

CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS*

JUDICIAL REVIEW OF THE RESOLUTIONS OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL

VINÍCIUS FOX DRUMMOND CANÇADO TRINDADE**

RESUMO

O Conselho de Segurança conta com amplos poderes conferidos pela Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacionais, os quais se estenderam ainda mais a partir da década de 1990, com a adoção de novas medidas coercitivas. A ampliação dos poderes do Conselho de Segurança foi recebida com preocupação pela comunidade internacional, em vista de sua natureza pouco representativa e de métodos de trabalho pouco transparentes. A ONU, como sujeito de direito internacional, vincula-se a seu instrumento constituinte e ao direito internacional geral. Enquanto a Corte Internacional de Justiça não se arroga a função de controle no sistema das Nações Unidas, outras jurisdições, externas a esse sistema, têm preenchido tal lacuna com fundamento no direito internacional geral, no direito internacional dos direitos humanos e nas constituições nacionais. Assim, a comunidade internacional tem caminhado em direção à instituição de um sistema *difuso* de controle *incidental* de legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de legalidade. Conselho de Segurança. Jus cogens. Carta da ONU. Tribunais internacionais e nacionais.

ABSTRACT

The Charter of the United Nations conferred broad powers to the Security Council for the maintenance of international peace and security, which were further extended in the 1990s with the adoption of new coercive measures. The international community received with concern the expansion of the powers of the Security Council, given its unrepresentative and anachronistic nature, as well as the lack of transparency of its working methods. The UN, as a subject of international law, is bound by its constituent instrument and general international law. While the International Court of Justice does not attribute itself with powers of judicial review within the United Nations system, other jurisdictions external to that system have filled this gap under rules of general international law, international human rights law and constitutional law. Therefore, the international community is moving towards the establishment of a diffuse system of incidental judicial review.

KEYWORDS: *Judicial review. Security Council. Jus cogens. UN Charter. International and domestic tribunals.*

* O presente artigo resulta de pesquisa realizada na Universidade de Utrecht (Holanda), tendo sido agraciado com o prêmio de Melhor Trabalho em Direito do VIII Congresso de Iniciação Científica do DF e do XVII Congresso de Iniciação Científica da Universidade de Brasília.

** Bacharel em Direito pela UnB. Advogado em Brasília.
E-mail: foxtrindade@gmail.com

INTRODUÇÃO

Na Conferência de São Francisco, quando se negociou o projeto inicial da Carta das Nações Unidas, formulado em Dumbarton Oaks, alguns países latino-americanos, em conjunto com a Bélgica e Holanda, expressaram preocupação com o poder extraordinário conferido ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (“CSNU”). Diante dessas manifestações, a solução adotada foi o vago artigo 24.2 da Carta, que obriga o CSNU a agir de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas, é dizer, consoante os artigos 1º e 2º.

A Conferência de São Francisco aprovou três pontos cruciais que dificultariam o exercício do controle sobre os atos do CSNU. São eles: (a) a renúncia à instituição de um mecanismo específico para a interpretação da Carta; (b) a opção por não indicar a que órgão cabe a interpretação autêntica da Carta; e (c) a admissão de que os órgãos políticos possam interpretar, por conta própria e por meio de suas atividades cotidianas, os dispositivos da Carta que lhes concernem (UNCIO, 1945, pp. 634-635 e pp. 831-832). Essas decisões provocaram a dispersão do poder de interpretação da Carta. De fato, reconheceu-se que cada órgão das Nações Unidas dispõe do direito de interpretar os dispositivos da Carta relativos a suas próprias funções e atribuições, como se aplicassem o princípio da *compétence de la compétence*, próprio de órgãos judiciais.

Não há nem hierarquia entre os órgãos das Nações Unidas na interpretação da Carta, nem um sistema formal de *freios e contrapesos*. Ressalte-se, no entanto, que, com o passar dos anos, o sistema internacional tem criado certos contrapesos ao poder discricionário do CSNU, a exemplo da prática institucional das Nações Unidas, das decisões de tribunais internacionais e da atuação dos juízes internos.

Em vista das diferentes soluções encontradas pelos tribunais internacionais, surge a pergunta central: qual é o

parâmetro que deve ser adotado no exercício do controle das resoluções do CSNU? É o direito das Nações Unidas, isto é, o quadro constitucional imposto pela Carta das Nações Unidas? Ou o parâmetro é mais universal, abarcando normas de direito internacional geral? Parece-nos que o fundamento jurídico que permite valorar a legitimidade das decisões do CSNU é o artigo 24 da Carta das Nações Unidas. Essa norma outorga ao Conselho a responsabilidade primordial de manutenção da paz e segurança internacionais, em consonância com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Sendo assim, os artigos 1º e 2º da Carta adquirem dupla função, pois, por um lado, estabelecem a razão de ser das Nações Unidas, e, por outro, impõem restrições jurídicas à atuação do CSNU.

Além dos limites inerentes à Carta, o direito internacional geral também estabelece limites ao CSNU. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“CVDT”) consagrou, no direito internacional, o caráter inderrogável das normas de *jus cogens*. Assim, conforme o artigo 53 da CVDT, todo tratado que for incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral será nulo. As resoluções dos órgãos políticos das Nações Unidas, como direito derivado da Carta, não podem entrar em contradição com normas de *jus cogens*.

Sendo assim, o presente artigo está subdividido em duas seções principais: na seção 2, serão analisados os limites impostos ao CSNU pela Carta, bem como a jurisprudência existente no sistema ONU; na seção 3, serão examinadas as limitações que advêm do direito internacional geral e o entendimento de jurisdições regionais e internas a esse respeito. Por fim, na seção 4, serão expostas nossas conclusões.

2 LIMITES AO CONSELHO DE SEGURANÇA: A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Embora o controle de legalidade dos atos do CSNU possa, eventualmente, apresentar caráter político, a interpretação de um tratado – no caso, a Carta da ONU – é, primeiramente, uma atividade jurídica. A chave para a delimitação dos poderes do CSNU reside em sua natureza de órgão delegado. Ao considerar o poder desse órgão em relação à comunidade internacional, é necessário ter em mente que seu principal objetivo é a manutenção da paz e segurança internacionais. Esse objetivo deriva de normas específicas e concretas da Carta, que limitam a esfera de ação do CSNU (ORAKHELASHVILI, 2007, p. 147).

É possível identificar três critérios previstos na Carta para a realização do controle de legalidade sobre o CSNU (DÍAZ, 2003), a saber: (i) critérios quanto à competência do Conselho; (ii) critérios formais de direito processual – consubstanciados no artigo 27 da Carta e no Regulamento Provisório do CSNU de 1983 –; e (iii) critérios de direito material. A seguir, serão analisados os critérios de competência e de direito material, além da esparsa jurisprudência que existe a esse respeito no sistema das Nações Unidas.¹

2.1 DO EXERCÍCIO DE SEU MANDATO: ABUSOS E OMISSÕES DO CSNU

O primeiro limite imposto pela Carta ao CSNU trata de sua competência para conhecer matérias e para aplicar os capítulos VI e VII. Caso o CSNU tome uma decisão que extrapole

1 A análise dos critérios formais de direito processual transcendem o escopo do presente estudo. Não obstante, cabe ressaltar que a Corte Internacional de Justiça, em sua Opinião Consultiva sobre a Namíbia, foi provocada a pronunciar-se acerca de alegados vícios formais da resolução 276 do CSNU, de 1970.

a sua competência prevista pela Carta, esse ato poderia ser qualificado como *ultra vires*. A violação de uma norma dessa natureza poderia ocorrer principalmente por eventuais abusos de poder. Outra possibilidade de violação da Carta seria no caso de omissão do CSNU em relação a sua principal responsabilidade na manutenção da paz e segurança internacionais, consagrada no artigo 24 da Carta.

