

DÍVIDA ODIOSA: MOLDURAS JURÍDICAS SOBRE O REPÚDIO DE DÍVIDAS PÚBLICAS

Guilherme Ferreira Leite Belmudes (IC) e Arthur Roberto Capella Giannattasio (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

Neste artigo, apresentamos um breve estudo realizado acerca do conceito de dívida odiosa, feito a partir da análise da literatura especializada que conceitua o termo e projeta sua aplicação. Dessa forma, poderemos compreender os debates sobre o repúdio de dívidas públicas, tendo em vista o estudo dos casos concretos e a situação da dívida odiosa no âmbito jurídico.

Palavras-chave: dívida odiosa direito

ABSTRACT

In this article, we present a brief study about the concept of odious debts, formed with analyses of the specialized literature that concepts the term and projects its application. To conclude, we will be able to comprehend the debates about rejection of public debts, thanks to the study of concrete cases and the situation of the odious debts in the jurisprudential sphere.

Keywords: odious debt law

1. INTRODUÇÃO

O endividamento público é um instrumento utilizado pelos países como forma de obter recursos a fim de complementar o orçamento e garantir os investimentos públicos quando a conjuntura econômica doméstica enfrenta condições adversas.

Essa prática, entretanto, pode se tornar um encargo demasiadamente oneroso para o país devedor, de maneira que cada vez mais recursos orçamentários devem se destinar ao pagamento de juros e amortização, fazendo com que o governo contraia mais empréstimos ou emita mais títulos da dívida pública.

O que já se mostra uma alternativa arriscada complica ainda mais quando observamos que o endividamento público muitas vezes está em desacordo com os princípios de direito internacional público e até mesmo em desconformidade com as noções de justiça e equidade.

Muitos países que enfrentam crise econômica, ao analisar o estoque da dívida pública, percebem que estas contêm indícios de ilegalidade, ilegitimidade ou imoralidade, de forma que sustentam a posição de que não devem honrar com esses compromissos financeiros de origem irregular.

Nesse contexto é levantado o debate acerca do conceito de dívida odiosa, uma doutrina desenvolvida a partir do início do século XX que busca oferecer base jurídica para o repúdio legalmente autorizado de dívidas públicas. Em linhas gerais, as dívidas que apresentam determinadas características perdem sua exequibilidade por parte do credor.

Ocorre que não há previsão legal positivada em tratados ou convenções internacionais que abriguem expressamente este conceito, de maneira que não é unânime na comunidade acadêmica e política a possibilidade de aplicação desta doutrina. Contudo, a história recente apresenta situações em que o repúdio de dívidas públicas foi praticado, estimulando cada vez mais o debate acerca da dívida odiosa.

Neste artigo, iremos realizar uma análise qualitativa da literatura especializada, identificando o conceito de dívida odiosa, bem como seus requisitos, hipóteses de invocação e possibilidade de ser considerada uma doutrina, traçando um paralelo entre os casos concretos com a legislação internacional vigente. Através da comparação dos argumentos utilizados pelos diversos juristas citados neste estudo, será possível verificar a evolução do conceito de dívida odiosa e suas modificações de acordo com as conjunturas econômicas internacionais e aprofundamento acadêmico do tema.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

Apesar de não ser amplamente divulgado, o conceito de dívida odiosa, quando suscitado, apresenta uma definição simplória e pouco precisa, portanto, dissecamos a literatura especializada e identificar o que cada um dos principais autores que contribuíram para o tema diz a respeito.

A expressão “dívida odiosa” surgiu com o jurista russo Alexander Sack no início do século XX. Publicado em Paris no ano de 1927, *Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières* proporcionou a Alexander Sack a condição que carrega como precursor da doutrina a respeito do repúdio de dívidas e elevou seu status ao patamar de um proeminente jurista no campo do Direito Internacional (LUDINGTON; GULATI, 2008, p. 595). O fato é que foi o primeiro a utilizar o termo dívida odiosa no meio jurídico, tornando-se referência imediata quando se discute o dever de um Estado honrar com os compromissos assumidos perante credores quando estes parecem viciados, acarretando na imoralidade e injustiça destas obrigações.

Neste seu estudo sobre sucessão de Estados e seu impacto nas dívidas públicas, Sack classificou as dívidas como odiosas para (i) a inteira população de um Estado, onde um regime despótico contrata dívidas para fortalecer seu próprio domínio, em detrimento dos interesses e necessidades do Estado; (ii) parte da população de um Estado, quando a dívida é contratada para subjugar parte da população do território ou colonizar seus membros, em favor da população de nacionalidade ou etnia dominante; e (iii) para o novo poder soberano, ou seja, dívidas contratadas com a finalidade de empreender guerra contra outro Estado (KING, 2007, p. 15).

