo VII da Carta. Os argumentos que justificam a atividade do CSNU, como a construção de “Estados falidos” ou a chamada “responsabilidade de proteger”, escapam do objetivo do presente estudo. O que interessa é demonstrar a distinção entre a administração estrangeira decidida por pequeno grupo de Estados e aquela decidida

⁴⁵ WILDE, Ralph, 2008.

pelo CSNU, inscrita na Carta das Nações Unidas. Ainda que haja uma imposição, trata-se de uma imposição previamente aceita. É certo que se pode questionar o déficit de legitimidade do CSNU e o processo pouco inclusivo, entre os seus membros, de sua tomada de decisão. Mas o fato de o ato constitutivo ser, formalmente, de acordo com o DIP, e criado sob os auspícios de uma organização que representa a comunidade internacional, impõe inversão no ônus de se argumentar pelo aspecto colonialista do arranjo.

Além da autorização pelo CSNU, o consentimento das autoridades que detêm soberania sobre os territórios tem sido mais um argumento de legitimidade de tais arranjos. No caso da UNMIK, a República Federal da Iugoslávia (FRY) e a Assembléia da República da Sérvia manifestaram o seu consentimento em 3 de junho de 1999 ao “plano de paz para mover em direção a uma solução da crise em Kosovo”, apresentado pelo Presidente da Finlândia, Martti Ahtisaari, representando a União Europeia, e pelo Representante Especial do Presidente da Rússia, Viktor Chernomyrdin. O plano previu a presença internacional civil em Kosovo, sob os auspícios das Nações Unidas, no âmbito do Capítulo VII da Carta⁴⁶. Pode-se argumentar, no entanto, vício de consentimento da FRY em decorrência do uso ilegal da força pela OTAN em momento prévio à sua manifestação. No caso da UNTAET, a “consulta popular” realizada sobre o futuro status do Timor Leste é apresentada como prova do consentimento da população local à administração das Nações Unidas. O CSNU saudou o resultado do referendo e descreveu-o como expressão de que os timorenses desejavam claramente um processo de transição sob a autoridade da ONU. Os críticos afirmam que as cédulas não se referiam explicitamente ao papel da ONU, mas apenas indicavam como opções autonomia especial sob soberania da Indonésia ou independência. De qualquer forma, os materiais de campanha caracterizavam a opção pela independência como alternativa que envolvia transição supervisionada pela ONU⁴⁷.

⁴⁶ Nações Unidas, doc. S/1999/649.

⁴⁷ <http://www.un.org/peace/etimor99/POSTERS/p3ee.jpg>

Outra fonte de legitimação da administração internacional de territórios é a universalidade das políticas implementadas e dos padrões que são referência para o “governo das Nações Unidas”. A adesão significativa dos Estados aos Pactos de Direitos Humanos esvazia a crítica ao colonialismo de que “o padrão de civilização” era algo imposto pelas potências coloniais. As normas de direitos humanos constituem o equivalente nos dias atuais do que, no passado, era o critério para determinar um Estado como “civilizado”. Na “era pós-colonial”, a administração internacional de territórios torna-se instrumento legítimo, e distinto do colonialismo, porque supostamente promove valores universalmente válidos, e não baseados em concepções de superioridade de raças e civilizações.

O quarto argumento de legitimação associa a identidade do administrador à defesa do “interesse público”. Ao contrário dos outros arranjos de “tutela internacional”, onde o governo era exercido por um Estado, as Nações Unidas são apresentadas como uma autoridade isenta, mais bem posicionada para zelar pelos interesses da população local. A organização é vista como um ator independente dos Estados e representativa da comunidade internacional. Essa percepção é significativamente distinta da atitude em relação a Estados, que sempre enfrentam presunção de agirem de má-fé, para atender a interesses próprios. Esse aspecto é mais claro na criação de administrações internacionais para resolver “problemas de soberania”, isto é, para “neutralizar” disputas territoriais. A presunção de que Estados atuam de forma egoísta leva a crer que fora de seu território sempre explorarão a população local. Organizações internacionais, pelo contrário, são vistas como atores humanitários. Seriam verdadeiros “fiduciários” da população local.

Por fim, a quinta fonte de legitimação da administração internacional de territórios é o seu caráter temporário. Termos como “temporário”, “interino” e “transitório” fazem parte do nome da maioria das missões de paz. Essa característica possibilita conciliar a idéia de um “governo da ONU” com o direito à autodeterminação. Se comparado ao colonialismo, o fato de o “padrão de civilização” ser

algo universalmente válido torna plausível que a “tutela” seja, de fato, temporária. Afinal, o “padrão de civilização” estaria disponível a todos. Da mesma forma, o fato de o “árbitro” a determinar a capacidade local para o auto-governo ser um ator imparcial e humanitário cria uma expectativa de que esse objetivo é, de fato, atingível.

As estruturas que permitiram o ressurgimento da administração internacional de territórios após o movimento de descolonização coincidem com elementos apontados como evidência de um processo de constitucionalização do direito internacional. Sobressaem, em especial, os elementos da institucionalização do ato constitutivo de tais arranjos e do universalismo das políticas que promovem. Esses argumentos representam, no entanto, uma constitucionalização meramente formal. Isto porque o fato de terem sido criados conforme os procedimentos jurídicos não significa que tenha havido processo genuinamente participativo, em que às autoridades ou lideranças locais tenha sido facultada a oportunidade de oferecerem as suas visões sobre o arranjo. Ademais, o fato de perseguirem políticas consideradas universalmente aceitas não significa que não existam abusos ou violações de direitos fundamentais das populações sob “governo” das Nações Unidas. O fato de a ONU exercer autoridade, percebida como isenta, pode ter reduzido demandas por monitoramento antes existentes quando a gestão do território era exercida por um Estado. Essa constitucionalização formal deve, portanto, ser acompanhada de uma constitucionalização substantiva. Para que a ONU não se torne nova alçoz de um povo, é necessário que esteja submetida a padrões semelhantes de monitoramento a que os próprios Estados se submetem em relação aos seus cidadãos. O fato de as estruturas formais de legitimação afastarem, de início, a crítica de que a administração de territórios é forma de colonialismo, não dispensa a criação de outros mecanismos de legitimação. A constitucionalização substantiva deve se manifestar por meio do monitoramento (*accountability*) exercido por atores locais. Para avaliar como a comunidade internacional, representada pelas Nações Unidas, participa, na prática, da formação de uma ordem constitucional interna, e como os mecanismos de *accountability* devem ser implementados, será analisada a Missão

das Nações Unidas para a Administração Interina do Kosovo (UNMIK).

2. O caso de Kosovo: o governo das Nações Unidas

Para avaliar em que medida a administração de territórios evidencia uma constitucionalização do DIP, é necessário analisar em maior detalhe ao menos uma das experiências desse tipo de arranjo institucional. As experiências de administração direta pelas Nações Unidas apresentam dois elementos importantes para este artigo. Por terem sido criadas pelos órgãos das Nações Unidas, podem ser mais associadas a um consenso da “comunidade internacional”, uma vez que estão sob supervisão dos órgãos da ONU e, por consequência, de seus Estados membros. Além disso, a administração direta equivale a um “governo da ONU”. Cria-se uma ordem jurídica cuja fonte última de autoridade é a Carta das Nações Unidas. A ONU, representando a comunidade internacional, enfrenta os mesmos problemas diários que desafiam governos. É o ambiente em que os limites de um constitucionalismo internacional são testados, onde se verificará como opera um constitucionalismo substantivo. Como mencionado na introdução do capítulo, o exemplo da UNMIK é paradigmático por envolver a atuação dos principais órgãos da ONU, pelo histórico de tentativa de supressão do pluralismo, por ser uma das missões mais abrangentes da história da ONU e por ter se defrontado com um “momento constitucional” interno.

a) Contexto histórico

Para entender as raízes do conflito no Kosovo, é preciso ir além dos fatos. É necessário entender os mitos e as verdades que determinam o comportamento do povo na região. Sérvios e albaneses, como todos os indivíduos, estruturam as suas vidas com base no que crêem ser a sua identidade. O que torna essas crenças um problema não apenas interno, mas de dimensão internacional, é quando passam a ser manipuladas politicamente para degradar e suprimir “o outro”. Isto pode ser resultado de uma política enraizada em “verdades

antagônicas”. Essa perspectiva passa a ser justificada por uma cultura de vitimização, por uma história real ou imaginária de subjuço de um grupo sobre outro, pela longa opressão de um grupo desfavorecido, pela pobreza estrutural e pela ausência de instituições capazes de acomodar opiniões divergentes⁴⁸.

Muitos aspectos do conflito étnico nos bálcãs se assemelham à questão palestina. É uma situação em que dois grupos étnicos com línguas e tradições religiosas distintas reivindicam o mesmo território com base em argumentos históricos. Ilustra esse paralelo o fato de nacionalistas sérvios se referirem a Kosovo como “a sua Jerusalém”. Não é objeto deste estudo detalhar essa questão. Mas parece necessário ter presentes as diferentes visões da questão, que conduziram aos eventos trágicos que serão descritos a seguir. Para os sérvios, eles chegaram aos bálcãs nos séculos VI e VII, na corrente migratória eslava para a região, antes dos albaneses. Alguns sérvios dizem que muitos dos que hoje se dizem albaneses são, na verdade, “sérvios albanizados”. Os albaneses, por sua vez, atribuem as suas origens em Kosovo aos ilírios, que teriam povoado esse território durante o império romano. Alguns albaneses alegam terem sido “desalbanizados” pelos sérvios, que forçaram a “servinização” por meio da imposição de nomes próprios de origem sérvia. Kosovo, dessa forma, é parte integrante da identidade nacional de ambos os grupos étnicos⁴⁹.