O CSNU tem ampla liberdade para investigar sobre qualquer controvérsia ou situação, conforme disposto no artigo 34 da Carta. Para os fins do capítulo VII, cabe ao CSNU decidir se determinada situação se enquadra nas hipóteses do artigo 39: ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão. O cerne do problema é que a Carta não apresenta nenhuma definição de ameaça à paz, de ruptura da paz ou de ato de agressão.² O enquadramento de uma situação internacional em alguma dessas hipóteses é um processo puramente político, conduzido principalmente pelos membros permanentes.

É ilustrativo o caso *Lockerbie*, um contencioso entre Líbia, Estados Unidos e Reino Unido em relação ao atentado terrorista contra o avião do voo 103 da Pan Am, em 1988. Os Estados Unidos e o Reino Unido requisitaram à Líbia a extradição de seus dois nacionais responsáveis pelo atentado. A Líbia, no entanto, recusou a extraditá-los, com base na Convenção de Montreal de 1971. A questão central em *Lockerbie* é que a resolução 748 (1992) – adotada à luz do capítulo VII sob pressões do Reino Unido e Estados Unidos – qualificou a recusa da extradição, quatro anos depois do atentado, como uma ameaça à segurança internacional, sem explicar com exatidão que ameaça iminente ou que quebra de segurança internacional decorria daquele ato. Em suma, era seriamente questionável o nexo causal entre a recusa da extradição e a ameaça à paz internacional. A Líbia

2 A Conferência de Revisão do Estatuto de Roma de 2010, em Kampala, adotou resolução que define os elementos do crime de agressão.

levou essa questão à CIJ, diante da qual questionou, sem êxito, a legalidade da resolução 748. A solução do caso foi essencialmente diplomática, e a CIJ optou por não se pronunciar sobre o assunto.

Igualmente ilustrativo é o caso *Tadić*, no qual a Câmara de Recursos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (“TPII”) examinou a legalidade do seu próprio instrumento constitutivo, a resolução 827 de 1993. O recorrente alegou que a criação do tribunal pelo CSNU extrapolou os limites do capítulo VII da Carta. Defrontado com a questão do excesso de poder do CSNU, o TPII declarou que a adoção da resolução 827 ocorreu em conformidade com o artigo 41 da Carta, como uma das medidas autorizadas pelo capítulo VII (TPII, 1995, p. 13). Asseverou, no entanto, que os poderes do CSNU não são ilimitados, por se tratar de um órgão de uma organização internacional inserida no quadro constitucional da Carta. O TPII concluiu que os poderes do Conselho de Segurança não podem ir além dos limites da jurisdição da organização nem entrar em conflito com o texto e espírito da Carta. Por fim, o TPII ressaltou que o artigo 24.2 prevê limites específicos para os poderes do CSNU.

É inegável a ampla discricionariedade do CSNU para enquadrar situações no artigo 39 da Carta e, dessa forma, ampliar sua competência para impor medidas coercitivas. Essa liberdade está prevista na Carta e remonta à Conferência de São Francisco, quando o projeto de um CSNU forte era a única alternativa oferecida pelas grandes potências. Contudo, como o TPII bem assinalou, trata-se de uma liberdade que encontra limites no quadro constitucional da Carta. O problema é que esse quadro constitucional não indica com segurança quais são os limites da competência do CSNU. Enquanto as hipóteses do artigo 39 não forem definidas ou especificadas pelo Direito das Nações Unidas, os limites ao abuso de poder do CSNU permanecerão inexatos, e caberá aos tribunais internacionais indicá-los. O TPII deu o primeiro passo.

Em relação à questão da omissão, cabe ressaltar que a competência do CSNU abarca a obrigação positiva de assegurar a manutenção da paz e segurança internacionais, por meio de uma pronta e eficaz ação, conforme previsto no artigo 24 da Carta da ONU. Todavia, a história do CSNU está repleta de casos polêmicos, nos quais sua ação foi simplesmente inexistente (omissão total), insuficiente (omissão parcial) ou tardia. Para essas três situações foram identificadas duas principais causas, a saber: o uso do veto para a manutenção de áreas exclusivas de influência, e a não caracterização da ruptura ou ameaça à paz internacionais.

São numerosos os casos em que o CSNU agiu de maneira insuficiente ou tardia, como na Somália (1992), Ruanda (1994) e Srebrenica (1995). No caso do genocídio em Ruanda, não obstante o alerta do Relator Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias sobre a situação naquele país, realizado um ano antes do genocídio, o CSNU adotou a resolução 912 de 1994, que reduziu o contingente da UNAMIR (Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda) para 270 soldados, sem poder de coerção, com a simples missão de mediar um possível acordo entre as partes beligerantes. Vale mencionar que essa decisão foi tomada em 21 de abril de 1994, no auge da perpetração do genocídio (AKHAVAN, 1997).

Em vista do atual quadro jurídico-institucional das Nações Unidas, a única abertura que vislumbramos para uma possível solução do problema da omissão é de ordem política, a ser exercida pela AGNU, sob a égide da resolução 377, de 1950, intitulada *Uniting for Peace*. O elemento reformador da resolução 377 foi a afirmação de que a AGNU poderá, se considerar apropriado, recomendar a ação coletiva, incluindo o uso da força, quando o CSNU não exercer sua responsabilidade principal pela manutenção da paz e segurança internacionais. Na época em que foi aprovada, a resolução 377 contou com o amplo apoio dos Estados Unidos, que persuadiram a AGNU de sua

responsabilidade subsidiária na manutenção da paz internacional, invocando para tal o artigo 14 da Carta. Apesar de essa resolução ter sido aplicada apenas uma vez, 10 sessões de emergência já foram convocadas pela AGNU, com efeitos práticos sobre os trabalhos do CSNU.³

O grande desafio é o imenso desgaste político que um membro ou conjunto de membros da ONU terão de sofrer para enfrentar o CSNU. É difícil conceber a aplicação da resolução *Uniting for Peace* sem o apoio e participação de pelo menos um dos membros permanentes. Afinal, até hoje a resolução 498 de 1951 continua sendo o único exemplo de uma situação emergencial em que a AGNU – na época sob a influência dos Estados Unidos – recomendou a implementação de medidas coercitivas, apesar da firme resistência da URSS (TOMUSCHAT, 2011).

2.2 DOS LIMITES MATERIAIS

2.2.1 PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS

O artigo 24.2 da Carta constitui o fundamento jurídico para um possível controle de legalidade material dos atos do CSNU. Dispõe essa norma que o CSNU, no cumprimento de seus deveres, agirá de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Dessa forma, o CSNU deve observar a igualdade formal entre os Estados Partes (artigo 2.1), bem como o cumprimento, de boa fé, das obrigações por eles assumidas (artigo 2.2); o princípio da solução pacífica das controvérsias internacionais (artigo 2.3); a proibição da ameaça ou uso unilateral da força nas relações internacionais (artigo 2.4), sem prejuízo da aplicação das medidas coercitivas do capítulo VII; o

3 Ver resoluções 129 (1958), 119 (1956), 120 (1956), 157 (1960), 303 (1971) e 462 (1980) da Assembleia Geral das Nações Unidas.

direito à autodeterminação (artigos 1 e 55); e a promoção dos direitos humanos (artigo 1.3).