A respeito da primeira categoria, o autor defende que a dívida contraída para fortalecer o regime, suprimir insurgências populares etc., é odiosa para a toda a população do Estado, sendo na verdade uma dívida própria do regime, isto é, pessoal ao poder que a contratou e que deverá cair junto com este. Portanto esta dívida não poderia implicar na obrigação da população por não atender a uma condição que determina a regularidade das dívidas, qual seja a sua utilização em favor das necessidades e interesses do Estado.

Em relação à segunda categoria, Sack exemplifica com a inexigibilidade dessas dívidas em relação aos índios de determinado território, por conta da subjugação imposta pela população de nacionalidade dominante do território. Sack expõe que em caso de mudança de soberania, ou seja, havendo sucessão de Estado, a dívida não pode se estender àqueles que sofreram com as aplicações financeiras decorrentes do empréstimo (SACK, 1923, p. 159).

Por fim, a última categoria diz respeito às dívidas contraídas pelo território, total ou parcialmente, anexado ao atual Estado, uma vez que as obrigações firmadas para o empenho na guerra não devem ser honradas por aqueles que superaram os esforços bélicos empreendidos contra si. Cumpre ressaltar que Sack deixa claro que se guerreiam Estado A e Estado B, e uma parte do território do Estado A é incorporada ao Estado C, ou se forma um Estado D, não há que se falar em dívidas odiosas, pois a guerra não foi empreendida contra o Estado C ou D (SACK, 1923, p. 167).

Para que ocorra a caracterização das dívidas como odiosas, Sack entende que o novo governo deverá provar e um tribunal internacional entender como provadas algumas condições, quais sejam: (i) que a dívida tenha sido contratada e efetivamente utilizada contra os interesses da população de todo ou parte do território; e (ii) que os credores tivessem ciência de seus propósitos quando da contratação. Como bem observa Adams (1991, p. 165), está presente um terceiro requisito implícito, pois vemos que há a necessidade de uma sucessão, não necessariamente de Estados, mas de governos, onde os contratantes da dívida apresentam caráter despota, ao se endividarem com convictos propósitos de utilizar os recursos para atender interesses pessoais, em detrimento das necessidades da população. Com efeito, Sack entende que por conta do conhecimento dos credores a respeito das intenções dos governos que contrataram os empréstimos, estes cometeram um ato hostil contra a população, de maneira que não podem esperar que estes honrem os compromissos de um despótico governo antecessor.

Sack aponta que a distinção do Estado com o seu aparelho, no caso o governo, não altera o caráter odioso da uma dívida, pois estas estão vinculadas ao primeiro e, mesmo que os governantes tenham legitimidade de atuação, a análise deve ser feita somente sobre a obrigação assumida, isto é, uma dívida não é odiosa em razão da falta de legitimidade do governo que a assumiu, mas sim por apresentar ausência de consentimento e benefício à população, o que por sua vez caracteriza a ausência de uma legítima relação do governo atuando em nome do Estado com os próprios interesses deste.

Em seu livro sobre dívidas públicas e sucessão de Estados, Feilchenfeld (1931, pg. 32) utilizou o termo *odious debts* chamando a atenção para a necessidade de se avaliar a falta de consenso e a falta de benefício para a população para se verificar a legitimidade da dívida, porém o autor não ofereceu análise crítica ou fez menção a Alexander Sack (KING, 2007, p. 17). Visando contribuir futuras legislações, o autor discorreu um pouco sobre o tema, sustentando que se deve observar primeiro a justiça, independente da legalidade que envolva a dívida, bem como reforçou a ideia da necessidade de se verificar o consentimento da população a respeito dos empréstimos públicos.

Outro autor que tratou do tema foi Mohammed Bedjaoui. Sua principal contribuição foi publicada no relatório da ILC em 1977 no tópico denominado *Succession of States in Respect of Matters Other than Treaties* (BEADJAOU, 1977, p. 45), onde define dívida odiosa como (i) aquela contraída pelo Estado antecessor para servir a propósitos contrários daqueles do Estado sucessor ou do território anexado a este; (ii) aquela contratada em discordância com as leis internacionais contemporâneas e, em particular, em desconformidade com os princípios de direito internacional estabelecidos pela ONU.

Com efeito, o autor chama a atenção para o fato de que políticas econômicas e sociais de um Estado podem ser prejudiciais a terceiros, sendo que não se pode considerar como odiosa uma dívida contratada a fim de financiar os planos de governo, a menos que haja explícita ofensa aos interesses da população. Em outras palavras, o Estado sucessor não reconhecerá as dívidas contratadas pelo antecessor por objetivos odiosos praticados contra este.