O estopim do último conflito nos bálcãs foi o fim da guerra-fria e a conseqüente dissolução da ex-Iugoslávia. A Constituição de

⁴⁸ MERTUS, Julie A. *Kosovo: how myths and truths started a war*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1999, p. 4.

⁴⁹ A famosa Batalha do Kosovo é elemento importante do nacionalismo sérvio, representando a resistência à ocupação estrangeira. O mito construído ao redor do evento pelos sérvios é contestado por supostamente omitir a participação dos chefes albaneses na resistência contra os turcos. Cf. M.Grmek, M.Gjidara and N.Simac (eds.), *Le nettoyage ethnique (Documents historiques sur une idéologie serbe)*, Paris, Fayard/Éd. Seuil, 2002, p. 151. A região também é prezada pelos albaneses por ter testemunhado o despertar do nacionalismo albanês durante a Liga de Prizren, em 1878. Os sérvios, por sua vez, exaltam o fato de a localidade kosovar de Pec ser o berço do Patriarcado da Igreja Ortodoxa Sérvia, criado em 1346.

1974 da República Federal Socialista da Iugoslávia, a quarta do país em menos de 30 anos, reduziu os poderes da Federação e ampliou as competências das repúblicas e províncias autônomas. Kosovo gozava do status de ente federativo na condição de “província autônoma” da Iugoslávia. Permanecia, formalmente, parte integrante da República da Sérvia (a outra província, também integrante da República da Sérvia, era Vojvodina). Tinha quase todas as prerrogativas das seis repúblicas que compunham a Iugoslávia. Kosovo tinha representação no Parlamento federal, contava com representante na Presidência da Iugoslávia, em Belgrado, e com juizes nas Cortes Federal e Constitucional. A província também tinha competência para recorrer aos tribunais constitucionais da Iugoslávia e da Sérvia. Como as demais repúblicas, seus representantes tinham o direito de propor leis na Câmara das Repúblicas e das Províncias. Além disso, tinha a sua própria constituição, a sua assembleia parlamentar e o seu judiciário. As províncias autônomas tinham poder de veto sobre questões que as afetavam, o que era visto por Belgrado como perda de controle pleno sobre a República da Sérvia. A Constituição da Iugoslávia dispunha de forma explícita que o povo de Kosovo tinha “direitos soberanos” sobre a província, apesar de ela não possuir um direito de secessão, como as demais repúblicas⁵⁰.

Os direitos de Kosovo passaram a ser gradualmente revogados pela República da Sérvia a partir do final dos anos 80. Em 1986, a Academia Sérvia de Ciências e Artes adotou “Memorando sobre Questões Sociais Atuais de Nosso País” que promovia a idéia de uma Grande Sérvia. Este manifesto denunciava supostos abusos cometidos contra as minorias sérvias nas repúblicas iugoslavas, trazia números que sugerem que os sérvios eram sempre a principal minoria nas demais repúblicas⁵¹, avaliava as quatro décadas da Iugoslávia como

⁵⁰ VICKERS, Miranda. **Between Serb and Albanian: a history of Kosovo**. New York: Columbia University Press, p. 1998, p. 178-179.

⁵¹ “Desde o recenseamento de 1981, 1.985.000 sérvios, ou 24%, vivem fora da República socialista da Sérvia, número consideravelmente superior ao de eslovenos, albaneses ou macedônios que vivem na Iugoslávia e quase a mesma cifra do total de muçulmanos”, M.Grmek *et al*, 2002, p. 236-269.

situação de desigualdade da Sérvia, e fazia um apelo pela mobilização do povo sérvio para um planejamento democrático que:

“una verdadeiramente, pela primeira vez na história recente, ao redor de um objetivo de interesse geral, os conhecimentos e as experiências, a consciência e a coragem, a imaginação e a responsabilidade [do povo sérvio] sobre as bases de um programa de longo prazo”⁵².

As idéias do manifesto, que tinham claramente o propósito de alterar o equilíbrio étnico em Kosovo, passaram a ser implementadas pelo parlamento sérvio por meio de emendas à constituição da República da Sérvia. Essas emendas reduziam a autonomia de Kosovo. À província foi atribuído o status de “municipalidade” e sua competência legislativa foi reduzida. A competência da Assembleia de Kosovo foi limitada à adoção de decisões e regulamentos que fossem conforme a constituição sérvia. Além disso, as emendas retiraram do controle do governo de Kosovo o judiciário local, a polícia, a política de educação e as políticas econômicas e sociais. À corte constitucional da Sérvia atribuiu-se o poder de revisar a legislação kosovar. Essas emendas foram aprovadas pela Assembleia de Kosovo, em 23 de março de 1989, graças ao cerco policial e militar ao redor do prédio do parlamento pelos sérvios. Além disso, o processo fraudulento de aprovação das emendas pode ser atestado por registros fotográficos de indivíduos que participaram da votação sem que fossem membros da Assembleia. As duas principais emendas foram o fim da obrigatoriedade de aprovação, pelas províncias, de novas emendas à Constituição da República da Sérvia e o maior poder atribuído às forças de segurança sérvias para atuarem em Kosovo para “proteger a ordem constitucional”.

Após a aprovação das emendas, a situação em Kosovo deteriorou-se. Protestos violentos tomaram as ruas de Pristina. Em junho de 1990, a Assembleia da Sérvia declarou existirem em Kosovo “atividades direcionadas para subverter a ordem constitucional e a integridade territorial” e dissolveu a Assembleia de Kosovo. Meses

⁵² M.Grmek *et al*, 2002, p. 236-269.

mais tarde, a Assembleia de Kosovo declarou, em 1990, a “República de Kosovo” como ente federal integrante da Iugoslávia e proclamou uma nova constituição aprovada em referendo. Em seguida, nova Constituição da Sérvia limitou ainda mais a autonomia da província e fechou a corte constitucional kosovar.

A “República de Kosovo” não foi reconhecida pela comunidade internacional, que concentrava esforços na recuperação da autonomia ou na criação de outras formas de autodeterminação interna. A escalada da crise que se seguiu está documentada em detalhes na sentença da Câmara de Primeira Instância do ICTY no caso *Milutinovic et al.*, de 26 de fevereiro de 2009⁵³. As medidas de repressão incluíram: i) mudança do currículo escolar (o que levou os albaneses a adotarem currículo paralelo em escolas informais); ii) exoneração de professores da Universidade de Pristina e nomeação de não albaneses; iii) fomento da imigração ou do retorno de sérvios a Kosovo; iv) adoção de Declaração sobre os Direitos das Minorias Nacionais, que denunciava mudança na estrutura étnica imposta pelos albaneses; v) demissões em massa de albaneses nos setores público e privado e contratação de sérvios.

A situação se deteriorou ao longo dos anos 1990 e levou ao conflito armado, em 1998 e 1999, entre a Sérvia e o Exército de Libertação de Kosovo. Em 1998, o CSNU qualificou, pela primeira vez, por meio da resolução 1160, a situação em Kosovo como “ameaça à paz e segurança internacionais”. Durante o conflito, as forças sérvias promoveram deportações forçadas de albaneses por meio de ordens diretas para deixarem as suas casas e pela criação de um ambiente de terror, que incluía execuções sumárias. Ao serem deportados, muitos continuavam a receber ameaças e eram vítimas de violência, inclusive sexual. Em muitos lugares, os homens foram separados de mulheres e crianças e seus bens pessoais, destruídos. Em Pristina, a expulsão

⁵³ IT-05-87-T, *Milutinovic et al.*, 26 de fevereiro de 2009. Milan Milutinovic foi Presidente da Sérvia no período de 1998 a 1999. Foi declarado inocente pelo ICTY pelas acusações no presente caso. O caso passou a ser identificado como *Sainovic et al.*

ocorreu de forma planejada. Centenas de albaneses eram conduzidos à estação ferroviária e seguiam em trens lotados até a Macedônia. Essas ações causaram o deslocamento de ao menos 700 mil kosovares em 1999. São provas da intenção de alterar o equilíbrio étnico em Kosovo a forma organizada como ocorreu a expulsão, a significativa participação do governo sérvio nesse processo, os testemunhos de que os indivíduos eram instruídos a se deslocarem à Albânia ou à Macedônia e a apreensão dos documentos pessoais de identidade na fronteira⁵⁴.

Em petição à CIJ no procedimento para a Opinião Consultiva sobre “a conformidade com o direito internacional da declaração unilateral de independência relativa ao Kosovo”, o novo governo sérvio reconheceu e lamentou os atos cometidos no conflito de 1998-1999:

The conflict in Kosovo 1998-1999 resulted in thousands of deaths, an even greater number of injured and in enormous destruction. The democratic Government of Serbia sincerely regrets all tragedies and pain that were inflicted by the persons acting in the name of the FRY during the conflict. What is particularly important at this time is that those responsible for the misdeeds inflicted be brought to justice in international and domestic criminal proceedings⁵⁵.