Os artigos 55 e 56 da Carta também prevêem a promoção universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, aprofundando essa noção como um *programa* das Nações Unidas. É possível argumentar que, ao referir a esse programa como um propósito, o artigo 56 incorpora os direitos humanos (artigo 55.3) à lista de propósitos gerais da organização, expressos no artigo 1º (ZEMANEK, 2000, p. 2). Nesse sentido, convém ressaltar o alto número de convenções multilaterais celebradas no âmbito das Nações Unidas como instrumentos para a promoção dos direitos humanos.

A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacionais que Regem as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta das Nações Unidas, adotada pela AGNU por meio da resolução 2625 de 1970, influenciou de maneira significativa a interpretação dos princípios da Carta à luz de seus propósitos e das mudanças estruturais ocorridas nas relações internacionais desde 1945. Representantes do Comitê Especial de Redação sustentaram que a Carta deve ser vista como uma *living constitution*, sujeita a mutações constitucionais (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 103).

Os trabalhos preparatórios da Declaração de 1970 demonstram que o avanço mais significativo em relação ao controle de legalidade surgiu durante os debates acerca do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações internacionais. Com efeito, um argumento avançado por diversos representantes foi no sentido de que as únicas obrigações abarcadas por esse princípio eram as livremente contraídas e compatíveis com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional geral. Assim, o princípio não cobriria, por exemplo, obrigações sancionando a agressão, tratados desiguais ou sanções flagrantemente contrárias aos princípios da Carta. Na sua formulação, o Comitê Especial de Redação teve o cuidado de dispor que os Estados têm o dever

de cumprir de boa fé as obrigações assumidas em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios e regras do direito internacional geral.

Nesse contexto, convém destacar o princípio geral de direito conhecido como *venire contra factum proprium non valet*. Esse princípio visa a vedar o comportamento contraditório nas relações jurídicas, de modo que seja preservada a boa fé, requisito do artigo 2.2 da Carta, bem como o princípio *pacta sunt servanda*. Seria um ato contraditório, por exemplo, se um órgão das Nações Unidas violasse sistematicamente direitos humanos consagrados nos dois Pactos Internacionais de 1966. Com efeito, as Nações Unidas criaram um extenso sistema de monitoramento e implementação de instrumentos internacionais de direitos humanos, a começar pelos dois Pactos de 1966. Ao promovê-los dessa maneira, foi criada uma expectativa lógica de que a própria ONU deveria respeitá-los. Portanto, a obrigação de agir de boa fé vincula todos os órgãos das Nações Unidas, bem como os Estados Partes na sua condição de aplicadores das decisões do CSNU, a satisfazerem expectativas relevantes em relação a padrões de direitos humanos aceitos no âmbito da Organização (FASSBENDER, 2006, p. 7).

Esse entendimento já foi corroborado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”), quando, em decisão de 18 de junho de 1997, declarou que a existência de instituições especializadas para a proteção internacional dos direitos humanos no sistema das Nações Unidas não obsta o CSNU de atuar também nessa seara. O fundamento dessa decisão é que “a proteção internacional dos direitos humanos é responsabilidade dos órgãos das Nações Unidas, incluindo o CSNU, sem limitações e em conformidade com a Carta” (TPIR, 1997, para. 29).

Em sentido semelhante, o Comitê de Direitos Humanos (“CDH”) questionou “até que ponto obrigações impostas ao Estado Parte por resoluções do CSNU podem justificar violações” (CDH, 2008, para. 10.6) e concluiu, em *Sayadi v. Bélgica*, que o Estado Parte tinha o dever de tomar todas as medidas necessárias

para cessar a violação do direito em questão, o que significou, no caso, a não observância de resolução do CSNU.

2.2.2 OS CASOS DA BÓSNIA, IRAQUE E HAITI

As alegações de vícios materiais em resoluções do CSNU referem-se principalmente à natureza das medidas coercitivas adotadas. Nesse contexto, são emblemáticos os casos da I Guerra do Golfo, do embargo de armas contra a ex-Iugoslávia e dos embargos econômicos contra o Haiti.

Durante as guerras de dissolução da Iugoslávia, a Bósnia ajuizou ação perante a Corte Internacional de Justiça (“CIJ”) contra a República Federal da Iugoslávia, com fundamento na Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio. A resolução 713, de 1991, impedia a Bósnia de importar armamento militar para a defesa de seu povo, alvo de um plano sérvio-croata de limpeza étnica e exterminação em massa. A proibição da importação de armas de fogo e combustíveis tornou a Bósnia dependente de ajuda das forças de paz das Nações Unidas, as quais não foram capazes de evitar o genocídio em Srebrenica (1995) nem o cerco de Sarajevo (1992-1996), o mais longo cerco da história da guerra moderna.

A questão da interpretação da resolução 713 ganhou importância no segundo pedido de medidas cautelares, pelo qual a Bósnia requereu à CIJ que a referida resolução fosse interpretada pelos Estados Membros de forma a não prejudicar seu direito de legítima defesa, consagrado no artigo 51 da Carta (CIJ, 1993, p. 328). Por motivos processuais, a CIJ negou conferir tal interpretação à resolução 713, alegando que um caso contencioso, entre a Bósnia e a Iugoslávia, não poderia gerar efeitos a terceiros. A questão teve um desfecho político, com a celebração dos Acordos de Paz de Dayton e com a adoção da resolução 1021 do CSNU, que levantou o embargo de armas na região.

As sanções econômicas adotadas pelo CSNU contra o Iraque foram muito criticadas pelo amplo impacto que tiveram na sociedade civil, tendo perdurado de 1990 a 2003. A resolução 661, de 1990, suspendeu diversas relações comerciais do Iraque e congelou seus ativos financeiros, além de proibir a venda de petróleo e a importação de armas. De acordo com o relatório do CICV, o regime de sanções do CSNU causou a escassez de alimentos, medicamentos e água potável. A destruição de usinas elétricas durante a I Guerra do Golfo e a impossibilidade de importar peças para seu conserto foram determinantes para a falta de energia e o sucateamento do sistema de saneamento básico. Todos os hospitais enfrentaram a falta de equipamentos técnicos e geradores. Durante os nove anos de embargo econômico, o índice de mortalidade infantil dobrou, a desnutrição infantil cresceu numa taxa de 72% e doenças outrora erradicadas, como a cólera, tiveram crescimento epidêmico.⁴ Como essas sérias consequências não poderiam estar dissociadas do regime de sanções, passou-se ao questionamento de sua legalidade. As sanções econômicas impostas infringiam direitos humanos básicos, como o direito à vida e à saúde. Não havia justificativa plausível para a manutenção de sanções que causavam maior impacto sobre o povo iraquiano do que sobre seus dirigentes. Enfim, ficou claro que o CSNU estava agindo de má fé, contrariando o artigo 2.2 da Carta, bem como os direitos não derogáveis do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (WET, 2004, pp. 226-230).