As dívidas contratadas em descompasso com o direito internacional abrangem aquelas contratadas para fins de guerra ilegal, colonização, genocídio, apartheid, ou contrárias aos princípios de soberania estabelecidos pela comunidade internacional. Sendo que estas devem ser repudiadas pelo Estado sucessor, mesmo que sua população não tenha sido diretamente atingida.

Em seu relatório, Bedjaoui apresenta duas terminologias para dívidas que seriam espécies do gênero dívida odiosa, quais sejam: *war debts* e *subjugation debts*. As primeiras dizem respeito àquelas contratadas para financiar o esforço de guerra contra outro Estado, e as últimas para subjugar a população ou colonizar seu território. Como vemos, as definições do autor são semelhantes às de Sack, porém não foi feita nenhuma referência a este último no relatório do jurista argelino.

Bedjaoui também discorre sobre as *regime debts*, categoria que Gaston Jèze distinguia das *State debts*, onde estas seriam aquelas contratadas com o propósito de assegurar a operação regular de serviços públicos, e as primeiras para instalar um regime político (JÈZE, 1922, p. 327). Para Bedjaoui, essa distinção não tem utilidade prática no direito internacional, uma vez que este não se ocupa dos órgãos de governos e suas orientações políticas, mas sim dos Estados dos quais são instrumento. Portanto, Bedjaoui conclui que toda dívida odiosa é uma *regime debt*, mas nem toda *regime debt* é uma dívida odiosa, sendo necessário se observar que se falando de *regime debts*, está se falando, na maioria das vezes, em sucessão de governos, e não sucessão de Estados.

Outro autor que trabalhou o conceito de dívida odiosa foi P. K. Menon em 1986, seguindo uma linha semelhante à de Bedjaoui, utilizando termos como *war debts* e *subjugation debts* conceituadas de maneira semelhante ao jurista argelino, observando que

geralmente essas obrigações não são assumidas pelo Estado sucessor por decorrerem de dívidas em evidente descompasso com os interesses da nação (MENON, 1986, p. 116.).

Em seu estudo, Menon cita alguns tratados internacionais que durante os séculos XVIII e XIX, assim como nos decorrentes das Primeira e Segunda Guerras Mundiais, tutelaram o repúdio de dívidas do Estado antecessor. Os tratados de paz concluídos após a Primeira Guerra trouxeram o conceito de war debts, isto é, aquelas dívidas contratadas durante a guerra e aquelas a que ficaram sujeitas as vítimas da guerra, incluindo os Estados que empreenderam combates e os neutros.

Além destes conceitos apresentados, Menon defende que dívidas contraídas com a finalidade de cometer atos que violem os princípios de direito internacional também são odiosas, por exemplo, quando um Estado antecessor contrata uma dívida que infringe um tratado internacional, o Estado sucessor a considerará odiosa. Da mesma forma, poderá considerar odiosa a dívida contratada pelo antecessor para financiar ações que violaram direitos humanos ou o direito de autodeterminação, como no caso de genocídio, ou apartheid. Importante ressaltar que mesmo que o Estado sucessor não tenha sido vítima das perversas finalidades do empréstimo contratado, deverá repudiar esta dívida odiosa por violar os princípios e normas do direito internacional.

Jeff King tomou grande cuidado ao abordar o tema, buscando lastrear cautelosamente o conceito de dívida odiosa para que pudesse ser legalmente aplicado. O autor apresenta sua definição como uma síntese dos conceitos presentes na literatura do tema, concluindo que dívidas odiosas são aquelas contratadas contra os interesses da população de um Estado, sem seu consentimento e com total consciência do credor.

Portanto as condições seriam: (i) ausência de consentimento, onde a população deve não ter consentido com a transação em questão. Isto porque é improvável que a lei proibisse alguém de voluntariamente assinar um contrato em seu detrimento; (ii) ausência de benefício, que deve se mostrar de duas formas: (1) no propósito da transação e (2) de fato. O primeiro requerimento visa proteger os credores de boa-fé que emprestaram recursos a governos corruptos que desviaram a finalidade destes, e o segundo se refere ao princípio de que uma população que se beneficia de um empréstimo, mesmo contratado com má-fé, deve honrar o compromisso assumido; e (iii) consciência do credor, requerida para comprovar que o credor estava ciente das duas primeiras condições.

Dentro deste conceito, King apresenta três categorias, que denomina como: hostile debts as dívidas que são diretamente agressivas ao interesse de uma população (e.g. conquista de território, colonização, supressão de insurgências separatistas etc.); war debts aquelas contratadas por um Estado para dar início a uma guerra que eventualmente perde, caso em que o Estado vitorioso não será obrigado a pagar esta dívida; e third-world debts

not in the interests of the population as dívidas que não pertencem às categorias anteriores, mas são obrigações prejudiciais assumidas por um Estado sem que tenha havido contrapartida benéfica à população.