Em 10 de junho de 1999, o CSNU aprovou a Resolução 1244, que colocou Kosovo sob administração internacional (UNMIK).

b) A criação de uma ordem jurídica constitucional

É possível especular que a UNMIK não teria sido criada não fosse o bombardeio da FRY pela OTAN ocorrido em 1999. O consentimento da FRY à operação teve origem em “plano de paz” consentido após o uso da força. Isto supostamente implicaria um vício de origem da missão, uma vez que derivada de uma ilegalidade, que se estenderia à ordem jurídica criada em território kosovar. Durante os procedimentos do parecer da CIJ sobre a declaração de independência

⁵⁴ IT-05-87-T, *Milutinovic et al*, 26 de fevereiro de 2009.

⁵⁵ ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, written statement of Serbia, p. 129-130.

de Kosovo, alguns países se referiram ao princípio geral do direito *ex injuria jus non oritur*, segundo o qual um ato ilícito não pode ser fonte de vantagens, benefícios ou direitos para o infrator. Esse princípio foi invocado, contudo, não para questionar a legalidade da UNMIK (Resolução 1244), mas a declaração de independência kosovar. Em sua sustentação oral, a Sérvia argumentou que a declaração de independência, por ser ato unilateral ilícito, não pode criar direitos⁵⁶. Em opinião dissidente, um dos juízes da CIJ, ao entender que a declaração de independência do Kosovo teria sido emitida pelas Instituições Provisórias de Auto-Governo (mais especificamente, por sua Assembleia), era um ato nulo, por exceder os limites da Resolução 1244. Sobre ela deveria incidir o referido princípio⁵⁷.

Em voto concordante, outro juiz da CIJ entendeu que houve, na região, uma sucessão de graves ilícitos internacionais, de todas as partes no conflito, desde 1989 até a adoção da Resolução 1244. O princípio *ex injuria jus non oritur* se aplicaria a todos esses ilícitos, incluindo o bombardeio da OTAN. A Resolução 1244, portanto, não confere licitude retroativa a qualquer dessas violações. Ela, ao contrário, abstém-se de antecipar o resultado da administração internacional de Kosovo ao omitir o status final do território. Trata-se, portanto, da concretização desse princípio⁵⁸.

A elaboração de uma Constituição é percebida como símbolo máximo da autodeterminação de um povo. Apesar do caráter essencialmente interno, o ato constituinte é cada vez mais objeto do direito internacional. A participação estrangeira no processo de elaboração de uma constituição não é algo novo, como se pode atestar pelos antecedentes de “tutela internacional”. Mas a forma e o grau de envolvimento da comunidade internacional nesse processo tem adquirido novos contornos. Essa participação da comunidade

⁵⁶ ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, CR 2009/24 (translation), p. 50.

⁵⁷ ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p. 5.

⁵⁸ ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, p. 41-42.

internacional, no entanto, introduz um “elemento estranho” na concepção tradicional sobre a elaboração de uma constituição. A tradição constitucional francesa e americana promovem a idéia de que a adoção de uma constituição é um ato que cria uma nova ordem. Um dos elementos centrais dessas doutrinas constitucionais é a identificação do povo com o poder constituinte. Essa associação ocorre por meio de procedimentos especiais para a adoção do texto constitucional (em geral, assembléias constituintes ou referendos) e de estruturas democráticas criadas subseqüentemente. O que torna problemática a participação da comunidade internacional nesse processo é a sua interferência na identificação do poder constituinte com o “povo”. Essa atuação pode atenuar o caráter democrático da criação da ordem constitucional.

A adoção da constituição do Timor Leste ilustra a participação da comunidade internacional em um “momento constitucional”. Após referendo em 30 de agosto de 1999 em que se decidiu pela independência do país, o CSNU aprovou a Resolução 1272, em 25 de outubro de 1999, que criou a UNTAET. A elaboração de uma constituição estava implícita no mandato da Missão, que deveria apoiar a construção de auto-governo. A UNTAET deveria, nos termos da Resolução, consultar e cooperar com o povo timorense para implementar o seu mandato, com vistas “ao desenvolvimento de instituições democráticas locais”.

Em março de 2001, a UNTAET adotou o Regulamento 2001/2, que criou o marco jurídico para o processo constituinte no país. O Regulamento, propositadamente, é rico em detalhes no que diz respeito ao procedimento e se omite quanto à substância da Constituição, exceto em breve referência a direitos fundamentais⁵⁹. Diante do dé-

⁵⁹ O artigo 1.1 do Regulamento dispõe que: In order to implement the decision of the people East Timor in the popular consultation of 30 August 1999 and so as to protect the inalienable human rights of the people of East Timor including freedom of conscience, freedom of expression, freedom of association and freedom from all forms of discrimination, there shall be a Constituent Assembly to prepare a Constitution for an independent and democratic East Timor. The Constituent Assembly shall be unicameral.

ficit democrático decorrente da participação estrangeira, a UNTAET não antecipou o resultado do processo constituinte⁶⁰. O texto previu uma assembléia constitucional composta de 88 membros, dos quais 75 seriam eleitos nacionalmente e 13, representando regiões. Essa estrutura visava a evitar que a “Frente Revolucionária do Timor-Leste Independente” (Fretilin) dominasse a assembléia, de modo a comprometer a diversidade de opiniões. A exigência de maioria de dois terços para a aprovação do documento também teve o propósito de fomentar o consenso entre as lideranças locais. O Regulamento também criou comissões constituintes para possibilitar a participação de indivíduos e da sociedade civil em audiências públicas. Pode-se afirmar que o processo de elaboração da Constituição ficou nas mãos do povo timorense. A influência estrangeira se circunscreveu à provisão de assistência técnica e à construção do marco jurídico da assembleia constituinte.

Apesar da experiência exitosa no Timor Leste, a participação estrangeira na elaboração de uma constituição é sempre sujeita ao questionamento quanto à coerência e viabilidade de um “constitucionalismo imposto”. O “constitucionalismo imposto” é um processo de elaboração da Constituição em que há uma negociação entre elites políticas locais, uma potência ocupante e organizações internacionais capazes de exercer pressão. O resultado da negociação depende da distribuição de poder entre as partes negociadoras. A opinião da população é apenas um dos elementos, pouco determinantes, para o resultado. O problema da participação estrangeira, além do déficit de legitimidade, é que o resultado (texto constitucional) refletirá a configuração de forças durante a ocupação, mas não necessariamente a realidade política após a retirada da presença estrangeira. Eventual imposição de normas e valores sobre os atores políticos locais não serão aplicados e enfraquecerão a força normativa da Constituição após a ocupação⁶¹.

⁶⁰ DANN, Philipp; AL-ALI, Zaid. The international *pouvoir constituant* - constitution-making under external influence in Iraq, Sudan and East Timor. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 10, 2006, p. 423-463.

⁶¹ FELDMAN, Noah. Imposed constitutionalism. **37 Connecticut Law Review**,

Os argumentos que procuram justificar um “constitucionalismo imposto” identificam a constituição não como o resultado último do exercício da autodeterminação, mas um *meio* para facilitar a sua expressão. Dessa forma, as constituições devem ser mais do que um “pacto entre elites”. Devem estabelecer direitos fundamentais que possibilitem que os indivíduos participem da vida política. Esta identificação entre democracia e constituição justificaria a interferência externa, inclusive da potência ocupante, para pressionar a inclusão de certos valores na constituição. Ainda que tais valores, segue o argumento, não sejam aplicados após o “desengajamento” da comunidade internacional no país, possibilitarão que, no futuro, forças políticas internas dissidentes a eles recorram para construir um constitucionalismo liberal. Deixar a elaboração do texto constitucional exclusivamente nas mãos de forças políticas antidemocráticas seria desconsiderar a diversidade de opiniões internas que não têm acesso ao processo constituinte e curvar-se perante as elites predominantes no momento⁶².

O problema dessa visão é que ela parte da premissa de que a ordem constitucional criada será exitosa, o que não necessariamente é verdadeiro. A inclusão de dispositivos constitucionais que deliberadamente serão ignorados afeta uma premissa central de constituições escritas, a saber, que o texto constitucional efetivamente informará o exercício do poder. Tornar constitucionais valores que serão deliberadamente ignorados enfraquece a Constituição como um todo, inclusive dispositivos que regulamentarão a distribuição de poder entre as forças políticas locais após o término da ocupação estrangeira. Portanto, se o propósito da influência estrangeira é preparar o terreno para que forças de oposição, orientadas pelos valores liberais, possam reivindicar direitos, não há garantia de que uma ordem constitucional dissonante em relação aos valores nacionais será capaz de fornecer os

p. 857, 2004-2005. Noah Feldman foi consultor jurídico dos EUA no Iraque para o órgão responsável pela elaboração da “Lei Administrativa de Transição”, uma constituição interina adotada em 2004.

⁶² SUNDER, Madhavi. Enlightened constitutionalism. *37 Connecticut Law Review*, p. 891, 2004-2005.

meios para isso. Essa visão enfatiza de forma excessiva a constituição normativa. O “constitucionalismo imposto” pode acabar reduzindo as possibilidades para que arranjos constitucionais genuínos facilitem participação mais ampla no longo-prazo⁶³.

A constituição escrita, no entanto, é apenas parte de uma ordem constitucional, que inclui instituições, práticas e costumes que informam e legitimam o exercício do poder. As normas constitucionais terão maiores chances de êxito, e de serem implementadas por práticas e costumes pelas instituições criadas, se forem adotadas pelas forças políticas locais. Ao se permitir que essas forças locais, ainda que pouco representativas, negociem o resultado do processo constituinte sem interferência externa, há maiores chances de um acordo constitucional estável e duradouro. Criadas condições mínimas de participação política, há maior probabilidade de garantia de direitos em um ambiente de estabilidade constitucional do que de instabilidade. Distorções introduzidas nesse sistema produzirão instabilidade, o que resultará em menos “ordem constitucional”. A comunidade internacional, ou potências ocupantes, não têm a capacidade de promover uma implementação de normas constitucionais de forma sustentada ao longo do tempo⁶⁴. A autodeterminação é, portanto, elemento essencial para criar uma ordem constitucional que possibilite a proteção de direitos fundamentais⁶⁵.