É igualmente emblemático o caso do embargo contra o Haiti, adotado logo após o golpe militar que destituiu o governo do Presidente Aristide, em 1991. O embargo incluía todos os produtos, exceto alimentos e suprimentos médicos, e foi implementado pelas resoluções 841 e 917 do CSNU até o

4 A esse respeito, conferir publicação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, intitulado *Iraq: a decade of sanction* e disponível em <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqap.htm>.

retorno de Aristide. No ano em que as sanções estiveram em vigor, a desnutrição infantil aumentou de 50% a 60%, provavelmente por conta da falta de combustíveis para a distribuição interna de alimentos. A escassez de combustíveis também foi determinante para a má distribuição de água potável entre a população e a deterioração da situação dos hospitais. Apesar de outros fatores terem contribuído para a situação precária no Haiti, o regime de embargos comerciais, com duração de apenas um ano, teve grande peso na destruição de sua economia.

O impacto desproporcional das sanções econômicas sobre países como o Haiti e Iraque causaram danos tão graves sobre a população civil quanto as situações configuradas como ameaças à paz internacional que levaram à sua adoção. Não foi por coincidência que, em 1997, o Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas (“CDESC”) publicou seu Comentário Geral n.º 8 (E/C.12/1997/8), ressaltando que os direitos sociais, econômicos e culturais servem como limitações a regimes jurídicos estabelecidos por resoluções do CSNU, ainda que adotadas sob o capítulo VII da Carta.

3 LIMITES AO CONSELHO DE SEGURANÇA: DIREITO INTERNACIONAL GERAL

3.1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E NORMAS DE *JUS COGENS*

A Organização das Nações Unidas, como sujeito de direito internacional público, está vinculada (i) a seu instrumento constituinte; (ii) a tratados de que seja parte; e (iii) a obrigações previstas pelo direito internacional geral (CIJ, 1980, para. 48). Tendo em vista que a ONU não é signatária de nenhum tratado de direitos humanos, a presente seção enfocará a vinculação do CSNU ao direito internacional geral, em particular, às normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) e às

normas de direitos humanos que já obtiveram *status* de direito internacional consuetudinário.

Com o advento das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados, instaurou-se uma verticalização na ordem jurídica internacional. Primeiro, com a consagração do artigo 53 comum àquelas convenções, as normas de *jus cogens* estabeleceram limites à liberdade de celebrar tratados; depois, com os trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a respeito da responsabilidade internacional dos Estados, erigiu-se uma forma de responsabilidade internacional agravada em caso de violação dessas normas imperativas, bem como limites à imposição de contramedidas. Em um terceiro momento, por meio da atividade jurisdicional internacional – principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, ampliou-se o conteúdo material das normas de *jus cogens*.⁵

O conceito central da noção de *jus cogens* é a sua não derogabilidade. Essas normas não podem ser derogadas por resoluções do CSNU, porquanto esse órgão foi criado por tratado, o qual não dispõe de autoridade para delegar poderes contrários ao *jus cogens*. Pela sua natureza de órgão baseado em tratado (*treaty-based organ*), o CSNU está vinculado ao *jus cogens*, o qual estabelece parâmetros para a validade dos seus atos (ORAKHELASHVILI, 2007, pp. 177-186). A consagração das normas de *jus cogens* em diversos ramos do direito internacional público – não mais restrita ao direito dos tratados – demonstra a existência de valores hierarquicamente superiores na comunidade internacional. Se a simples incompatibilidade com tais valores é capaz de provocar a nulidade de um tratado ou a responsabilização agravada de um Estado, então, por analogia,

5 Ver, por exemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Aloeboetoe v. Suriname*, julgamento de 10 de setembro de 1993, para. 57; *Martitza Urrutia v. Guatemala*, julgamento de 27 de novembro de 2003, para. 92; *Goiburú v. Paraguai*, julgamento de 22 de setembro de 2006, para. 93; *Gómez-Paquiyaúri v. Peru*, julgamento de 8 de julho de 2004, para. 76. Ver também Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, caso *Furundžija*, julgamento de 10 de dezembro de 1998, para. 144.

resoluções de organizações internacionais também estão sujeitas aos limites das normas imperativas de direito internacional geral.

Havendo obrigações *erga omnes* e valores jurídicos superiores (*jus cogens*), é necessário que se monte mecanismos de implementação dos direitos correlatos a tais obrigações e de observância a tais valores. Aí entra o papel dos tribunais internacionais e, em particular, das jurisdições internas. A presente seção dedicará espaço para a análise da jurisprudência regional e do papel internacional delegado aos juízes internos pelo direito internacional público. Será demonstrado que a prática jurisprudencial tem se orientado por dois caminhos: o primeiro, seguido pela Corte de Primeira Instância da Corte Europeia (CPICE) e por tribunais suíços, identifica as normas de *jus cogens* como os principais limites aos atos do CSNU; o segundo, trilhado principalmente pela Corte Europeia de Justiça (CEJ), pela Corte Europeia de Direitos Humanos e por tribunais canadenses e americanos, encontra tais limites na proteção dos direitos humanos e fundamentais. Portanto, o controle de legalidade baseado no direito internacional geral transcende os termos da Carta e fundamenta-se principalmente nas normas de *jus cogens* e no direito internacional dos direitos humanos.

Recentemente, os juízes internos e regionais têm sido provocados por indivíduos e pessoas jurídicas para se pronunciarem acerca da legalidade de resoluções do CSNU, em particular sobre uma nova modalidade de sanções, as sanções dirigidas (*targeted sanctions*). É interessante notar que a maior parte dos julgados sobre o controle de atos do CSNU tenha sido feita por tribunais da América do Norte e da Europa.

A adoção das sanções dirigidas, a partir da década de 1990, conferiu nova função às sanções, que passaram a se direcionar contra pessoas físicas e jurídicas determinadas, incluídas em listas consolidadas e administradas por comitês de sanções. Essa inovação foi uma forma de contornar os problemas causados por sanções de efeito coletivo, que foram duramente

criticadas na década de 1990. Atualmente, todos os 13 comitês de sanções do CSNU preveem modalidades de sanções dirigidas. Embora a adoção desse tipo de sanção tenha reduzido o alto impacto sobre os direitos sociais, econômicos e culturais, novos problemas surgiram, relativos a direitos individuais.

Desde que foram adotadas, as sanções dirigidas têm sido alvo de numerosas ações judiciais, que alegam, em geral, violações de direitos humanos, tais como o devido processo legal, liberdade de movimento, direito à honra, direito à propriedade, direito a garantias judiciais, bem como a não observância dos princípios da proporcionalidade e da presunção da inocência. De todos os regimes de sanções dirigidas atualmente em vigor, o da resolução 1267 é o que suscita o maior número de críticas e questionamentos. Enquanto as demais resoluções sancionam indivíduos que agem em sua capacidade oficial de agentes de Estado (militares e políticos), a Resolução 1267 sanciona indivíduos e entidades, supostamente vinculados à rede terrorista Al-Qaida.

Diante da ausência de garantias judiciais a indivíduos no sistema das Nações Unidas, era altamente provável que os incluídos na Lista Consolidada preparada e gerida pelo Comitê 1267 de Sanções do CSNU (“Comitê de Sanções”) recorressem a tribunais internos ou regionais. Esses tribunais foram provocados a se pronunciar indiretamente sobre a legalidade de resoluções do CSNU. Com exceções da Itália, Croácia e Irlanda, poucos tribunais se declararam incompetentes; de fato, a maioria examinou a fundo a legalidade das resoluções e realizou um verdadeiro controle difuso e incidental sobre os atos do CSNU.