Por fim, ele apresenta alguns aspectos para poder comprovar as condições necessárias para caracterizar uma dívida como odiosa. Quando a ausência de consentimento da população é demonstrada, caberá ao credor fazer a contraprova, constatando que houve sim anuência da população. No caso da dívida ter sido contratada por um regime ditatorial, presume-se de início que não houve benefícios para a população, por outro lado, em um regime democrático, a presunção é no sentido contrário. A respeito da consciência do credor, o autor apresentar três categorias, quais sejam, (i) efetiva consciência; (ii) o que, em tradução livre, poderíamos chamar de “convenientemente fechar os olhos para o óbvio”; e (iii) falha negligente ao se assegurar sobre a finalidade do empréstimo.

Emily Mancina em seu artigo publicado em 2004, também questiona a doutrina da dívida odiosa, entendendo que esta não existe e nem seria proveitosa se fosse introduzida no direito internacional público. Mancina defende que a dívida odiosa nunca foi invocada com sucesso na esfera internacional, mas tão somente refinada na comunidade acadêmica (MANCINA, 2004, p. 1239).

Mancina alega que a dívida odiosa nunca foi invocada com sucesso nos casos práticos, porém, como iremos analisar a seguir, quando do repúdio ou anulação de dívidas soberanas, muitas vezes os critérios utilizados foram idênticos aos enunciados pela literatura, a qual se baseou justamente em documentos oficiais para desenvolver o conceito de dívida odiosa. Portanto esta doutrina e seu debate acadêmico, ao contrário do que pensa a autora, nos parece efetivamente proveitoso, uma vez que sua conexão com casos concretos resta incontroversa.

Ante o exposto, concluímos que Sack definiu as dívidas odiosas como aquelas contratadas por um poder despótico e utilizadas em benefício próprio e não da população, assim como Feilchenfeld e Kling. Por outro lado Bedjaoui, valendo-se de uma visão mais objetiva, acrescenta ao critério de utilização dos recursos em finalidades contrárias às da população, aquelas que desrespeitam as fontes de direito internacional, entendimento compartilhado por Menon. Percebemos que os conceitos conversam entre si, apresentando nomenclaturas e definições distintas, porém respeitando aos mesmos princípios e intenções, evitados de flagrante senso de justiça e moralidade.

Sintetizando no contexto atual e sendo certo de que estamos falando de um cenário onde haja sucessão de Estados, ou de regimes, podemos afirmar em primeira instância que um governo não poderá alegar que suas próprias dívidas são odiosas, mas tão somente as

dívidas contraídas por poderes antecessores. Para que se possa determinar se uma dívida é odiosa ou não devemos observar sua incompatibilidade com os tratados internacionais e os princípios gerais de direito internacional estabelecidos pela ONU e utilizar os critérios consagrados pelos autores mencionados, isto é, verificar se houve (i) consentimento da população, (ii) ausência de benefício ou emprego em finalidade diversa dos interesses do Estado, e (iii) consciência do credor a respeito da destinação desses recursos. Desta forma, essas dívidas odiosas perderiam seu caráter de exequibilidade por desrespeitar as condições morais e legais presentes nas sociedades contemporâneas.

Encontramos o estudo de Andreas Fischer-Lescano sobre o assunto em 2003, que abordou o tema ao analisar casos concretos recentes, questionando a falta de um instituto legal para tutelar a prática de empréstimos com evidente falta de contrapartida para a população. Adentrando a discussão acerca da possibilidade de a dívida odiosa ser ou não um instituto legal, ele a define como norma que protege os Estados sucessores de assumir obrigações dos antecessores no que diz respeito a dívidas contratadas sem o consentimento e interesse da população do respectivo território (PAULUS, 2007, p. 411).

Observando o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”. Ele conclui, portanto, que um contrato de direito internacional público não é nulo por dar ensejo a uma dívida odiosa, mas sim por aplicação do artigo 53, uma vez que a existência de uma dívida odiosa violaria uma norma regular sob a óptica do direito internacional público.

Sendo assim, o autor segue um entendimento diferente de juristas como Sack ou Bedjaoui, que definem a dívida odiosa como uma norma independente, mas acredita se tratar de conceito integrante do jus cogens, sendo, portanto uma qualidade de normas peremptórias do direito internacional. Portanto, Lescano não entendeu que havia a necessidade de classificar a dívida odiosa como norma de Direito Público, mas apenas como conceito integrante das normas já vigentes.