⁶³ FELDMAN, Noah, 2004-2005.

⁶⁴ Noah Feldman argumenta que até mesmo um “constitucionalismo imposto” interno terá dificuldades de prevalecer ao longo dos anos. O autor oferece o exemplo das Emendas de Reconstrução nos EUA, que entende representar um “constitucionalismo imposto” pelo Norte aos estados do Sul após a guerra civil americana, uma vez que as elites do Norte controlaram o processo de emenda. As emendas foram interpretadas de modo a autorizar a desigualdade de direitos entre brancos e negros. Apenas decorridos quase 100 anos, reconheceu-se igualdade plena de direitos.

⁶⁵ FELDMAN, Noah, 2004-2005.

c) O “Marco Constitucional para o Auto-Governo Provisório” no Kosovo

Além de desempenhar a importante função de “neutralizar” o território de Kosovo, por meio do exercício do poder pelas Nações Unidas, e evitar novo conflito étnico até os dias da redação deste trabalho, a UNMIK tem o mandato de desempenhar “funções civis administrativas” e de organizar e monitorar “o desenvolvimento de instituições democráticas e autônomas de governo”. Esse mandato foi interpretado de forma abrangente e a UNMIK se atribuiu autoridade sobre todos os “poderes” do Estado (executivo, legislativo e judiciário). Em seu Regulamento 1/1999, estabeleceu-se que “toda a autoridade legislativa e executiva em Kosovo, incluindo a administração do judiciário, estava investida na UNMIK”. Os Representantes do SGNU receberam poderes quase absolutos, podendo nomear e exonerar funcionários públicos, incluindo membros do judiciário, e revisar ou revogar qualquer lei aplicável em Kosovo, exceto a Resolução 1244, do CSNU. Criou-se, dessa forma, novo ordenamento jurídico, distinto daquele da FRY.

Para evitar um vácuo jurídico, o Regulamento 24/1999 determinou que as leis aplicáveis em Kosovo antes de 22 de março de 1989 (isto é, o direito vigente antes da derrogação da autonomia da província pelo regime de Milosevic)⁶⁶ continuariam vigentes na medida em que estivessem de acordo com padrões internacionalmente reconhecidos de direitos humanos, com a Resolução 1244 e com os Regulamentos adotados pela UNMIK. Além disso, a UNMIK criou um tribunal “ad hoc” de recursos, uma promotoria “ad hoc”, nomeou administradores regionais e municipais e promulgou código penal interino e código de processo penal interino. Para transferir as funções de governo para

⁶⁶ A intenção inicial da UNMIK era estabelecer como critério temporal as leis anteriores a 24 de março de 1999 (data do início do bombardeio da OTAN). Assim dispunha a seção 3 do Regulamento 1/1999. Diante das críticas dos kosovares albaneses, chegou-se a um acordo quanto à data de 1989. In: YANNIS, Alexandros, *The UN as government in Kosovo*, **Global governance**, jan-mar 2004, p. 67 e seguintes.

autoridades locais eleitas e para reconstruir a economia e o sistema político, a UNMIK adotou estratégia que compreenderia duas etapas. Entre junho de 1999 e outubro de 2000, quando foram realizadas as primeiras eleições municipais, a UNMIK criou instituições típicas de Estado: autoridade aduaneira, Banco Central⁶⁷, autoridades municipais, comissão eleitoral, regulamentos sobre telecomunicação, imprensa, sobre a operação de partidos políticos e sobre a criação de escritórios de representação de governos estrangeiros em Kosovo. Em 28 de outubro de 2000, realizaram-se eleições municipais e a autoridade governamental foi transferida a lideranças locais.

A segunda fase da transferência das funções de governo para as autoridades locais começou com a adoção de um marco constitucional que criou “instituições provisórias de auto-governo” (PISG). A adoção de um texto com vocação constitucional (na prática, uma constituição interina) para Kosovo representa exemplo de participação da comunidade internacional na construção de uma ordem constitucional em um território com status indeterminado. Trata-se de experiência que muito se assemelha com a participação da Liga das Nações na gestão da “Cidade Livre de Danzig”. Da mesma forma como o ocorrido na cidade polonesa na década de 20, o “Marco Constitucional” do Kosovo foi promulgado e publicado no “diário oficial” da Missão das Nações Unidas. Em 15 de maio de 2001, o Representante do SGNU no Kosovo adotou o Regulamento 9/2001, intitulado “Marco Constitucional para o Auto-Governo em Kosovo”. O documento previu a realização de eleições gerais no Kosovo e criou as PISG, em cumprimento ao mandato da Resolução 1244 para que a UNMIK transferisse responsabilidades administrativas e monitorasse e apoiasse a consolidação das instituições locais interinas do Kosovo.

O processo de adoção do texto constitucional está descrito em relatório do SGNU ao CSNU⁶⁸. O SGNU declarou que a prioridade

⁶⁷ A decisão de introduzir o marco alemão como a moeda corrente no Kosovo (Regulamento 4/1999) provocou protestos de Belgrado e de Moscou, sob o argumento de que violava a soberania da FRY (YANNIS, 2004).

⁶⁸ UN Doc. S/2001/565.

da UNMIK, no decorrer da elaboração do texto, era “proteger os direitos e os interesses de todas as comunidades e a soberania e a integridade territorial da FRY”. Para afastar argumentos de violação da Resolução 1244, o SGNU esclareceu que o “Marco Constitucional” não antecipava o acordo político final (“final political settlement”) para Kosovo. Ele possibilitava que o povo de Kosovo administrasse as suas vidas de forma a encorajar a moderação e o processo político e a marginalizar o extremismo. A aplicação do direito vigente, a condução de relações exteriores, a proteção de direitos de comunidades e o controle orçamentário permaneciam atribuições diretas da UNMIK.

O “Marco Constitucional” foi elaborado por grupo de trabalho criado em março de 2001 que se reuniu por nove semanas. O grupo era composto por representantes dos três principais partidos políticos kosovar albaneses (Liga Democrática de Kosovo, Aliança para o Futuro de Kosovo e Partido Democrático de Kosovo), por um kosovar sérvio, por um bósnio que representava outras minorias, por representante da sociedade civil, por perito independente e por sete membros estrangeiros, que incluía o seu presidente. A UNMIK criou mecanismo de consultas por meio do qual as comunidades que não estavam formalmente representadas no grupo de trabalho podiam enviar comentários por meio do integrante bósnio. Os cinco pontos que suscitaram maiores divergências e que impediram um consenso em torno do texto foram: i) o título do documento; ii) a previsão de eleição direta para Presidente; iii) a criação de uma corte constitucional; iv) a previsão de um referendo; v) a inclusão de cláusula que preveria o fim da vigência do auto-governo interino (“sunset clause”). A decisão final sobre esses pontos foi tomada pelo Representante do SGNU. O “Marco Constitucional” criou uma Assembleia com 120 assentos distribuídos da seguinte forma: 100 assentos para os partidos registrados em Kosovo, 10 assentos para os kosovares sérvios e 10 assentos destinados a outras comunidades. A Presidência da Assembleia era composta de sete membros. A Assembleia elegia um Presidente que, por sua vez, nomearia um Primeiro Ministro. O “Marco Constitucional” previu rol de direitos coletivos às comunidades kosovares nas seguintes áreas: língua, educação, emprego, mídia e

serviços públicos. Além disso, estabeleceu direitos individuais. Para atender às reivindicações do representante sérvio, criou-se mecanismo prévio de controle de constitucionalidade por meio do qual membros da Assembleia poderiam questionar leis que violassem “interesses vitais”. A legislação questionada era submetida a painel composto por representante da UNMIK e das comunidades.

O SGNU reconheceu que o êxito do “Marco Constitucional” dependeria de sua aceitação local. Lideranças albanesas consideraram o texto um “compromisso justo”, apesar da exclusão de elementos considerados essenciais. Os kosovares sérvios qualificaram o texto de “inaceitável”. Com o objetivo de engajar os sérvios no sistema político local, o SGNU anunciou uma série de iniciativas, que incluíram encontro com o Presidente da FRY para usar a influência do país sobre as lideranças sérvias. Apesar do rechaço ao texto, as lideranças sérvias passaram a integrar a Assembleia das PISG.