3.2 AS JURISPRUDÊNCIAS DA CORTE EUROPEIA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA

Em 2008, a Corte Europeia de Justiça (“CEJ”) declarou nulo o Regulamento 881/2002 do Conselho Europeu, que implementava o sistema de sanções anti-terroristas imposto pela resolução 1267 do CSNU, com base no argumento de que essa norma violava direitos fundamentais europeus.⁶ Apesar de não pertencer ao sistema das Nações Unidas, a CEJ reconheceu implicitamente que o poder do CSNU se encontra limitado por direitos fundamentais europeus. Já a Corte Europeia de Primeira Instância (“CEPI”), que teve o seu julgamento reformado pela CEJ, reconheceu explicitamente a existência de um padrão mínimo inviolável pelo CSNU, composto por normas *jus cogens*.

A CEPI ponderou que, para tomar uma decisão sobre o caso *Kadi*, seria necessário analisar, em primeiro lugar, a relação entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento regional europeu e, em segundo, a relação de subordinação do sistema europeu às resoluções do CSNU. A CEPI exaltou a supremacia da Carta das Nações Unidas (artigo 103) sobre os demais tratados internacionais, incluindo a Convenção Europeia de Direitos Humanos e tratados celebrados no âmbito da Comunidade Europeia. Em seguida, considerou que o Conselho Europeu está diretamente vinculado à Carta da ONU e declarou que é, em geral, incompetente para realizar o controle de legalidade sobre o CSNU, a não ser em caso de conflito entre resoluções e normas de *jus cogens*. Nesse sentido, a CEPI considerou o *jus cogens* como um conjunto de normas superiores que vinculam todos os sujeitos de direito internacional, inclusive os órgãos

6 Acórdão de 3 de setembro de 2008. Caso Yassin Abdullah Kadi, Al Barakat International Foundation v. Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C 285/2, 8 de novembro de 2008.

das Nações Unidas. Ao determinar que as normas de *jus cogens* formam o único parâmetro possível de controle da legalidade dos atos do CSNU, a CEPI entendeu que seriam nulas – com efeitos *ex tunc* – quaisquer resoluções conflitantes com aquelas normas e, por esse motivo, a tais diplomas viciados nem os Estados nem a Comunidade Europeia se vinculariam. Assim, depois de um exame sobre a natureza dos direitos fundamentais invocados pelo requerente, a CEPI finalmente decidiu que o congelamento de ativos não violava normas *jus cogens*, razão pela qual se manteve em vigor o Regulamento 881/2002.

Fortemente influenciada pelo parecer do Advogado-Geral Maduro (CEJ, 2008), a Corte Europeia de Justiça (CEJ) reverteu o entendimento da CEPI por meio de uma perspectiva dualista. Em seu parecer, o Advogado-Geral ressaltou a inexistência de um mecanismo judicial de controle no sistema das Nações Unidas, uma vez que o Comitê de Sanções – um órgão diplomático – é o único com poderes para revisar a Lista Consolidada. Em seguida, supôs que, se tal mecanismo existisse, a CEJ não teria a obrigação de revisar as medidas regionais adotadas para implementar resoluções do CSNU. Por fim, conclui que enquanto não for criado esse mecanismo no seio das Nações Unidas, as instituições da Comunidade Europeia não podem prescindir de revisar as resoluções do CSNU na ordem jurídica comunitária.

Acolhido o entendimento do Advogado-Geral, a CEJ passou a enfatizar a separação e autonomia do sistema jurídico europeu em relação ao internacional, além da prioridade a ser conferida aos direitos fundamentais consagrados no próprio sistema. Nesse sentido, declarou que as obrigações impostas por tratados não podem causar prejuízo aos princípios constitucionais da Comunidade Europeia e que, portanto, os órgãos judiciais da Comunidade Europeia têm plena jurisdição para examinar a legalidade das medidas adotadas para efetivar resoluções do CSNU. Assim, ao constatar as violações dos direitos à propriedade, ao devido processo legal e a garantias judiciais

do requerente, a CEJ determinou a revogação da Regulamento 881/2002, o que tornou ineficaz a resolução 1267 do CSNU.⁷

3.3 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Os casos *Behrami* e *Saramati* envolvem conflitos entre a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e atos autorizados e delegados pelo CSNU.⁸ Esses casos foram decididos antes do paradigmático julgamento *Kadi*, da CEJ, e, talvez por isso, tenham trilhado soluções tão diferentes. Contudo, em 2011, ao prolatar o julgamento do caso *Al-Jedda v. Reino Unido*, a CEDH empreendeu uma virada jurisprudencial, para coadunar-se com a mais recente prática internacional.

Em *Al-Jedda v. Reino Unido*, o Governo do Reino Unido sustentou que a resolução 1546 do CSNU impunha a obrigação de usar métodos de detenção para preservar a segurança no Iraque. Segundo o Governo britânico, essa obrigação deveria prevalecer sobre os direitos à liberdade e à segurança, garantidos pelo artigo 5º da Convenção Europeia. Por sua vez, a CEDH decidiu que as Nações Unidas foram criadas não apenas para a manutenção da paz e segurança internacionais, mas também para a promoção dos direitos humanos. Por esse motivo, o artigo 24.2 da Carta impôs ao CSNU a obrigação de agir em conformidade com os propósitos e princípios das Nações Unidas.

7 Nesse sentido, ver outros casos que foram decididos pela CEJ ou que ainda estão pendentes: *Al-Faqih v. Council* (T-135/06); *Sanabel Relief Agency Ltd v. Council* (T-136/06); *Abdrabbah v. Council* (T-137/06); *Nasuf v. Council* (T-138/06); *Ayadi v. Council*; *Hassan v. Council and Commission*; *Othman v. Council and Commission*.

8 Os casos *Behrami* e *Saramati* referem-se, respectivamente, à legalidade de atos praticados pela Missão de Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo (UNMIK) e pelas forças de segurança das Nações Unidas no Kosovo (KFOR), ambas criadas pela Resolução 1244 do CSNU. Ao reconhecer que os atos da KFOR e da UNMIK eram atribuíveis ao CSNU, a CEDH declarou-se incompetente *ratione personae* para revisar a legalidade de quaisquer atos atribuíveis às Nações Unidas, porquanto as Nações Unidas não eram parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ao interpretar as resoluções do CSNU, a CEDH julgou necessário presumir que, na ausência de linguagem explícita, os atos desse órgão não impõem medidas contrárias ao direito internacional dos direitos humanos. Como a resolução 1546 não se referia explicitamente à suspensão de direitos fundamentais no Iraque, a Corte optou por uma interpretação que tornasse a referida resolução compatível com a Convenção Europeia – em vista do propósito das Nações Unidas de promoção dos direitos humanos. Ao adotar a interpretação conforme à Convenção, a Corte concluiu que a intenção do CSNU era a de que os Estados contribuíssem para a manutenção da segurança no Iraque enquanto observassem suas obrigações decorrentes do direito internacional dos direitos humanos. O Reino Unido foi condenado a reparar os danos do requerente pela violação do artigo 5º da Convenção Europeia.

3.4 JURISPRUDÊNCIA DO JUIZ INTERNO

Certas resoluções do CSNU que restringem os direitos à propriedade, às garantias judiciais e ao devido processo legal (ampla defesa e contraditório) acabam por afrontar direitos fundamentais em uma pluralidade de Estados. Muitos desses não aplicam diretamente as resoluções do CSNU, pois optam por incorporá-las ao ordenamento jurídico nacional por meio de atos legislativos internos. Logo, o questionamento acerca da legalidade recai sobre normas internas que conferem eficácia a tais resoluções, e não sobre as resoluções em si, como ocorreu na Comunidade Europeia. É assim que os problemas de jurisdição têm sido afastados pelos tribunais internos.