Em “The Dilemma of Odious Debts”, Lee C. Bucheit, G. Mitu Gulati e Robert B. Thompson, observam a necessidade de definir as características desta categoria dívida odiosa. Os autores entendem que não há o consenso necessário para que se intitule a literatura do tema como doutrina, nem que há o grau de clareza necessário para que se use na invalidação de empréstimos odiosos sem que desestime financiamientos internacionais legítimos (BUCHUIT; GULATI; THOMPSON, 2007, p. 1201).

Como alternativa, Bucheit e seus coautores defendem a própria legislação vigente, de maneira que não seria necessária uma doutrina a respeito de dívidas odiosas para que um Estado sucessor – ou regime, uma vez que eles entendem que tais distinções são, no

caso, irrelevantes – possa repudiar tais dívidas. Como conclusão, expõem a ideia de que a tentativa de positivizar a doutrina da dívida odiosa como princípio do direito internacional público é basicamente baseada pelo senso de moral, porém não é estritamente necessária, sendo que as situações que caracterizariam uma dívida como odiosa podem justificar ser repúdio a partir dos princípios já consagrados no direito internacional.

Christoph Paulus, após uma análise da literatura pertinente, ofereceu sua contribuição sobre o tema, concluindo que a doutrina a respeito da dívida odiosa não pertence aos costumes do direito internacional, uma vez que os casos relevantes não apresentam suficiente carga teórica e mesmo prática para que se possa reconhecer o princípio da dívida odiosa como instituição legal dos costumes do direito internacional (PAULUS, 2007, p. 421).

Sua proposta é absorver esta falta de precisão como elemento estrutural da norma, sendo uma norma aberta ou general clause, seguindo exemplos da Europa continental como a proibição de “contratos imorais”. Desta forma, diversos fatores como o comportamento e a intenção do contratante e/ou do credor, o propósito do empréstimo e a condições circunstanciais deverão ser analisados para que se possa tomar uma decisão. Com efeito, a “odiosidade” da dívida não será declarada automaticamente através da invocação dos requisitos, mas deverá observar antes diversos elementos fáticos.

Por fim, Paulus absorve os entendimentos anteriores e sintetiza que esse conceito ao ser compreendido como norma aberta deverá se positivizar como instituto legal que depende de uma valoração concreta e específica para sua aplicação.

Concluimos, portanto, que destes autores, apenas Paulus demonstrou a intenção de classificar a dívida odiosa como norma independente, apesar da necessidade de valoração fática para sua aplicação. As obras de Lescano e Bucheit e coautores defendem que é dispensável a positivação de uma norma nesses termos, uma vez que o Direito Internacional já abriga os institutos legais que viabilizariam alcançar o objetivo pretendido pela invocação de uma norma específica sobre dívidas odiosas.

A seguir apresentamos o resultado da análise os casos mais emblemáticos onde podemos encontrar o repúdio ou renegociação de dívidas em que o conceito de dívida odiosa trabalhado pelos especialistas pode ser verificado. O estudo destes casos servirá para identificarmos a presença deste conceito doutrinário nos casos concretos de repúdio de dívidas públicas, onde podemos observar a presença dos requisitos defendidos pelos autores já estudados.

No final do século XIX, o governo mexicano repudiou as dívidas de dois momentos distintos de sua história. O primeiro foi referente aos empréstimos ocorridos entre 1857 e 1860 após Felix Zuloaga ter liderado um golpe de Estado contra o então governo. O golpe

deu início à guerra civil mexicana onde forças conservadores e progressistas disputavam o controle do país.

No decorrer na guerra, o poder conservador passou de Zuloaga para Miguel Miramón, que fez altos empréstimos junto a credores europeus para se manter como governante. Mais tarde, os progressistas ganharam força sob a liderança de Benito Juárez, que veio a se tornar o próximo presidente do México, que decretou a moratória dos pagamentos internacionais devido à crítica situação financeira do país provocada pela guerra.

A moratória serviu de pretexto para a invasão de tropas espanholas, britânicas e francesas, que se justificaram sob a alegação que visavam a segurança do cumprimento das obrigações financeiras, o que se revelou uma farsa, uma vez que a França tinha intenções colonialistas, como ficou claro após os esforços para estabelecer Maximilian como imperador do país, para governar em interesse dos europeus.

Este último efetuou empréstimos altamente onerosos junto à França e à Inglaterra, sendo que três anos após dar início ao seu efetivo controle sobre o país, sucumbiu e foi assassinado.

Em 18 de junho 1883, foi promulgada uma lei que repudiou as dívidas contratadas por, na letra da lei, “governos que fingiram existir” entre dezembro de 1857 a dezembro de 1860 (Zuloaga e Miramón) e junho de 1863 a junho de 1867 (Maximilian). Tais dívidas se enquadram no conceito de dívida odiosa apresentado por Sack (SACK, 1923, p. 158), por se tratarem de empréstimos realizados para toda a população do Estado, por terem seus fundos utilizados na manutenção de um poder.