Além de manter a autoridade última para a implementação da Resolução 1244, assumindo papel de “garante” da ordem jurídica, a UNMIK reteve competência exclusiva para desempenhar funções de relações exteriores, velar pela implementação das leis, proteger os direitos de minorias e controlar o orçamento. No entanto, nesta segunda fase, o poder legiferante foi transferido à Assembleia de Kosovo. Restava à UNMIK a função de monitoramento e de intervir no processo legislativo apenas de forma excepcional. Exemplo da função de monitoramento do chefe da UNMIK foi o veto a resolução da Assembleia de Kosovo sobre “a proteção da integridade territorial de Kosovo”. A resolução da Assembleia declarava nulo acordo fronteiriço entre a FRY e a Macedônia celebrado em 21 de janeiro de 2001. Alegava que o acordo transferia 2.500 hectares de território do Kosovo à Macedônia sem o consentimento do povo e das instituições de Kosovo. O Representante do SGNU anulou a resolução sob o argumento de que a Assembleia não tinha competência para legislar sobre “integridade territorial”, de acordo com o capítulo 5 do “Marco Constitucional”. A UNMIK atuava, dessa forma, em defesa da soberania formal da FRY. É útil notar o papel desempenhado neste episódio pelo CSNU. Na ocasião, o Conselho de Segurança emitiu

“declaração presidencial” em que declarou apoio à chefia da UNMIK e que reafirmou a compatibilidade da decisão com a Resolução 1244. Isto demonstra a inseparabilidade entre o ordenamento jurídico de Kosovo e o “direito da Carta das Nações Unidas”, fonte última de validade do direito kosovar no período. Também ilustra a atuação do CSNU para o controle de legalidade de ato legislativo interno. A “declaração presidencial” teve os seguintes termos:

“(…) The Security Council deplores the adoption by the Assembly of Kosovo, in its session of 23 May 2002, of a resolution ‘on the protection of the territorial integrity of Kosovo’. It concurs with the Special Representative of the Secretary-General that such resolutions and decisions by the Assembly on matters which do not fall within its field of competence are null and void.

The Security Council calls on Kosovo’s elected leaders to focus their attention on the urgent matters for which they have responsibility, in accordance with resolution 1244 (1999) of 10 June 1999 and the Constitutional Framework. Concrete progress in those areas is of paramount importance to improve the life of the people.

The Security Council reiterates its full support for the Special Representative of the Secretary-General (...)”⁶⁹.

O ordenamento jurídico interno de Kosovo, até a proclamação de independência (em 17 de fevereiro de 2008), era composto de um misto de direito interno e direito internacional. Três tipos de normas eram aplicáveis. O primeiro tipo eram as leis da República Socialista Federal da Iugoslávia (SFRY) vigentes em Kosovo até 22 de março de 1989. O segundo eram os regulamentos da UNMIK e as leis aprovadas pela Assembleia de Kosovo e promulgadas pela chefia da UNMIK. O terceiro eram os instrumentos de direito internacional (em especial, tratados de direitos humanos) aplicáveis em Kosovo. Tratava-se de um ordenamento jurídico que procurava esquecer e apagar do “mundo jurídico” dispositivos oriundos do período de opressão do antigo regime sérvio (entre 1989 e 1999), afinal *ex injuria, jus non oritur*⁷⁰.

⁶⁹ UN Doc. S/PRST/2002/16, de 24 de maio de 2002.

⁷⁰ Para preencher lacunas, segundo o Regulamento 24/1999, os tribunais poderiam aplicar leis desse período, excepcionalmente, desde que “não sejam discriminatórias” e sejam consistentes com os tratados de direitos humanos

Além disso, buscava incorporar valores liberais mediante a construção de uma nova ordem jurídica. Para conciliar a demanda por um “marco zero”, ou um “momento constitucional”, com a soberania formal da FRY, reconheceu-se a vigência da legislação da SFRY.

Exemplo de legislação discriminatória do regime sérvio de 1989 a 1999 podia ser encontrado na área de direitos de propriedade. Após a perda de autonomia de Kosovo em 1989, o governo sérvio aprovou duas leis, em 1991, com o objetivo de assegurar o domínio sérvio na província. A Lei sobre a Limitação de Transações Imobiliárias dispunha que as transações deveriam ser aprovadas pelo Ministério da Fazenda sérvio com o objetivo de monitorar o equilíbrio étnico em Kosovo. Na prática, os albaneses não podiam comprar imóveis de sérvios. A Lei sobre a Concessão de Propriedades Rurais a Cidadãos que Queiram Viver e Trabalhar na Província Autônoma de Kosovo dispunha que propriedades públicas podiam ser atribuídas a indivíduos somente se atender ao interesse sérvio. Havia condições mais favoráveis de pagamento para sérvios e montenegrinos em Kosovo. A Resolução 10/1999 da UNMIK revogou ambas as leis⁷¹.

A criação de um ordenamento jurídico em Kosovo constituía um “monismo puro”, em que o direito interno e o direito internacional faziam parte de um sistema unitário. Não havia a mediação do soberano entre as ordens jurídicas interna e internacional. Tratados internacionais desempenhavam o papel de verdadeiro “códigos”. Na área do direito dos contratos, por exemplo, a UNMIK importou a Convenção das Nações Unidas de 1980 sobre Contratos para a Venda Internacional de Bens. Também ilustra a importação de tratados o comprometimento da UNMIK de “imbricar” a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a que a FRY não era parte, na ordem jurídica de Kosovo. A UNMIK estava comprometida em “moldar” o território internacionalizado de acordo com os valores considera-

aplicáveis em Kosovo (as Convenções “núcleo” das Nações Unidas e a Convenção Europeia de 1950).

⁷¹ CARLOWITZ, Leopold von, Crossing the boundary from the international to the domestic legal realm: UNMIK lawmaking and property rights in Kosovo, **Global Governance**; Jul-Sep 2004; p. 307-331.

dos “da comunidade internacional”. Tais valores eram inseridos no ordenamento jurídico por diversas formas: tornaram-se o critério para a importação da legislação do regime de Milosevic (1989-1999, conforme o Regulamento 24/1999); eram “importados” por meio de pacotes adotados pela UNMIK e aplicavam-se diretamente por meio de tratados vigentes sobre Kosovo⁷². Não havia qualquer distinção hierárquica entre os Regulamentos da UNMIK e as leis de Kosovo pré 1989, também vigentes.

Mesmo após a criação da Assembleia de Kosovo pelo “Marco Constitucional”, o ordenamento jurídico continuava a extrair a sua validade do direito internacional. Além das competências exclusivas mantidas pela chefia da UNMIK, a legislação adotada pela Assembleia deveria ser promulgada pelo Representante do SGNU e vigorava como “regulamentos da UNMIK”. A linguagem vaga do “Marco Constitucional”, que determinava apenas que o Representante do SGNU deveria promulgar os projetos de lei transmitidos pela Assembleia, deu origem a práticas que revelavam poder quase despótico da chefia da UNMIK. Ao invés de enviar projetos de lei de volta à Assembleia, o Representante do SGNU promulgava leis com emendas ao texto na forma de anexo⁷³.

A falta de uma verdadeira limitação do poder e a vigência da Resolução 1244 (e, por conseqüência do direito da Carta das Nações Unidas), como fonte última de validade do ordenamento interno de Kosovo, revelam que o “Marco Constitucional não tem a natureza de uma constituição. Ao contrário de constituições adotadas com a participação das Nações Unidas no contexto da descolonização, o “Marco Constitucional” não previu a independência do território e o exercício da autodeterminação externa. Além disso, manteve como autoridade máxima *de jure* a chefia da UNMIK, que desempenhava a função de órgão do “Estado” e das Nações Unidas ao mesmo tempo. A concentração de absoluta poder sobre a UNMIK dificilmente

⁷² KNOLL, Bernhard. Beyond the *mission civilisatrice*: the properties of a normative order within an internationalized territory. **Leiden Journal of International Law**, 19 (2006), pp. 275-304.

⁷³ KNOLL, 2006.

pode ser compatível com os próprios valores que as Nações Unidas procuravam inserir no território kosovar, como se verá mais adiante ao tratarmos da questão da responsabilidade (*accountability*). No entanto, o “Marco Constitucional” foi importante passo em direção ao auto-governo de Kosovo ao delegar importantes poderes típicos de Estado às PISG⁷⁴.

d) A Declaração de Independência do Kosovo

Os antecedentes imediatos da declaração de independência de Kosovo podem ser atribuídos à iniciativa do SGNU de iniciar um processo político para a determinação do status final de Kosovo, conforme a Resolução 1244. Em novembro de 2005, o SGNU nomeou Martti Ahtisaari, ex-Presidente da Finlândia, como o seu Enviado Especial para o processo relativo ao status de Kosovo. A nomeação foi endossada pelo CSNU⁷⁵. Em 2006, Ahtisaari conduziu numerosas rodadas de negociação entre Belgrado e Pristina sobre a descentralização administrativa de Kosovo, sítios religiosos e históricos, questões econômicas e direitos coletivos das comunidades. Os relatórios indicam que as partes se mantiveram distantes de um acordo⁷⁶. Em fevereiro de 2007, Ahtisaari submeteu às partes uma proposta de acordo sobre o status final de acordo. No mês seguinte, após mais uma rodada de negociações, não foi possível progredir rumo ao consenso⁷⁷. O Enviado Especial apresentou ao CSNU, em seguida, a sua proposta para um acordo sobre o status de Kosovo⁷⁸. O texto recomendava a convocação imediata de uma comissão constituinte para elaborar projeto de Constituição para Kosovo. Estabelecia diretrizes relativas à composição do poder constituinte além de princípios e dispositivos que deveriam constar no texto constitucional.

⁷⁴ STAHN, Carsten. Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for self-government. **14 Leiden Journal of International Law**, p. 531-561, 2001.

⁷⁵ UN Doc. S/2005/709.

⁷⁶ UN Docs. S/2006/707 e S/2006/906.

⁷⁷ UN Doc. S/2007/395.

⁷⁸ UN Docs. S/2007/168 e S/2007/168/Add. 1.