Foi no ano de 2005 que o número de ações contestando a legalidade das sanções dirigidas começou a se intensificar. Até outubro de 2012, foram identificados 45 casos, ajuizados tanto a nível regional, perante a Corte Europeia de Justiça (9) e a Corte Europeia de Direitos Humano (5), quanto – e sobretudo – a nível

nacional, no Reino Unido (5), Paquistão (3), Estados Unidos (11), Suíça (2), Turquia (2), Irlanda (2), Holanda (1), Bélgica (1), Canadá (2), Croácia (1) e Itália (1).⁹

Em um de seus primeiros casos, a Corte Suprema do Reino Unido julgou uma contenda relativa aos efeitos do *United Nations Act 1946*, o qual delegou ao Poder Executivo amplos poderes para conferir efeito às resoluções do CSNU. Alegou-se, no caso *Ahmed and others v. HM Treasury*, vícios materiais da *Terrorism Order 2006* (TO) e da *Al-Qaida and Taliban Order 2006* (AQO), que supostamente violavam direitos fundamentais, bem como vícios formais no processo legislativo. Embora a Corte tenha reconhecido que a limitação a certos direitos fundamentais é inevitável para a efetividade das aludidas resoluções do CSNU, a TO e a AQO foram declaradas ilegais, por força de vícios formais. A Corte Suprema decidiu que tais atos foram adotados *ultra vires* e declarou a nulidade de seus efeitos. Assim, as resoluções 1267, 1333, 1822 e 1904 do CSNU perderam efetividade no plano interno, e o regime de congelamento sumário de ativos no Reino Unido foi temporariamente suprimido.¹⁰

No Canadá, o entendimento jurisprudencial foi diferente. No caso *Abdelrazik v. Ministro de Negócios Estrangeiros*, de 2009, referente a um indivíduo incluído na Lista Consolidada, com fundamento na resolução 1267, arguiu-se, perante a Corte Federal do Canadá, que a proibição de seu retorno ao Canadá constituía violação da seção 6 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que consagra a liberdade de movimento e direito

9 A presente seção tem como fonte documental, sobretudo, os *Reports of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team established pursuant to UNSC resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1822 (2008)*, publicados no período entre 25 de agosto de 2004 e 1º de outubro de 2012 e disponíveis no sítio <http://www.un.org/sc/committees/1267/monitoringteam.shtml>.

10 Em fevereiro de 2010 o regime de congelamento de ativos foi provisoriamente restabelecido pelo *Terrorist Asset-Freezing (Temporary Provisions) Act 2010* e, em 2011, após aprovação no Parlamento inglês, foi definitivamente efetivado pelo *Terrorist Asset Freezing etc Act 2010-2011*.

de residência. Ao analisar o regime jurídico da resolução 1267, a Corte Federal declarou a violação de direitos fundamentais, como a presunção da inocência, o princípio do juiz natural e o direito ao devido processo legal e às garantias judiciais. Foi declarada a violação de direitos fundamentais do requerente, por conta do procedimento da resolução 1267, e permitido o seu imediato retorno ao Canadá, com o auxílio financeiro do próprio Estado. Em nenhum momento a Corte Federal declarou a supremacia da Constituição sobre o direito internacional ou vice-versa. Mesmo com o nome do requerente na Lista, a decisão da Corte Federal retirou a eficácia de uma das mais importantes regras da resolução 1267, qual seja, a proibição de viagens internacionais impostas aos integrantes da lista. O Governo não recorreu da decisão e, depois de seis anos de exílio, o requerente retornou a seu local de residência.

A jurisprudência nos Estados Unidos pode ser dividida em duas fases. Um interessante estudo realizado em 2006 contabiliza o impacto de documentos das Nações Unidas (convenções, declarações, resoluções, relatórios, trabalhos preparatórios, etc.) nos tribunais americanos (HELLYER, 2007, pp. 73-86). De 410 referências a documentos da ONU em julgamentos ou votos dos magistrados norte-americanos, apenas 36 eram relativas a resoluções do CSNU. O mais surpreendente, no entanto, é que em nenhuma dessas 36 referências as resoluções do CSNU foram tratadas como instrumentos vinculantes, mesmo quando aprovadas sob a égide do capítulo VII da Carta. Isso não quer dizer que todas as resoluções foram violadas nessas ocasiões; apenas não se reconheceu, ou simplesmente se ignorou, sua natureza mandatária. Em apenas dois casos constata-se violação clara de resoluções vinculantes do CSNU, quais sejam, *Diggs v. Shultz* e *Diggs v. Richardson*, ambos da década de 1970. O estudo constata que, a partir de 2001, o número de referências pelos magistrados norte-americanos a documentos da ONU cresceu em larga escala. Os casos analisados abaixo são todos pós-2001,

quando, pela primeira vez, passou-se a alegar a violação de direitos fundamentais por atos administrativos (Ordem Executiva 13224) que efetivavam resoluções do CSNU.

Nos primeiros anos pós-2001, todos os casos que questionavam a legalidade do processo de listagem foram rejeitados. A partir do final de 2008, alguns tribunais começaram a abandonar a jurisprudência majoritária. Em novembro de 2008, no caso *Al-Haramain Islamic Foundation v. United States Department of Treasure*, a Corte Distrital de Oregon decidiu que a expressão *apoio material ao terrorismo*, que consta na Ordem Executiva 13224, era inconstitucionalmente vaga e que, portanto, violava o devido processo legal. A Fundação *Al-Haramain* teve recurso provido em outro caso, no qual foi rejeitado o argumento do Governo acerca do privilégio de segredos de Estado. Um ano depois, em agosto de 2009, a Corte Distrital do Norte de Ohio ordenou, no caso *KindHearts for Charitable Humanitarian Development v. Timothy Geithner*, a suspensão temporária da Ordem Executiva No. 13224, que determinava o congelamento dos ativos da *KindHearts Inc.* por suposta colaboração com o terrorismo internacional. A decisão teve consequências importantes, pois a Ordem Executiva efetivava a resolução 1373 do CSNU. O juiz declarou que o congelamento de ativos violava a Quarta e Quinta Emendas Constitucionais, referentes, respectivamente, à proteção contra buscas e apreensões e ao devido processo legal e justa reparação. Note-se que as decisões dos juízes americanos não foram fundamentadas em instrumentos internacionais, mas apenas na constituição nacional.

É interessante analisar o entendimento dos juízes belgas, que não se esquivaram da função de controle sobre os atos do CSNU. Em 2005, a Corte de Primeira Instância de Bruxelas ordenou a Bélgica a iniciar o procedimento de retirada (*delisting*) dos nomes de dois indivíduos da lista do Comitê de Sanções do CSNU, em vista da ausência de provas e do não oferecimento de denúncia criminal contra os requerentes. A Bélgica cumpriu

a sentença, requereu ao Comitê a retirada dos nomes e arquivou a investigação criminal relativa aos dois indivíduos. Em 2008, o mesmo caso foi apreciado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que apontou para a violação dos artigos 12 (liberdade de movimento) e 17 (proteção de ataques à honra e reputação) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Em 20 de julho de 2009, o Comitê finalmente retirou os nomes da lista, os quais nunca mais voltaram a integrá-la.