Cumprir ressaltar que as dívidas foram repudiadas no caso de sucessão de Estado, como ocorreu com Maximilian, e no caso de sucessão de governos, como foi com Miramón. Pomeroy destaca que as dívidas deste último foram originadas para manter o poder usurpador contra as autoridades legítimas, dívidas, estas, foram contratadas sem o consentimento da população e contra os interesses do governo eleito democraticamente pelo país.

Apesar de não haver menção expressa do termo dívidas odiosas, ou mesmo haver evidências que o México baseou o repúdio de suas dívidas nas fontes de direito internacional, o fato é que o país rejeitou a ideia de honrar as obrigações de pagamento originárias nas circunstâncias mencionadas.

As negociações dos empréstimos cubanos na Conferência de Paris em 1898 foram um dos mais notórios casos de repúdio de dívidas públicas, que fez parte das negociações de paz feitas após a guerra entre Estados Unidos e Espanha no fim do século XIX.

Tais dívidas cubanas eram referentes a empréstimos realizados pela Espanha após 1880, sendo que em 1884 e 1885 foram promulgadas duas leis espanholas consolidando os antigos créditos. No ano seguinte, por meio de um Decreto Real, foi acordado um novo empréstimo que tinha como seguro as receitas da ilha cubana.

Todos esses empréstimos foram feitos sobre leis espanholas, sendo que a Espanha fez questão de estabelecer condições extremamente onerosas em forma de garantia da dívida. Os Estados Unidos, que venceram a guerra e teriam controle temporário sobre a ilha, começaram a questionar a exequibilidade dessas dívidas. Os argumentos espanhóis consistiam em dois principais tópicos (i) a Espanha tinha o direito de receber o pagamento por sua soberania exercida sobre a ilha, bem como (ii) por razão das garantias fundadas nas receitas cubanas assinadas nos contratos. Os Estados Unidos rebateram os argumentos alegando a impossibilidade de Cuba honrar os compromissos por suas dívidas serem odiosas.

Parte dos comissários espanhóis alegava a equidade do pagamento por haverem sido contratados com o propósito de governar Cuba, sustentando que haveria desrespeito à justiça se o país soberano perdesse o direito de ser ressarcido pelos empréstimos realizados exclusivamente para o regime e governo da colônia. Os comissários norte americanos alegavam não poderiam ser cobradas de Cuba porque (i) as dívidas não haviam sido contratadas para o benefício cubano, mas ao contrário, contra seus interesses e (ii) que as responsabilidades de garantia relativas a tais dívidas haviam sido impostas a Cuba sem seu consentimento (KING, 2007, p. 31).

Foi descoberto mais a frente, que os credores tinham ciência de que os recursos se destinavam a conter insurgências populares de libertação colonial e que havia claramente um risco nesse investimento securitizado com tão precárias garantias.

Por fim, os Estados Unidos se recusaram a assumir a totalidade das dívidas, mesmo quando 25% destas não se enquadrariam no conceito de dívidas odiosas, assim como não viram a necessidade de arbitrar essas dívidas, o que demonstra a necessidade de valer de um tribunal internacional ou comissão de arbitragem para evitar injustiças, como discorreu Sack.

O Caso Tinoco, apresenta grande relevância em virtude da decisão arbitral que corroborou o entendimento de que as obrigações das dívidas em questão não deveriam ser honradas em virtude de apresentarem requisitos convergentes com os apresentados no conceito de dívida odiosa, mesmo que este termo não tenha aparecida na decisão, ao contrário do que alguns autores indicam.

Em janeiro de 1917, o secretário de guerra do Costa Rica, Federico Tinoco, derrubou o governo costa-riquenho. Mais tarde ele convocou eleições para dar legitimidade

à revolução, de onde saiu vitorioso. Porém já em agosto de 1919 ele deixou o país, com seu governo sucumbindo no mês seguinte.

Poucos meses antes da queda do governo de Tinoco, o Banco Internacional da Costa Rica emitiu diversos títulos onde o Banco Real do Canadá figurava como credor por haver entregado uma grande quantidade de recursos financeiros ao governo, que foram utilizados para o enriquecimento pessoal de Tinoco e seu irmão, e não para a população.

Após a restauração constitucional do governo costa-riquenho pelo congresso, foi promulgada a Lei de Nulidades nº 41 que invalidou todos os contratos feitos entre o poder executivo do governo antecessor e pessoas jurídicas privadas.