A proposta exigia que a Assembleia de Kosovo aprovasse o texto com o voto favorável de dois terços dos parlamentares em 120 dias. A UNMIK, prosseguia o plano Ahtisaari, seria extinta em 120 dias. Após esse período, todo o poder executivo e legiferante da UNMIK seria transferido, em sua totalidade, às autoridades de Kosovo. Previa-se a realização de eleições gerais e municipais nove meses após a entrada em vigor da Constituição. O plano também dispunha sobre a criação de uma autoridade internacional para monitorar o cumprimento da proposta.

Apesar do esforço para chegar a uma solução final, o plano Ahtisaari não deu origem a nova resolução do CSNU. Continuava a vigorar a Resolução 1244, de 1999. No segundo semestre de 2007, houve nova tentativa de lograr uma solução para o status de Kosovo por meio de negociações entre Belgrado e Pristina facilitadas por uma “troika” composta de representantes da União Europeia, EUA e Rússia. O relatório constata a impossibilidade de acordo⁷⁹.

No dia 17 de fevereiro de 2008, foi proclamada uma declaração de independência de Kosovo. A primeira frase de sua parte operativa declara Kosovo um Estado soberano e independente. O documento também deixa claro a opção das lideranças kosovares de implementar o plano Ahtisaari e de se submeterem às obrigações contidas no plano, ainda que sem o endosso do CSNU. Também se assegura o cumprimento das obrigações internacionais de Kosovo, incluindo aquelas contraídas em nome do país pela UNMIK. São autores da declaração de independência 109 membros da Assembleia de Kosovo (de um total de 120), incluindo o Primeiro Ministro, e o Presidente de Kosovo (que não é membro da Assembleia). Os membros de origem sérvia da Assembleia (um total de 10) e um membro da comunidade gorani não participaram da reunião que adotou o texto. A declaração foi escrita, lida em público, votada e assinada por todos os representantes presentes. O seu texto não foi transmitido à chefia da UNMIK, como ocorre com as leis adotadas pela Assembleia, e tampouco publicado no diário oficial das PISG.

⁷⁹ UN Doc. S/2007/723

Em parecer, a CIJ considerou que a declaração não violou o direito internacional. Demonstrou-se que o princípio da integridade territorial, objeto da Declaração da AGNU sobre Princípios relativos às Relações Amistosas e Cooperação entre Estados (Resolução 2625/XXV) e de sentença da CIJ no caso *Nicarágua*, é circunscrito à relação entre Estados. Apesar de reconhecer o direito à autodeterminação “um dos maiores avanços do direito internacional durante a segunda metade do século XX”, a CIJ considerou desnecessário tratar da existência de um “direito à secessão”, uma vez que a pergunta da AGNU se limita à legalidade da declaração de independência. Para se esquivar da difícil questão sobre um “direito de secessão”, a CIJ claramente optou por um argumento de extremo formalismo. Dizer que não era necessário entrar no tema da autodeterminação é desconsiderar que qualquer declaração de independência é um primeiro passo para a secessão. O tribunal considera, portanto, que a declaração de Kosovo não violou o direito internacional geral.

Passando a analisar a legalidade da declaração em relação à Resolução 1244 e ao “Marco Constitucional” criado pela UNMIK, a CIJ conclui que o “objeto e propósito” da resolução do CSNU era criar um regime jurídico temporário que derogava a ordem jurídica sérvia e visava a estabilizar Kosovo por meio de uma presença civil internacional. As características desse regime são a sua interinidade, a sua excepcionalidade e o caráter “humanitário” (restabelecimento da ordem pública). Ao avaliar se a Resolução 1244 proibia uma declaração de independência, a Corte se apoia em dois argumentos. O primeiro era o de que a identidade dos autores da declaração era distinta das PISG e, portanto, fora do “Marco Constitucional” (não foi ato da “Assembleia de Kosovo”). Estavam agindo na qualidade de “poder constituinte”, como sugere a seguinte passagem do parecer da CIJ:

the authors of the declaration of independence emphasize their determination to “resolve” the status of Kosovo and to give the people of Kosovo “clarity about their future” (thirteenth preambular paragraph). This language indicates that the authors of the declaration did not seek to act within the standard framework of interim self-administration

of Kosovo, but aimed at establishing Kosovo “as an independent and sovereign state” (para. 1). The declaration of independence, therefore, was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so. On the contrary, the Court considers that the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order.

O segundo argumento é o de que a Resolução 1244 não exige um acordo sobre o *status* final de Kosovo com a anuência de todas as partes envolvidas no conflito. Segundo a CIJ, o propósito da Resolução era apenas criar um regime interino para Kosovo. O texto não contém qualquer dispositivo sobre o “status final” ou “as condições para ser alcançado”. Se o CSNU tivesse a intenção de impor tais condições, teria feito isto de forma explícita, como o fez na Resolução 1251 (1999) sobre o status do Chipre. Além disso, a resolução não impôs qualquer obrigação adicional a atores não estatais, além daquelas de cessar hostilidades e de cooperar com o ICTY. Há exemplo de resoluções anteriores que impunham obrigações à liderança kosovar albanesa. Por fim, a Corte entende que o termo “na pendência de um acordo político” (*pending a political settlement*), no parágrafo 11(c) da Resolução, refere-se à responsabilidade da UNMIK de desenvolver instituições de auto-governo. Não vincula, portanto, outros atores. A declaração de independência, no entender da Corte, é uma tentativa de determinar o status de Kosovo.

A declaração de independência e a entrada em vigor da Constituição de Kosovo em 15 de junho de 2008 terminaram, de fato, a administração internacional do território. Em relatório ao CSNU posterior à declaração de independência, o SGNU assegurou que as Nações Unidas continuariam a operar no entendimento de que a Resolução 1244 permanecia em vigor e que constituía o marco jurídico para o mandato da UNMIK. A UNMIK implementaria o seu mandato tendo presentes as circunstâncias factuais⁸⁰. Diante

⁸⁰ UN Doc. S/2008/211.

da entrada em vigor da Constituição de Kosovo, as funções da UNMIK foram redimensionadas ainda sob a Resolução 1244, o que levou à extinção de seu Departamento de Administração Civil e do Escritório para Comunidades, Retornos e Assuntos Relacionados a Minorias. Em termos práticos, as funções administrativas da UNMIK foram transferidas à EULEX (Missão da União Europeia para o Estado de Direito no Kosovo), que passou a reportar-se ao CSNU. As funções de governo passaram a ser exercidas em sua totalidade pelas instituições kosovares. O governo sérvio deu a sua anuência à operação da EULEX, desde que em observância à Resolução 1244. A UNMIK manteve presença reduzida em localidades sérvio-kosovares, que a reconhecem como a única presença internacional legítima e rechaçam o Estado kosovar. A UNMIK passou a concentrar-se no monitoramento de questões relacionadas a minorias, retornos, liberdade de circulação, além da proteção, preservação e reconstrução do patrimônio cultural em Kosovo⁸¹. Também desempenha função mediadora entre comunidades sérvias no Kosovo e o governo de Pristina⁸². Como declarou o SGNU ao CSNU em julho de 2010, a vantagem comparativa das Nações Unidas em Kosovo é a sua aceitação por todas as comunidades kosovares⁸³.

3.A prestação de contas ao povo local: mecanismos de responsabilidade

Uma das formas de conferir maior legitimidade à administração internacional de territórios é a criação de mecanismos de “prestação de contas” (*accountability*) da autoridade gestora à população local. Além de conferir coerência à atuação internacional, que insere obrigações de direitos humanos nas ordens internas e que deveria, portanto, se sujeitar às mesmas obrigações, a criação de instituições para apreciar possíveis violações de direitos humanos da autoridade gestora evitaria a manutenção da opressão, sob outra roupagem, no território.

⁸¹ UN Doc. S/2009/149.

⁸² UN Doc. S/2010/5.

⁸³ UN Doc. S/2010/401.

O equilíbrio entre a necessária independência da administração internacional, frequentemente criada em ambiente de conflito, e a necessária “prestação de contas” é um dos maiores desafios nessa área do direito internacional. O marco sob o qual a administração internacional de territórios opera, a saber, operações de manutenção da paz, não favorece a criação de mecanismos de controle fora das Nações Unidas. A experiência do sistema de tutela incorporou a prática colonial britânica de permitir petições individuais aos habitantes do território. O mesmo ocorreu no regime do Saar em relação aos atos da Liga das Nações, embora o poder de sanção do Conselho da Liga era restrito à composição dos órgãos gestores (não podia anular os seus atos). No caso da “Cidade Livre de Danzig”, além do Conselho a Corte Permanente de Justiça Internacional podia exercer supervisão. No entanto, ela estava restrita a disputas entre Danzig e a Polônia, e não entre os habitantes de Danzig e a Liga das Nações.

A UNMIK não criou mecanismo de petição direta individual junto a tribunais internos ou a órgãos do sistema de direitos humanos da ONU para buscar reparação a violações. A exclusão dos atos da UNMIK da jurisdição dos tribunais nacionais decorre do Regulamento 47/2000, de 18 de agosto de 2000, segundo o qual a Missão e seus funcionários tinham imunidade a qualquer processo jurídico. Para os propósitos deste estudo, o que importa é a imunidade da organização internacional (distinta da de seus funcionários), uma vez que o que se deve apurar é se o ato cometido em nome da organização (UNMIK) está em conformidade com obrigações de direitos humanos. Sobre a imunidade de funcionários da UNMIK, é útil notar que alguns indivíduos tiveram suas imunidades renunciadas pelo SGNU e foram condenados por painéis mistos (com a participação de juiz internacional)⁸⁴.