A Holanda não anulou nem examinou a legalidade da Resolução 1267; o que se realizou foi uma interpretação restritiva, preservando-se o princípio da presunção da inocência. Em 2005, a Promotoria holandesa requereu a dissolução da filial holandesa da Corporação *Al-Haramain*, mas uma corte de primeira instância rejeitou o pedido do promotor por falta de provas e porque a legislação anti-terrorista não previa o banimento de entidades, mas apenas o congelamento de ativos. O Tribunal de Apelações manteve o julgado anterior e o Governo decidiu não recorrer da decisão. A Corporação *Al-Haramain* não foi extinta, mas seus ativos financeiros permaneceram congelados.

Em contraste com os casos supramencionados, a jurisprudência suíça tem conferido clara prevalência às normas de *jus cogens* sobre as demais fontes de direito. No caso *Nada*, de 2007, o Tribunal Federal Suíço abordou a questão exclusivamente em termos de direito internacional, enfocando o conflito entre, de um lado, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e normas de *jus cogens*, e, de outro, os atos do CSNU. Primeiramente, o Tribunal aludiu à jurisprudência da CEPI e estabeleceu que o caso tratava de *controle incidental* em relação aos limites do *jus cogens*. Ao identificar o conteúdo material das normas de *jus cogens*, o Tribunal constatou que os direitos em litígio (garantias judiciais e devido processo legal) não integravam o rol do *jus cogens*, razão pela qual declarou que os atos do CSNU não violavam normas imperativas de direito internacional geral.

Na Turquia, o caso *Kadi*, de 2007, provocou duas reações diferentes nos magistrados. Em um primeiro momento,

a corte de primeira instância cancelou o congelamento de ativos do requerente, por considerar que, de acordo com o texto constitucional, essa medida só poderia ser tomada por decisão judicial, e não por ato administrativo. Posteriormente, a Corte Superior Administrativa da Turquia reverteu a decisão, com o argumento de que o Poder Executivo tem a obrigação internacional de implementar resoluções do CSNU – a questão sobre incompatibilidades das resoluções com normas constitucionais foi ignorada.

Há três casos no Paquistão relativos à legalidade do regime jurídico da Resolução 1267. Em 2006, o caso *Al-Rashid Trust* foi julgado pelo Tribunal Superior de Sindh, o qual anulou os efeitos do congelamento de ativos de uma entidade, por considerar que a falta de notificação prévia violava normas internas. Desde 2006, esse caso está pendente na Suprema Corte do Paquistão, ao passo que os outros, relativos a *Hafiz Saeed* e à entidade *Al-Akhtar Trust Internacional*, permanecem sob exame do Tribunal Superior de Sindh.

Em poucos países, como na Irlanda (caso *Dubsky v. Ireland*), na Croácia (*Bobetko Report*) e na Itália, os magistrados declararam-se incompetentes para analisar a legalidade dos atos do CNSU.

4 CONCLUSÃO: CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO EM UM SISTEMA DESCENTRALIZADO

É possível depreender, a partir dos trabalhos preparatórios da Carta das Nações Unidas, que todas as medidas foram adotadas para o estabelecimento de um CSNU sem amarras jurídicas, capaz de se sobrepor a maiorias ocasionais. São indicativos disso a dispersão do poder de interpretação da Carta e os termos vagos do capítulo VII (ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão), cujas definições se fazem de maneira casuística, por meio de exercício essencialmente político. A questão do controle

de legalidade dos atos do CSNU foi levantada diversas vezes durante os trabalhos preparatórios, e a ambiguidade da Carta a esse respeito resultou do profundo desacordo entre os redatores. O resultado foi a aprovação de um texto desprovido de regras de interpretação, de definições e, principalmente, de um órgão que detivesse a interpretação autêntica da Carta (BEDJAOUI, 1995).

O fim da Guerra Fria e o advento da I Guerra do Golfo inauguraram uma nova fase de mobilidade e de sintonia entre os membros permanentes do CSNU. A partir do início da década de 1990, o CSNU tornou-se cada vez mais ativo, ampliando seus poderes com a adoção de medidas relativas à intervenção em conflitos internos, à criação de órgãos para a administração internacional de territórios e ao estabelecimento de tribunais penais internacionais *ad hoc* como órgãos subsidiários para a resolução de conflitos. A ampliação dos poderes coercitivos do CSNU foi recebida com desconfiança pela comunidade internacional, em vista de sua natureza pouco representativa. O caráter político desse órgão, conjugado com suas práticas seletivas e desprovidas de transparência, fazem da ampliação de seus poderes um motivo de preocupação – especialmente pela ausência de limites claros no quadro constitucional da Carta. A crescente percepção de ilegitimidade do CSNU e ilicitude de suas resoluções pode levar países e blocos regionais a deixarem de implementar suas decisões. Daí a importância da instituição de um controle de legalidade no sistema internacional, que poderia conferir maior legitimidade aos atos do CSNU e submetê-lo ao *rule of law*.

O controle de atos de organizações internacionais encontra fundamento não apenas em seu tratado constituinte, mas, sobretudo, no direito internacional geral. Essa constatação não é meramente doutrinária, mas indicada por um progressivo entendimento jurisprudencial de tribunais internos e regionais, que têm realizado o controle indireto de resoluções do CSNU, para garantir a salvaguarda de direitos fundamentais e a prevalência de normas de *jus cogens*. Em relação aos tribunais regionais, nota-

se que as decisões da CEDH e da CEPI são marcadas por uma perspectiva constitucionalista do direito internacional, porquanto vislumbram o sistema jurídico internacional como uma unidade, regulado por regras e princípios de ordem pública, oriundos da Carta das Nações Unidas e do direito internacional geral. Por sua vez, a CEJ adotou uma postura pluralista, ao enfatizar a existência de múltiplos sistemas jurídicos autônomos (BÚRCA, 2010, p. 12).

Quanto aos tribunais internos, verifica-se que a maioria dos casos não foi resolvida com argumentos acerca da prevalência do direito interno sobre o internacional ou vice-versa. Os ingleses, por exemplo, aplicaram a técnica hermenêutica conhecida como ponderação de interesses; os juízes belgas, paquistaneses, canadenses, turcos e americanos fundamentaram suas decisões na constituição nacional e na legislação infraconstitucional; os suíços, por sua vez, basearam suas decisões inteiramente em termos de direito internacional (*jus cogens*). Apenas uma minoria (Itália, Irlanda e Croácia) declarou-se incompetente para apreciar casos que envolviam resoluções do CSNU.

Com raras exceções, o artigo 103 da Carta da ONU não tem sido aplicado pelos tribunais. Entre os dois imperativos de ordem pública em jogo, de um lado, a segurança internacional e a supremacia da Carta da ONU, de outro, direitos fundamentais e normas de *jus cogens*, a maioria dos tribunais tem optado pela prevalência destes últimos. Portanto, depreende-se que é pouco provável, na conjuntura internacional atual, que tribunais internos e regionais deixem de revisar uma resolução do CSNU, aparentemente incompatível com o direito internacional geral e com direitos fundamentais, por conta do artigo 103 da Carta da ONU. Além disso, o artigo 103 não pode ser lido de forma a autorizar Estados a violarem normas de *jus cogens* e de direitos humanos. Uma resolução deve, em primeiro lugar, ser compatível com a Carta, para que então lhe seja dada prevalência no direito internacional.