Apesar da iminente queda do governo de Tinoco, este promulgou leis que legitimavam a emissão de títulos pelo banco nacional da Costa Rica, os quais foram adquiridos pelo Banco Real do Canadá, como forma de pagamento para que o governo costa-riquenho tivesse acesso a uma linha de crédito no banco canadense. Ocorre que dessa linha de crédito, foram realizadas transações nominais diretas a Tinoco e seu irmão.

O caso foi arbitrado na Suprema Corte dos Estados Unidos pelo Chefe de Justiça Taft que notou que toda a transação estava cheia de irregularidades. Em primeiro lugar, não havia autorização legal para que o Banco Real do Canadá fosse depositário da linha de crédito, assim como os títulos emitidos pelo banco da Costa Rica eram em sua maioria informais e não respeitavam os requisitos legais. O árbitro também fez questão de pontuar a má fé do Banco Real que tinha plena ciência da forma com que seriam utilizados os recursos oferecidos pela linha de crédito, quais sejam, o benefício próprio de Tinoco e seu irmão. Desta forma, considerou que o Banco Real do Canadá não poderia exigir o pagamento dos valores contratados pelo banco da Costa Rica, uma vez que viciados e repletos de irregularidades, os empréstimos não haviam sido utilizados em benefício da população, mas sim para enriquecimento pessoal do governante.

Vimos, portanto, que o instituto da dívida odiosa se resume ao universo doutrinário, sendo que neste, alguns autores entendem necessária sua positivação como norma de direito internacional e outros defendem sua utilização como meio de se atingir o objetivo, qual seja, a desobrigação do Estado sucessor de arcar com essas dívidas. Uma vez que já houve uma tentativa de positivação deste instituto, vamos analisar neste momento o conceito de jus cogens, no sentido do pensamento de Lescano e, ao fim, expor por que este parece o melhor entendimento sobre o tema.

O conceito de jus cogens provoca reiterados debates e diferentes posicionamentos no ambiente acadêmico, de maneira que muitos estudiosos do direito internacional defendem sua posição alegando a importância deste instituto, bem como demonstrando sua importância prática, enquanto outros deferem críticas ácidas ao conceito, o que nos leva a

realizar um breve estudo sobre o assunto, partindo de grandes juristas da área de direito internacional.

De início, jus cogens pode ser traduzido como direito constringente ou direito imperativo. Com efeito, o autor assinala que o termo imperativo não deve ser lido como obrigatório, afinal, essa qualidade é intrínseca às normas jurídicas, mas como uma obrigação mais elevada, mais constringente. Dessa forma, vemos que sua imperatividade decorre de que tal norma apresenta conteúdo de maior relevância, de maior essencialidade.

Tal importância se dá em razão destas normas apresentarem a qualidade de imperativas aos diversos Estados e regerem suas relações, diferente das normas domésticas de cada país, que não têm alcance sobre o outro soberano.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 53, define que “uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

Em complemento, o artigo 64 dessa mesma convenção expõe que “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Como elucidado pelo professor João Rodas, o jus cogens exprime valores éticos e só pode ser modificada por outra norma imperativa de direito internacional por conta da necessidade de universalidade destes valores, que podem sofrer transformações em virtude da evolução social e modificação das concepções políticas, ideológicas etc.

Com efeito, vemos que existe definição legal para o jus cogens, porém não há menção a respeito de seu conteúdo, apenas o identifica como categoria de normas do direito internacional geral que se encontram fora da Convenção.

Para entendermos quais seriam essas normas, vamos utilizar o estudo de Salem Nasser que apanhou na doutrina exemplos de normas apresentadas como jus cogens, quais sejam: o princípio *pacta sunt servanda*; a proibição do uso ou da ameaça do uso da força; a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; o princípio de autodeterminação dos povos; o princípio da soberania sobre os recursos naturais; a proibição do tráfico de seres humanos; a proibição da pirataria; a proibição do genocídio; a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade; e os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos e do direito do meio ambiente.

Pode-se, portanto, concluir, que essas normas imperativas de direito internacional possuem qualidade de normas necessárias e fundamentais, pois versam sobre a proibição

de crimes mundialmente coibidos e direitos humanitários amplamente defendidos pela comunidade internacional.

João Rodas, citando Verdross, explica que uma norma de caráter *jus cogens* só pode ser criada por via consuetudinária ou convenção multilateral, uma vez que quando resta claro que uma norma decorrente dos costumes internacionais não poderá ser derogada por tratado bilateral, temos uma norma *jus cogens*. Dentre essas normas, o autor salienta que estão inseridas as regras de direito internacional instituídas com finalidades humanitárias, o que segue no mesmo sentido do exposto acima.