Mesmo com a adoção do “Marco Constitucional”, excluiu-se da jurisdição da “suprema corte” interina o controle sobre os atos normativos da UNMIK. Este tribunal só poderia exercer controle

⁸⁴ Conselho da Europa, Comissão de Veneza, documento CDL-AD (2004)033, disponível em: <[http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD\(2004\)033-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)033-e.asp)> (acesso em 13 de setembro de 2010).

sobre atos das PISG. A única instância de controle sobre a UNMIK era o Secretariado da ONU. Ainda que o Regulamento 38/2000 tenha criado um *ombudsman* para “assessorar e fazer recomendações a qualquer pessoa ou entidade relativas à compatibilidade entre leis e regulamentos internos e padrões reconhecidos internacionalmente”, não tinha competência para invalidar tal legislação. Portanto, a imunidade da UNMIK excluiu os atos da organização, apesar de exercer papel de governo no Kosovo, de qualquer escrutínio pelos tribunais locais.

Ilustra o recurso à imunidade para escapar do controle dos tribunais internos o caso *Elife Murseli v. UNMIK*, de 10 de dezembro de 2001. A autora questionou, em tribunal municipal de Kacanik, ato administrativo do município e do antigo Departamento de Educação e Ciência da UNMIK que estabelecia os pré-requisitos para concurso de diretor de escola primária. A UNMIK alegou imunidade. Afirmou que o secretário de educação do município integrava o Departamento de Educação da UNMIK e gozava, portanto, de imunidade. O tribunal rejeitou o argumento e decidiu anular o ato administrativo em favor da autora. Determinou que a secretaria municipal de educação deveria permitir que a autora concorresse ao cargo de diretora de escola primária. Avaliou que o caso não se enquadrava no escopo dos privilégios e imunidades da UNMIK. Não foi possível, contudo, executar a decisão judicial. A UNMIK alegou que a seleção de diretor de escola é um ato sob sua jurisdição exclusiva. Sustentou junto ao tribunal que “qualquer ação tomada pelo município de Kacanik não teria qualquer validade e não seria executável em relação à UNMIK”. O *ombudsman* de Kosovo avaliou a não execução da sentença pela UNMIK como violação ao artigo 6 da Convenção Européia de Direitos Humanos (direito ao devido processo legal) e recomendou o cumprimento da decisão⁸⁵.

⁸⁵ Ombudsperson Institution in Kosovo, Registration number 122/01, *Elife Murseli v. The United Nations Mission in Kosovo (UNMIK)*, disponível em: <<http://www.ombudspersonkosovo.org>> (acesso em 18 de setembro de 2010).

Outro exemplo concreto da falta de mecanismos de controle foi o caso *Beqaj v. Temporary Media Commissioner*, decidido pela Junta Recursal de Kosovo para a Imprensa, de 16 de setembro de 2000. O caso dizia respeito a um recurso impetrado pelo editor do jornal “Dita” contra sanções impostas pelo Comissário Interino de Imprensa, por violação ao Regulamento 37/2000. Essa norma proibia a publicação de informações pessoais, como nomes, endereços e locais de trabalho, se tais dados colocassem em risco a vida e a segurança do indivíduo. O recorrente alegou que o Regulamento violava a liberdade de expressão e “valores democráticos e civilizados”. A Junta anulou as sanções impostas ao jornal e assinalou que havia lacuna institucional para permitir que o recorrente questionasse a violação⁸⁶.

O déficit institucional para a apuração da “constitucionalidade” da legislação em Kosovo deixava as vítimas de violações sem mecanismos jurídicos para buscar reparação, o que acabou por gerar críticas no Conselho da Europa, em especial sobre a aplicabilidade da Convenção Européia no território kosovar. As críticas levaram à adoção, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de resolução que recomendava a criação de um tribunal de direitos humanos em Kosovo (com 4 juízes locais e 5 estrangeiros) e de uma comissão assessora à UNMIK. O tribunal teria competência para examinar violações da Convenção Europeia pela UNMIK. A comissão consistiria de peritos para analisar os projetos de regulamento da UNMIK e sua compatibilidade com obrigações de direitos humanos⁸⁷. Essa comissão foi criada em 2006, pelo Regulamento 12/2006, e foi denominada “Painel Assessor de Direitos Humanos”.

A falta de meios jurídicos para apreciar violações de direitos humanos pela UNMIK também foi assinalada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão responsável pelo monitoramento

⁸⁶ American Society of International Law, **International law in brief**, Kosovo Media Appeals Board: *Beqaj v. Temporary Media Commissioner*, OSCE (September 16, 2000), October 14-27, 2000, disponível em: <<http://www.asil.org/ilib0327.cfm>> (acesso em 18 de setembro de 2010).

⁸⁷ Conselho da Europa, Assembleia Parlamentar, Resolução 1417 (2005), disponível em: <<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta05/eres1417.htm>> (acesso em 15 de setembro de 2010).

do Pacto de Direitos Civis e Políticos. Ao examinar relatório apresentado em 2006 pela UNMIK, o Comitê emitiu duas recomendações de arranjos institucionais para reforçar a “prestação de contas”. A primeira sugere maior cooperação entre as instituições de monitoramento nas atividades da UNMIK e das PISG. A segunda assinala que as decisões das instituições de monitoramento são raramente levadas em conta pela UNMIK e pelas PISG e sugere que se reconsidere a forma de monitoramento:

The Committee expresses its concern that, despite the establishment of various advisory bodies on human rights, as well as of human rights units within the Ministries, human rights concerns are often not sufficiently attended to in the programmes of UNMIK and PISG (art. 2).

UNMIK, in cooperation with PISG, should ensure that institutional structures and capacities are in place and actually utilized to fully integrate human rights in their programmes.

The Committee notes with concern that UNMIK and PISG have not always extended due cooperation to the Ombudsperson Institution, especially as regards interim measures requests by the Ombudsperson. The Committee, noting that UNMIK Regulation 2006/6 limits the jurisdiction of the new Ombudsperson to be appointed by the Assembly of Kosovo to acts and omissions of PISG, expresses concern that the Human Rights Advisory Panel established under UNMIK Regulation 2006/12 to receive and examine complaints against UNMIK lacks the necessary independence and authority (art. 2 (3)).

UNMIK should ensure that full cooperation is extended to the new Ombudsperson, in particular by PISG, and should reconsider arrangements for the authoritative human rights review of acts and omissions by UNMIK⁸⁸.

Vários são os argumentos jurídicos invocados para excluir os atos da autoridade internacional gestora do controle de tribunais locais: esses atos não emanam da autoridade nacional e, portanto, não se submetem à jurisdição nacional; a administração internacional, criada pelo CSNU sob o capítulo VII da Carta, goza de presunção de legalidade; iii) a legislação interna aplicável define os regulamentos emanados dessas Missões de Paz como direito superior. Exemplo de

⁸⁸ UN Doc. CCPR/C/UNK/CO/1, 14 de agosto de 2006.

tentativa de reconceitualização dos atos emanados por autoridades constituídas pela comunidade internacional, de forma a permitir controle por tribunais nacionais, pode ser encontrado na jurisprudência da Corte Constitucional da Bósnia-Herzegovina. Em sentença proferida em novembro de 2000 em caso que visava a questionar a constitucionalidade da Lei sobre o Serviço de Fronteiras, promulgada pelo Alto-Representante no país, a Corte afirmou a sua jurisdição sobre atos da autoridade internacional. O Alto Representante, autoridade civil criada pelos Acordos de Paz de Dayton e nomeada pelo Conselho para a Implementação da Paz, tinham poderes para promulgar leis em casos de inação das instituições da Federação da Bósnia-Herzegovina, da República Sprska e do Estado central. A corte constitucional entendeu que o Alto-Representante, quando promulgava leis, agia tanto como órgão nacional da Bósnia-Herzegovina quanto como órgão internacional. A corte recordou que as autoridades estrangeiras em Estados sob supervisão internacional agiam em nome da comunidade internacional e substituíam autoridades nacionais. Agregou que os atos emanados dessas autoridades eram adotados em nome dos Estados sob supervisão. O tribunal concluiu:

Such a situation amounts to a sort of functional duality: an authority of one legal system intervenes in another legal system, thus making its functions dual. The same holds true for the High Representative: he has been vested with special powers by the international community and his mandate is of an international character. In the present case, the High Representative - whose powers under Annex 10 to the General Framework Agreement, the relevant resolutions of the Security Council and the Bonn Declaration as well as his exercise of those powers are not subject to review by the Constitutional Court - intervened in the legal order of Bosnia and Herzegovina substituting himself for the national authorities. In this respect, he therefore acted as an authority of Bosnia and Herzegovina and the law which he enacted is in the nature of a national law and must be regarded as a law of Bosnia and Herzegovina⁸⁹.