Alguns críticos do controle de legalidade realizado por tribunais internos e regionais têm sustentado que, se realmente alguma Corte poderia exercer um papel nessa seara, esta seria apenas a Corte Internacional de Justiça. Não há dúvida de que a CIJ, como principal órgão judiciário das Nações Unidas, detém plena legitimidade para realizar o controle de legalidade sobre os atos do CSNU. Esses críticos esquecem, no entanto, que a CIJ já se absteve em diversas oportunidades de exercer esse papel.¹¹ Enquanto a CIJ não realizar o controle, é bem provável – e até mesmo salutar – que outras jurisdições permaneçam a exercitá-lo, a fim de preencher o vácuo jurídico que existe a esse respeito.

Verifica-se, portanto, que os juízes internos têm examinado a legalidade das resoluções do CSNU – ainda que indiretamente –, e alguns não hesitaram em declarar sua ilegalidade, tornando-as ineficazes no ordenamento jurídico nacional. Poucos, no entanto, têm fundamentado sua *ratio decidendi* em normas de direito internacional; de fato, a maioria tem baseado o controle de legalidade em garantias constitucionais. O importante, no entanto, é perceber que os juízes internos e os regionais têm ocupado um espaço negligenciado pelos juízes internacionais. A nosso juízo, essa tendência deve permanecer enquanto o direito internacional público não se ocupar da revisão das resoluções do CSNU.

Nesse contexto, cabe realizar um paralelo entre a histórica decisão da Corte Constitucional Alemã no caso *Solange I*, de 1974 – que forçou a Comunidade Europeia a buscar maior proteção dos direitos fundamentais em seu sistema regional –, e o caso

11 Em distintas ocasiões a CIJ deparou-se diante da possibilidade de realizar o controle sobre a legalidade de resoluções do CSNU. Esse problema tem surgido sempre como questão incidental, tanto em casos contenciosos (caso Lockerbie de 1992; caso Bósnia v. Iugoslávia de 1993) quanto em opiniões consultivas (OC sobre a Namíbia de 1971). Todavia, até o presente momento, a CIJ tem tomado posições ambíguas e evasivas sobre a sua competência para realizar o controle. Essa posição extremamente reticente, do principal órgão judiciário das Nações Unidas, não foi seguida nem pelos tribunais internacionais penais *ad hoc*, nem pelos órgãos de monitoramento dos Pactos Internacionais de 1966 (CDH e CDESC).

Kadi, da CEJ. Com efeito, no caso *Solange I*, o sistema jurídico alemão estabeleceu padrões substantivos de proteção dos direitos humanos como *condição* de sua abertura para o sistema jurídico europeu (GALINDO, 2002, p. 241). Analogamente, no caso *Kadi*, o sistema regional europeu estabeleceu padrões substantivos de proteção dos direitos humanos como condição de abertura para o sistema universal das Nações Unidas (SENA e VITUCCI, 2009). Como assinalado no parecer do Advogado-Geral Maduro, enquanto o sistema da ONU não adotar mecanismos de revisão de legalidade e de proteção de direitos fundamentais, a CEJ continuará a revisar a compatibilidade de resoluções adotadas pelos órgãos das Nações Unidas com o catálogo de direitos fundamentais europeus. E, de fato, o posicionamento da CEJ tem tido implicações práticas no sistema das Nações Unidas – pois ter as próprias resoluções questionadas *in judice* é um preço político muito alto a ser pago.

Nesse sentido, a primeira medida adotada para aprimorar o sistema da ONU foi um mecanismo de revisão periódica da Lista, exercida pelo próprio Comitê de Sanções 1267. A segunda foi a criação de um *Ombudsperson* para assessorar indivíduos e entidades que buscam a retirada de seus nomes das Listas Consolidadas.¹² Apesar das recentes reformas institucionais no Comitê de Sanções do CSNU, indivíduos e entidades permanecem sem garantias judiciais para questionar o teor da Lista Consolidada. Enquanto as Nações Unidas não organizarem um procedimento judiciário competente para averiguar a comissão de atos ilícitos por agentes ou órgãos da própria Organização, é provável que tribunais nacionais e regionais continuarão a assumir a tarefa de preencher essa lacuna (KOLB, 2008, p. 408).

Não obstante a significativa ampliação do direito material no âmbito do Direito Internacional Público, o processo

12 Cabe ressaltar que o Relator Especial para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais no Combate ao Terrorismo elaborou relatório recente, em que se critica o sistema do Ombudsperson (A/67/396).

de constitucionalização não tem logrado alterar as regras de jurisdição (TRINDADE, 2012). Diante do quadro atual, é provável que os juízes regionais e os internos continuem a exercer o controle de legalidade *incidental* sobre os atos do CSNU, tornando-o *difuso* na comunidade internacional. Além disso, em vista da concepção errônea de que direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticos, é provável que o controle *difuso* continue a ser realizado principalmente sobre direitos individuais, como ocorreu no contexto da resolução 1267. Construído dessa maneira, o controle de legalidade será insuficiente para sanar vícios de resoluções danosas à população civil.

REFERÊNCIAS

AKHAVAN, Payam. **Justice and reconciliation in the great lakes region of Africa: the contribution of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997.

BEDJAOU, Mohammed. **Nuevo orden mundial y control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

BÚRCA, Gráinne de. **The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi**. *Harvard International Law Journal*, v. 51, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **Sayadi v. Bélgica (petição n. 1472/2006)**. U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de dezembro de 2008, para. 10.6.

CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. **Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 16 January 2008**. Disponível em http://blogeuropa.eu/wp-content/2008/02/cnc_c_402_05_kadi_def.pdf

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993**, *I.C.J. Reports* 1993.

_____. **Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt**. Advisory Opinion of 20 December 1980, *I.C.J. Reports* 1980.

DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. **Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – la legalidad de sus decisiones y el problema de su control**. Madri: Civitas Ediciones, 2003.

FASSBENDER, Bardo. **Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter**. Berlim: Humboldt University Berlin, 2006.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HELLYER, Paul. **U.N. Documents in U.S. Case Law**. In: *Law Library Journal*, vol. 99, 2007, pp. 73-86, disponível em: http://www.aallnet.org/products/pub_llj_v99n01/2007-04.pdf (acessado em 28 de abril de 2011).

KOLB, Robert. **Le contrôle de Résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies par des juridictions internationales ou nationales sous l'angle du respect du jus cogens**, In: *Revue Suisse de Droit International et Droit européen*, n° 5, 2008.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **The acts of the Security Council: meaning and standards of review**. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007.

SENA, Pasquale De; VITUCCI, Maria Chiara. **The European Courts: between *dédoublement fonctionnel* and balancing of values**. In: *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009.

TOMUSCHAT, Christian. **Uniting for Peace**. In *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponível em: www.un.org/law/avl. Acessado em 13 de junho de 2011.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. **Case of Prosecutor v. Dusko Tadi** , *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de outubro de 1995 (Appeals Chamber).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. **Case of Prosecutor v. Kanyabashi**. *Decision on Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junho de 1997 (Trial Chamber II).

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **A carta das Nações Unidas: uma leitura constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

UNCIO. **Documents of the United Nations Conference on International Organization – San Francisco, 1945**. Londres: UN Information Organizations, 1945, vol. 13.

WET, Erika de. **The chapter VII powers of the United Nations Security Council**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

ZEMANEK, Karl. **New trends in the enforcement of erga omnes obligations**. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 4, 2000.

Recebido em 04/02/2013.

Aprovado em 22/04/2013.