Concluimos, portanto, que assim como Lescano defendeu em sua obra, a dívida odiosa deve ser entendido como conceito integrante do *jus cogens*, pois decorre da prática consuetudinária e diz respeito aos mesmos princípios tidos pela doutrina como normas imperativas de direito econômico. Assim, vemos que não existe a necessidade de positivação deste instituto, uma vez que ele serve como base teórica para que se aplique a cada caso o *jus cogens*, previsto no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho analisou a literatura pertinente para encontrar o conceito de dívida odiosa segundo cada um dos principais autores que discorreu sobre o tema. Percebemos que todos visam à proteção dos princípios vigentes no Direito Internacional Público, apresentam conceitos semelhantes através de terminologias diferentes.

Com efeito, a dívida odiosa é aquela contraída sem o consentimento da população, usada em interesses que não os da sociedade e com a plena ciência dos credores. Alguns elementos variam de acordo com o autor, porém esta essência mantém-se inalterada.

Esses conceitos foram utilizados quando do repúdio de dívidas públicas, mesmo que seus governos não tenham invocado expressamente o instituto. Logo, concluimos que as pesquisas acadêmicas a respeito do conceito e da possibilidade de invocação da doutrina de muito contribuíram para as relações entre soberanos.

Por fim, analisamos os tratados internacionais que contêm disposições que podem servir de base para a invocação do conceito de dívida odiosa. Contudo, o único tratado em vigor, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não apresenta norma expressa a respeito do repúdio de dívidas públicas, de maneira que para sua utilização, é necessário que se aplique a norma por analogia, o que faz com que o debate acerca da imperatividade de positivação da doutrina continue até os dias atuais.

Acreditamos, portanto, que há necessidade de positivação como norma jurídica, pois a aplicação por analogia além de restringir o alcance, também enfraquece a

legitimidade do instituto, historicamente invocado com sucesso, sendo que sua posituação também garantiria a precisa aplicação do instituto.

4. REFERÊNCIAS

ADAMS, Patricia, *Odious debts: loose lending, corruption and the third world's environmental legacy*, Toronto, Earthscan, 1991.

ADAMS, Patricia. *Iraq's Oudous Debts*. Cato Inst., Policy Analysis No. 526, 2004, disponível em <http://www.cato.org/pubs/pas/pa526.pdf>. Acesso em: outubro/2016.

BACKER, Larry Cata. *Odious debt wears two faces: systemic illegitimacy, problems, and opportunities in traditional odious debt conceptions in globalized economic regimes*. Law and Contemporary Problems, Duke University, School of Law, 2007.

BEDJAOU, M. Ninth report on succession of states in respect of matters other than treaties, *Yearbook of the International Law Commission v. II, Parte Um*, 67-74, 1977.

BUCHHEIT, Lee C.; GULATI, G. Mitu; THOMPSON, Robert B. *The Dilemma of Odius Debts*, 56 *Duke L. J.*, p. 1201, 2007.

DAMLE, Jai. *The Odius Debt Doctrine After Iraq*. Law and Contemporary Problems 139-156, 2007.

FEILCHENFELD, E., *Public debts and state succession*, New York, Macmillan, 1931.

JÈZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française : manuel à l'usage des étudiants des facultés de droit et des candidats au Ministère des finances, à la Cour des comptes, à l'inspection des finances, etc.* M. Giard, Paris, 1922.

KHALFAN, Ashfaq; KING, Jeff; THOMAS, Bryan. *Advancing the Odius Debt Doctrine* CISDL working paper, 2003.

KING, Jeff. *The Doctrine of Odius Debt in International Law: A Restatement*. University of Oxford. 2007.

LUDINGTON, Sarah; GULATI, Mitu. *A convenient untruth: fact and fantasy in the doctrine of odious debts*, *Virginia Journal of International Law*, v. 48, n. 3, p. 595-639, 2008.

MANCINA, Emily. *Sinners in the Hands of an Angry God: Resurrecting the Odius Debt Doctrine in International Law*, 36 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 2004.

MENON, P. K. *The Succession of States and the Problem of State Debts*. Boston College Third World Law Journal, Vol. 6. Issue 2. Article 2. 1986.

O'CONNELL, D. P. *State succession in municipal and international law v. I*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

PAULUS, Cristoph, G. *The evolution of the "Concept of Odius Debts"*, Duke Law School Legal Studies Paper No. 179, 2007.

RODAS, João Grandino. Jus cogens em direito internacional. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 125-136, jan. 1974. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66736>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

SACK, A.-N. Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières, Paris, Recueil Sirei, 1927.

TOUSSAINT, Eric, Existem alternativas ao plano negociado entre Alexis Tsipras e os credores em Bruxelas, Comitê Para a Anulação da Dívida do Terceiro Mundo, 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://cadtm.org/Existem-alternativas-ao-plano>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

Contatos: guilherme_belmudes@hotmail.com e arthur.giannat@mackenzie.br