O argumento avançado pelo tribunal, recorrendo à idéia de Georges Scelle de “desdobramento funcional” (*dédoublement*

⁸⁹ Bósnia-Herzegovina, Corte Constitucional, decisão U 9/00, 3 de novembro de 2000.

fonctionnel), serviu para inserir os atos normativos da autoridade internacional no direito interno do país e justificar o exercício da jurisdição do tribunal constitucional sobre tais atos. Para o tribunal, o critério decisivo para determinar a natureza jurídica do ato normativo não deve ser a personalidade jurídica do autor do ato, mas o conteúdo da legislação. O fato de a lei ter sido promulgada pelo Alto Representante, e não pela Assembleia Parlamentar, não muda o conteúdo nem a forma da lei (publicada no diário oficial). No caso em tela, a corte declarou a Lei sobre o Serviço de Fronteiras constitucional. Decorridos dois anos, o tribunal declarou inconstitucional, no caso concreto, a aplicação de ato normativo do Alto Representante que emendou o Código de Processo Penal e alterou critérios de competência criminal. Ao recorrer à idéia de “dualidade funcional”, a corte entendeu que o Alto Representante atuou como órgão interno. Concluiu que o tribunal cantonal de Sarajevo era incompetente para julgar a ação penal em tela e que a sua decisão que mantinha competência violava o artigo 6 da Convenção Europeia (direito ao devido processo legal):

The Constitutional Court refers to its hitherto practice in the case No. U-9/00. As regards this case concerning constitutional issue, the Constitutional Court concluded that the High Representative has been granted special powers by the international community and his mandate is of an international character. On the basis of such powers, the High Representative operates by taking over the role of national authorities, thereby bringing about the so-called “functional duality”. In this respect, the High Representative acts as authority in Bosnia and Herzegovina, his acts replace national laws. However, this must not restrict the function of the Constitutional Court to operate within the scope of its competences and to discharge its duty as a guardian of the Constitution.

In the present case, the Decision of the High Representative does not contain a reasoning which would justify the general interest of restriction of the rights provided for in the Criminal Procedure Code. The reasons for the derogation of the respective provisions of this Law are not clearly specified in the Decision insofar as the events stated in paragraph 1 of this Decision are concerned. The Decision has been imposed, which is in breach of the principle of democracy and legal state, provided for in Article 112 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina. In view of the aforementioned, the Constitutional Court concludes that the Cantonal Court in Sarajevo, in its ruling No. KV-645/01 of 18 December 2001,

incorrectly found itself territorially competent, thereby violating Article 6 of the European Convention⁹⁰.

A jurisprudência da corte constitucional bósnia oferece alternativa conceitual que permite o exercício de controle sobre atos de autoridades estrangeiras investidas de mandato da comunidade internacional para exercer funções governamentais. É certo que o contexto da Bósnia é significativamente distinto daquele de Kosovo. O status não resolvido do território kosovar e o amplo mandato da UNMIK levantam dúvidas quanto à viabilidade de arranjo similar ao bósnio.

O atual marco normativo e conceitual da administração internacional de territórios exige que se reflitam sobre alternativas para preencher o déficit de “prestação de contas” da autoridade estrangeira à população local. Tais mecanismos são necessários para evitar um “constitucionalismo imposto”, incoerente e insustentável. A experiência demonstra uma pluralidade de formas de “prestação de contas”: petições individuais, “ouvidorias” (*ombudsman*) investidas de competência consultiva, comissões para determinar reparações, mecanismos dos sistemas regionais e das Nações Unidas de direitos humanos e os próprios órgãos principais da Carta da ONU. A doutrina da “dualidade funcional” pode ser explorada para permitir que os próprios tribunais internos evitem abusos da administração direta exercida em nome da comunidade internacional.

4. Considerações finais

A UNMIK é exemplo contemporâneo de como o direito internacional cria uma ordem constitucional interna. Graças ao grau de institucionalidade da comunidade internacional e à inserção da administração de territórios no marco da Carta das Nações Unidas foi possível reviver esse tipo de experiência mesmo após a condenação do colonialismo. A constitucionalização do DIP tem função dupla

⁹⁰ Bósnia-Herzegovina, Corte Constitucional, decisão U 13/02, 10 de maio de 2002.

nesse processo. A primeira é fornecer elementos que legitimam esse arranjo. A legalidade do ato constitutivo que cria a administração só é possível no marco de um instrumento com vocação constitucional, como a Carta das Nações Unidas. Não fossem a abrangência e a generalidade de seus dispositivos, que consolidam conjunto de valores da comunidade internacional, e a construção interpretativa ao longo dos anos, não seria possível justificar a criação de verdadeiro governo das Nações Unidas sob o capítulo VII da Carta. Outro elemento legitimador é a universalidade de princípios constitucionais, por meio dos tratados de direitos humanos. Isso permite que a criação das ordens constitucionais pelas Nações Unidas não seja considerada, de início, uma imposição de valores estrangeiros “pelo outro”, como ocorreu no colonialismo.

A segunda função da constitucionalização do DIP é fornecer elementos que questionam esses arranjos e que requerem a sua constante legitimação. Um “constitucionalismo imposto” é a própria negação do constitucionalismo. Atenta contra o direito à autodeterminação, impossibilita a autonomia da vontade e o “agir moral” individual. Ainda que a criação de um “governo da ONU” tenha sido conforme os procedimentos legais, seja transitório e vise a promover valores materialmente constitucionais, um projeto de constitucionalização do DIP exige mais. Deve possibilitar o desenvolvimento próprio da individualidade de cada povo de forma ativa. A criação de ordens constitucionais pela comunidade internacional deve permitir que indivíduos participem da vida coletiva por meio de instituições e práticas por meio das quais as formas de organização da sociedade serão imaginadas e debatidas. Deve permitir que esses indivíduos questionem as decisões tomadas pela autoridade transitória estrangeira. A falta de mecanismos de “prestação de contas” é o principal déficit de legitimidade da administração internacional. O recurso à idéia de “dualidade funcional” representa alternativa conceitual que deve ser explorada para permitir o monitoramento do exercício do poder pelos atores locais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVENISTI, Eyal. **The international law of occupation**. Princeton: Princeton University Press, 1993.

BISSCHOP, W.R. **The Saar controversy**. London: The Grotius Society Publications, 1924.

CARLOWITZ, Leopold von, Crossing the boundary from the international to the domestic legal realm: UNMIK lawmaking and property rights in Kosovo, **Global Governance**; Jul-Sep 2004; p. 307-331.

DANN, Philipp; AL-ALI, Zaid. The international *pouvoir constituant* - constitution-making under external influence in Iraq, Sudan and East Timor. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 10, 2006, p. 423-463.

FELDMAN, Noah. Imposed constitutionalism. **37 Connecticut Law Review**, p. 857, 2004-2005.

GRMEK M., GJIDARA M. e SIMAC N. (eds.), **Le nettoyage ethnique (Documents historiques sur une idéologie serbe)**, Paris, Fayard/Éd. Seuil, 2002.

KNOLL, Bernhard. Beyond the *mission civilisatrice*: the properties of a normative order within an internationalized territory. **Leiden Journal of International Law**, 19 (2006), pp. 275-304.

KOSKENNIEMI, Martti, Occupation and Sovereignty – Still a Useful Distinction? In: O. Engdahl and P. Wrange (eds.), **Law at War – The Law as it was and the Law as it Should Be**, Koninklijke: Brill, 2008, p. 163-174.

LEVESQUE, Genevieve, **La situation internationale de Dantzig**, Paris: Pedone, 1924.

LEWIS, Malcolm. The Free City of Danzig. **British Yearbook of International Law**, vol. V (1924).

LORIMER, James, **The institutes of the Law of Nations: a treatise of the jural relations of separate political communities**. Vol. I. Edinburgh/London: William Blackwood and Sons, 1883.

MAKOWSKI, Julien, **La situation juridique du territoire de la Ville Libre de Danzig**, Paris: Editions Bossard, 1925.

MASON, John Brown. **The Danzig dilemma**. Stanford: Stanford University Press, 1946.

MERTUS, Julie A. **Kosovo: how myths and truths started a war**. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1999.

MILLER, David, **The drafting of the Covenant**, vol. I, New York/London: G.P. Putnam's Sons, 1928.

MURRAY Jr., James. **The United Nations Trusteeship System**. Urbana: The University of Illinois Press, 1957.

NEUMANN, Franz, **Behemoth: pensamiento y acción en el nacional-socialismo**, reimpressão, México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

RATNER, Steven, Foreign occupation and territorial administration: the challenges of convergence, **The European Journal of International Law** Vol. 16 no.4, 2005, p. 695-719.

ROWE, Edward Thomas. **The effects of United Nations' Trusteeship system**. Microfilm-xerography. University of California, Berkeley, Ph.D., 1966, political science, international law and relations.

RUSSEL, Frank. **The international government of the Saar**. University of California Press: Berkeley, 1926.

SASSOLI, Marco. Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers. **The European Journal of International Law**. Vol. 16 n. 4, 2005, p. 661-694.

STAHN, Carsten. **The law and practice of international territorial administration**. Cambridge University Press: Cambridge/New York, 2008.

_____. Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for self-government. **14 Leiden Journal of International Law**, p. 531-561, 2001.

SUNDER, Madhavi. Enlightened constitutionalism. **37 Connecticut Law Review**, p. 891, 2004-2005.

THULLEN, George. **The United Nations Trusteeship system: a venture in orderly decolonisation**. Monografia, Genebra, 1971.

TOUSSAINT, Charmian Edwards, **The Trusteeship System of the United Nations**, New York: Frederick A. Praeger, 1956.

VICKERS, Miranda. **Between Serb and Albanian: a history of Kosovo**. New York: Columbia University Press, p. 1998

WILDE, Ralph, **International territorial administration: how trusteeship and the civilizing mission never went away**, Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

WOOLSEY, L.H., The Leticia dispute between Colombia and Peru. **American Journal of International Law**, vol. 29, 1935, p. 94-99.

WRIGHT, Quincy. **Mandates under the League of Nations**. Chicago: The University of Chicago Press, 1930.

YANNIS, Alexandros, The UN as government in Kosovo, **Global governance**, jan-mar 2004, p. 67 e seguintes.

Recebido em 26/09/2010 – Aprovado em 24/10/2010